Juan Carlos Bello Pizarro - Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas - Katherine Berríos González - Luis Muñoz Romero - Diego Oportus Herrera - Dr. Gonzalo Mutizábal Mabán - Dr. Luis Vargas Atton - Dra. María Paz Soto Ortega - Dra. Claudia Chartier Muñoz - Gabriel Nieto Muñoz - Dr. Juan Pedro Andreu Cuello - Rocío Alcayaga Mondaca - Dr. Mauricio Osorio Ulloa - Matías León Silva - Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy - Ignacio Avendaño Leyton - Dr. Álvaro Llancaqueo Valeri - Pablo Pérez Ojeda - Dr. Kurt Cárcamo Clunes - Dr. Julio Lagos Kretschmer - Dr. Carlos Becerra Verdugo - Sebastián Bustos Urbina - Dr. Iván Mendoza González - Dra. Sandra Montedónico Rimassa - Macarena Concha Muñoz - Dra. Inés Guerrero Montofré - Francesca Coghlan Orrego - Paulina González Guzmán - Dra. Carolina del Castillo Celis - Dominique Abarca Calquín - Mónica Madariaga Suárez - Dra. Anamaría Arriagada Urzúa - Elizabeth Campos Poblete - Dra. Gisela Viveros Moncada

DERECHO MÉDICO IV

FALMED 30 AÑOS 1995 - 2025

COLEGIO MÉDICO DE CHILE

Juan Carlos Bello Pizarro - Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas - Katherine Berríos González - Luis Muñoz Romero - Diego Oportus Herrera - Dr. Gonzalo Mutizábal Mabán - Dr. Luis Vargas Atton - Dra. María Paz Soto Ortega - Dra. Claudia Chartier Muñoz - Gabriel Nieto Muñoz - Dr. Juan Pedro Andreu Cuello - Rocío Alcayaga Mondaca - Dr. Mauricio Osorio Ulloa - Matías León Silva - Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy - Ignacio Avendaño Leyton - Dr. Álvaro Llancaqueo Valeri - Pablo Pérez Ojeda - Dr. Kurt Cárcamo Clunes - Dr. Julio Lagos Kretschmer - Dr. Carlos Becerra Verdugo - Sebastián Bustos Urbina - Dr. Iván Mendoza González - Dra. Sandra Montedónico Rimassa - Macarena Concha Muñoz - Dra. Inés Guerrero Montofré - Francesca Coghlan Orrego - Paulina González Guzmán - Dra. Carolina del Castillo Celis - Dominique Abarca Calquín - Mónica Madariaga Suárez - Dra. Anamaría Arriagada Urzúa - Elizabeth Campos Poblete - Dra. Gisela Viveros Moncada

DERECHO MÉDICO IV

FALMED 30 AÑOS 1995 - 2025

COLEGIO MÉDICO DE CHILE

DERECHO MÉDICO
© FALMED

Registro de Propiedad Intelectual:
2025-P-7541

1ª edición 2025

Tiraje: 1.500 ejemplares

Diseñado, diagramado, editado e impreso
por Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

Ninguna parte de este libro puede ser reproducida, transmitida o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos o químicos, incluidas las fotocopias, sin permiso escrito del editor.

Índice

PALABRAS DE LA PRESIDENTA DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE
Dra. Anamaría Arriagada Urzúa 9

PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN
Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas 11

PALABRAS DE LA EX PRESIDENTA DE UDEL
Dra. Carolina del Castillo Celis 13

PALABRAS DEL VICEPRESIDENTE DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE Y PRESIDENTE DE UDEL
Dr. Iván Mendoza González 17

PRÓLOGO
Dra. Sofía P. Salas Ibarra 19

INTRODUCCIÓN
Abogado Juan Carlos Bello Pizarro, Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas 23

INICIO DE ACTIVIDADES Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS
Abogada Katherine Berríos González, Luis Muñoz Romero 27

CONTRATO DE HONORARIOS CON PRESTADORES INSTITUCIONALES PRIVADOS
Abogado Diego Oportus Herrera, Dr. Gonzalo Mutizábal Mabán 43

CONTRATOS CON INSTITUCIONES PÚBLICAS DE SALUD
Abogado Diego Oportus Herrera, Dr. Luis Vargas Atton 65

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BOX DE CONSULTA
Abogado Diego Oportus Herrera, Dra. María Paz Soto Ortega 79

AUTORIZACIONES SANITARIAS
Katherine Berríos González, Dra. Claudia Chartier Muñoz 89

LOS MÉDICOS COMO FUNCIONARIOS PÚBLICOS
Abogado Gabriel Nieto Muñoz, Dr. Juan Pedro Andreu Cuello 99

LEY Nº 15.076
Abogada Rocío Alcayaga Mondaca, Abogado Gabriel Nieto Muñoz, Dr. Mauricio Osorio Ulloa 143

TÓPICOS RELEVANTES DE LA LEY Nº 19.664: "*ESTABLECE NORMAS ESPECIALES PARA PROFESIONALES FUNCIONARIOS QUE INDICA DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y MODIFICA LA LEY Nº 15.076*
Abogado Matías León Silva, Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy 171

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES SUJETOS AL CÓDIGO DEL TRABAJO Y SU PROTECCIÓN
Abogado Ignacio Avendaño Leyton, Dr. Álvaro Llancaqueo Valeri 211

FUNCIONARIOS FUERZAS ARMADAS
Abogado Pablo Pérez Ojeda, Dr. Kurt Cárcamo Clunes, Dr. Julio Lagos Kretschmer 237

EL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO
Abogado Gabriel Nieto Muñoz, Dr. Carlos Becerra Verdugo 259

EL INCENTIVO AL RETIRO, ANÁLISIS DE LAS LEYES Nº 20.986 Y Nº 20.919
Abogado Sebastián Bustos Urbina, Dr. Iván Mendoza González 323

LOS PROGRAMAS DE ESPECIALIZACIÓN MÉDICA DE LA LEY Nº 19.664
Abogado Gabriel Nieto Muñoz, Dra. Sandra Montedónico Rimassa 357

ESTATUTO ADMINISTRATIVO DE LOS MÉDICOS DE LA ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD MUNICIPAL LEY Nº 19.378
Abogada Macarena Andrea Concha Muñoz, Dra. Inés Guerrero Montofré 419

ACOSO Y ABUSO SEXUAL EN EL TRABAJO: ABORDAJE PRÁCTICO
Abogada Francesca Coghlan Orrego, Abogada Paulina González Guzmán, Dra. Carolina del Castillo Celis 437

PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD, PATERNIDAD Y FAMILIA
Abogada Dominique Abarca Calquín, Abogada Mónica Madariaga Suárez, Dra. Anamaría Arriagada Urzúa 459

LINEAMIENTOS PARA UNA ATENCIÓN MÉDICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, Y LIBRE DE DISCRIMINACIONES
Abogada Elizabeth Campos Poblete, Dra. Gisela Viveros Moncada 487

Palabras de la Presidenta del Colegio Médico de Chile

Dra. Anamaría Arriagada Urzúa

En Chile y el resto del mundo el ejercicio de la Medicina enfrenta constantes desafíos, también en el ámbito laboral. Es por esta razón que los profesionales de la salud, del sector público y privado, necesitamos contar con un respaldo jurídico sólido e informado.

En este contexto, la labor de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico (FALMED) resulta esencial, no solo por su compromiso con la defensa legal, sino también por su invaluable aporte en educación y orientación jurídica.

Es por ello que nos complace contar con esta nueva edición del libro *Derecho Médico*, la cual ofrece herramientas prácticas y útiles para abordar las normativas que impactan en nuestro ejercicio profesional. Se trata de un nuevo esfuerzo editorial, que reúne el conocimiento y la experiencia de uno de los equipos jurídicos más destacados en Derecho Médico, en nuestro país y en Latinoamérica.

A través de la experiencia de los abogados especializados de FALMED, sumada a la de nuestros dirigentes, este volumen aborda con claridad temas como las obligaciones fiscales y tributarias que tenemos como profesionales, los diferentes tipos de contratos que regulan nuestro ejercicio laboral, temas relacionados con la formación médica y el incentivo al retiro, todo enmarcado en la relación médico-paciente. Además, al aprender sobre los derechos fundamentales que tenemos las y los médicos en nuestro ejercicio diario, y cómo su grado de cumplimiento guarda estrecha relación con nuestras condiciones laborales, podemos apreciar la vinculación de estos factores con nuestro bienestar, el de nuestras familias y comunidades.

Estos aspectos son fundamentales para cumplir con la normativa vigente, para así avanzar hacia un ejercicio profesional ético que permita a cada colega desempeñarse con tranquilidad y confianza.

Por todo lo anterior, valoramos este trabajo de FALMED, que refuerza nuestro compromiso como gremio con el bienestar de quienes ejercen la medicina en Chile, ofreciendo salud y bienestar a la población.

En nombre de la Mesa Directiva Nacional del Colegio Médico de Chile, extiendo mi profundo agradecimiento al equipo de FALMED por su dedicación y excelencia en esta labor. Agradezco especialmente al presidente de la Fundación, Dr. Jaime Sepúlveda; al equipo jurídico, encabezado por su abogado jefe, Sr. Juan Carlos Bello, y a cada persona que ha contribuido a concretar este impecable trabajo. Estoy convencida de que *Derecho Médico IV* será una herramienta valiosa para médicas y médicos, abogadas y abogados y todos los actores vinculados al ámbito de la salud, contribuyendo a enfrentar de mejor manera los desafíos actuales de la Medicina.

Un afectuoso saludo,

Dra. Anamaría Arriagada Urzúa

Presidenta Nacional del Colegio Médico de Chile

Palabras del Presidente de la Fundación

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas

Cuando decimos que **FALMED** es más que un seguro, lo hacemos con la certeza de que nuestras acciones reafirman nuestros dichos. Como institución nos desafiamos, día a día, no solo a entregar la mejor asesoría legal y representación a nuestras afiliadas y afiliados; también a aportar con educación y conocimiento médico legal.

En 2021, en un contexto social en el cual los paradigmas de la relación médico paciente se transformaron, presentamos a la comunidad médica el **libro *Derecho Médico I*,** el que posteriormente fue complementado por los **libros *Derecho Médico II y III*.**

Con inmenso orgullo decimos que nuestros textos han sido elogiados y ampliamente comentados no solo por médicos y médicas, también son estudiados en las aulas de medicina de nuestro país e incluso citados más allá del ámbito médico.

Cuando este año cumplimos tres décadas de existencia, FALMED comparte con ustedes el **libro *Derecho Médico IV***, texto que concentra y aborda las principales materias laborales, profesionales y tributarias asociadas al ejercicio profesional médico.

Esta cuarta entrega del Libro del Derecho Médico es posible gracias al trabajo académico realizado por nuestro equipo jurídico encabezado por el abogado jefe nacional, Juan Carlos Bello, y especialmente, por abogados y abogadas de la Unidad de Defensa Laboral Médica, UDELAM; Unidad de Defensa de la Medicina Privada, UDMP; y la Unidad de Defensa de Género, UDEGEN.

En este recorrido de conocimiento médico legal, ustedes podrán revisar materias fundamentales del quehacer médico, como el inicio de actividades profesionales y obligaciones tributarias, los contratos médicos con instituciones públicas de salud, contratos de honorarios con clínicas privadas, destacando las diferencias en contratos laborales, así como los derechos, obligaciones y riesgos en la relación médico-clínica.

Los autores también abordan la figura del médico como funcionario público y en uno de los capítulos se analizan las llamadas leyes médicas, como la Ley N° 15.076, desglosando los aspectos clave respecto de las regulaciones de remuneraciones, antigüedad y derechos laborales en el sistema público de salud. También subrayamos lo relacionado a la Ley Nº 19.664, ocasión en que hemos detallado las normas contractuales y laborales existentes, incluyendo la dedicación exclusiva y sus bonificaciones.

El libro *Derecho Médico IV,* releva materias de género mediante un abordaje del acoso y abuso sexual en el entorno laboral médico, la revisión de normas de protección de la maternidad, paternidad y familia en el entorno laboral, y proporciona directrices para garantizar una atención médica inclusiva y con perspectiva de género.

En **FALMED** estamos convencidos de que esta cuarta entrega, tal como sus predecesoras, será de gran utilidad profesional para todos, como parte de la histórica orientación y defensa que entrega nuestra Fundación a a cada uno de los médicos y de las médicas.

Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas
Presidente
Fundación de Asistencia Legal
del Colegio Médico de Chile Dr. Kléber Monlezun Soto

Palabras de la ex Presidenta de UDEL

Dra. Carolina del Castillo Celis

La actualización constante en el ámbito clínico, en el desempeño de nuestra labor profesional, es reconocida por cada uno de nosotros como fundamental para poder brindar a nuestros pacientes una mejor atención, basada en la *lex artis*. Muchas veces al priorizar nuestro quehacer clínico desconocemos otros aspectos administrativos y legales que afectan y atañen a nuestro que hacer sanitario.

Afortunadamente, FALMED visualizó esta necesidad de asesoría y acompañamiento en los distintos escenarios y condiciones en los que trabajamos, diariamente, incorporando unidades de abogados y abogadas especializadas como son: Unidad de Defensa Laboral Médica (UDELAM), Unidad de Defensa de Género (UDEGEN), y Unidad de Defensa de la Medicina Privada (UDMP), que componen la Unidad de Defensa Laboral, UDEL. Estas unidades, por su naturaleza, están vinculadas con los distintos dirigentes de Colegio Médico en todo el territorio nacional, ya que muchas veces se requiere realizar un trabajo en conjunto, gremial y jurídico, para entregar respuesta a las necesidades de los afiliados.

Por otra parte, en FALMED el rol de la docencia y capacitación permanente es prioritario, por lo que se consideró relevante contar con un libro dedicado a materias de UDEL, para que tanto los dirigentes gremiales como cada uno de los médicos y médicas de nuestro país, dispongan de información valiosa y necesaria para ejercer la profesión en distintos ámbitos y etapas de su vida.

Para concretar esta tarea, se realizó un trabajo colaborativo de abogados y dirigentes gremiales quienes pudieron dar vida a este ejemplar, y en el que pudieron transmitir toda la experiencia adquirida.

Esta nueva edición incluye materias vinculadas al inicio de nuestra vida laboral, momento en el cual resulta fundamental contar con información sobre cómo efectuar correctamente el inicio de nuestras actividades laborales y las obligaciones tributarias.

Es también necesario conocer al inicio de nuestra carrera sobre los entornos jurídicos y contractuales de la Ley N° 19.664 y N° 15.076, contratos por el Código del trabajo, las particularidades legales que rigen para médicos que trabajan en el sistema de las FFAA, el estatuto administrativo para médicos en APS bajo la Ley N° 19.378, los contratos de honorarios con prestadores institucionales privados, etc.

Este tomo IV de Derecho Médico, abarca también los temas relacionados con el acceso a programas de especialización, sus requisitos, beneficios y obligaciones de permanencia, y el período asistencial obligatorio (PAO).

Trata además sobre el incentivo al retiro con sus beneficios, condiciones de acceso y requisitos.

Se expone sobre los derechos vinculados a la maternidad y paternidad, área que ha tenido gran desarrollo en los últimos años y así, como en otras instancias de docencia, pretende alcanzar el empoderamiento y resguardo oportuno de estos, a través de la entrega de información pertinente.

En este nuevo ejemplar, se incluye también una temática jurídica que ha presentado cambios recientes, como es el acoso sexual y laboral, considerando aspectos sobre su prevención, implementación de protocolos en las instituciones en las que trabajamos y sus aristas penales, las que entregarán herramientas que nos permitirán procurar un espacio seguro para el desarrollo de nuestras labores.

Este libro cuenta con un capítulo sobre la atención médica con perspectiva de género, para seguir avanzando en una relación médico-paciente respetuosa y sin discriminación.

Como parte del directorio de FALMED, en el período 2021-2024, y luego como presidenta de UDEL el año 2024, agradezco a todos los funcionarios de FALMED y dirigentes de COLMED por el trabajo que día a día realizan para apoyar nuestra

labor como médicos y médicas, y la posibilidad que me han brindado de ser parte de estas instituciones.

Agradezco en forma especial a todos quienes colaboraron en la realización de este nuevo libro, con la seguridad de que sus páginas darán respuesta a distintas dudas e inquietudes, y que plantea también temas emergentes y necesarios de relevar para aportar a un correcto y seguro desempeño de nuestra profesión, quedando como un libro de consulta para los distintos momentos y escenarios en nuestra vida laboral.

Dra. Carolina del Castillo Celis
Secretaria Directorio FALMED 2021-2024
Ex Presidenta de UDEL
Tesorera Consejo Regional Araucanía

Palabras del Vicepresidente del Colegio Médico de Chile y Presidente de UDEL

Dr. Iván Mendoza González

Con gran satisfacción y profundo compromiso, les doy la más cordial bienvenida a esta cuarta edición del libro *Derecho Médico IV*, una obra que constituye un hito en la consolidación de una mirada integral y contemporánea del ejercicio profesional de la medicina en Chile.

Como vicepresidente del Colegio Médico y presidente de la Unidad de Defensa Laboral (UDEL), no puedo sino reconocer y destacar el valor de este texto, fruto del esfuerzo colaborativo entre médicos y abogados de nuestro país. Esta nueva entrega es testimonio del camino recorrido por FALMED y nuestro colegio en estos 30 años de existencia, donde hemos entendido que la defensa del quehacer médico no solo se juega en los tribunales, sino también en el aula, en el debate público y en cada espacio donde se reflexiona sobre nuestras condiciones de trabajo, nuestros derechos y deberes, y los múltiples desafíos que enfrentamos como profesionales de la salud.

Este libro aborda, con profundidad y rigor, temáticas que durante años fueron invisibilizadas o tratadas de manera fragmentada: la formalización de nuestras actividades profesionales, los contratos con instituciones públicas y privadas, las obligaciones tributarias, el arrendamiento de boxes de consulta, el periodo asistencial obligatorio, y los nuevos marcos normativos asociados a la protección de la maternidad, paternidad y al combate del acoso y abuso sexual en el entorno laboral. Todo ello desde una perspectiva que reconoce, por fin, la necesidad de avanzar hacia una atención médica respetuosa, inclusiva, con enfoque de género y reconocimiento de la autonomía de las y los pacientes.

En particular, quiero relevar el aporte que realiza esta nueva obra al visibilizar el trabajo de UDEL y sus unidades componentes –UDELAM, UDMP y

UDEGEN–, que día a día acompañan, orientan y defienden a colegas de todo Chile. Esta articulación de saberes jurídicos y experiencia gremial ha permitido no solo resolver problemas individuales, sino también incidir en políticas públicas, empujar reformas necesarias y promover una cultura de derechos dentro del gremio médico.

Derecho Médico IV no es solo una guía práctica. Es también una invitación a reflexionar sobre el tipo de profesión que queremos ejercer y sobre el entorno que queremos construir para nuestras futuras generaciones de médicas y médicos. La medicina del siglo XXI exige no solo excelencia clínica, sino también conciencia de los marcos legales que regulan nuestro quehacer y valentía para transformar aquellos aspectos que limitan nuestro desarrollo profesional y humano.

Mi gratitud al equipo de FALMED, a sus abogados y abogadas, a los dirigentes gremiales que participaron en esta obra y a cada profesional que, desde su experiencia, aportó a la construcción de este conocimiento colectivo. Estoy seguro de que este libro será una herramienta imprescindible, tanto en los inicios de la carrera médica como en los momentos de mayor complejidad laboral.

Les invito a recorrer sus páginas con atención crítica y con esperanza. Porque defender el ejercicio de la medicina, es también defender el derecho a una salud digna para todas y todos.

Dr. Iván Mendoza González
Vicepresidente del Colegio Médico de Chile A.G.
Presidente de la Unidad de Defensa Laboral (UDEL)

Prólogo

Dra. Sofía P. Salas Ibarra[1]

Se me ha solicitado que escriba el prólogo para este IV volumen del libro de *Derecho Médico*, el cual representa un esfuerzo compartido entre el Colegio Médico de Chile, la Fundación de Asistencia Legal (FALMED) y su Unidad de Defensa Laboral (UDEL). En sus 17 artículos y más de 400 páginas, encontraremos variados temas que van desde las responsabilidades administrativas que recaen en los profesionales médicos en cuanto funcionarios, ya sea públicos o privados, hasta aquellos lineamientos para realizar una atención médica con perspectiva de género y sin discriminaciones arbitrarias.

Para comenzar, es necesario precisar que la palabra "prólogo" proviene del griego "prólogos", que significa "el que habla antes", y se remonta a los personajes del teatro griego que brindaban al público un recuento de la situación inicial al inicio de la obra. El prólogo cumple, por lo general, con dos funciones básicas: una función informativa e interpretativa respecto del texto principal y una función persuasiva o argumentativa, destinada a captar la atención del lector. Es decir, intenta responder a dos preguntas: ¿qué vamos a encontrar en este libro?, y, tal vez la más importante, ¿por qué debemos leerlo?

En el vasto y complejo universo de la medicina, el ejercicio profesional no solo se define por la destreza técnica y el conocimiento científico, sino también por un entramado de normativas legales y éticas que orientan la práctica diaria.

---

1 Médico cirujano de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Diplomada en Ética Clínica y en Educación Médica. Actualmente se desempeña como Docente investigadora del Centro de Bioética, Facultad de Medicina Clínica Alemana Universidad del Desarrollo e integrante del Departamento de Ética del COLMED.

Este libro, que aborda los aspectos médico-legales del ejercicio de la medicina, se erige como una herramienta invaluable para todos aquellos que se dedican a esta profesión.

Los primeros capítulos que componen esta obra invitan a reflexionar sobre la responsabilidad del médico como funcionario, ya sea del sector público o privado, un rol que implica no solo la atención a la salud de los individuos, sino también cumplir con una serie de normativas relacionadas con el ejercicio profesional. Así, los lectores recibirán orientación respecto de la manera correcta de cumplir con sus obligaciones tributarias, las que "son trascendentales al momento de ejercer la medicina", lo que significa el deber de informarse respecto de los derechos y obligaciones que tienen como contribuyentes. Por otra parte, la relación de los médicos con las clínicas y centros de salud privados donde prestan sus servicios, suele ser un motivo de permanente conflicto, incluyendo el tema del no pago de honorarios por la atención clínica otorgada por el facultativo. En este contexto, otro artículo aborda los "modelos de relación entre los médicos y las clínicas privadas", señalando, acertadamente a mi juicio, que se hace fundamental "la asesoría en la revisión de los contratos de prestación de servicios con las clínicas y los centros médicos privados" en todas las etapas de la relación jurídica. Adicionalmente, se entregan las bases necesarias para que los profesionales médicos conozcan aquellos aspectos fundamentales relacionados con las autorizaciones sanitarias, puesto que estos permisos son obligatorios.

Las relaciones con las instituciones públicas de salud también pueden ser problemáticas, independiente de que la modalidad de su contrato sea a honorarios o como funcionario de planta. Tal como lo señala el autor de uno de estos artículos, "el desempeño profesional del médico bajo esta modalidad exige un apego integral al principio de probidad administrativa, que se traducirá en respetar cabalmente las normas constitucionales y legales que regulan este principio, observando una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de los respectivos cargos, haciendo primar el interés general por sobre los intereses particulares del profesional". Por otra parte, cuando los profesionales médicos deciden ejercer en el sistema público, se establece una relación especial de Derecho Público que no puede ser modificada por las partes "a menos que la ley lo permita". Si bien ser funcionario público impone diversas obligaciones, también se les reconoce ciertos derechos, como gozar de estabilidad en el empleo y contar con una carrera funcionaria, además de beneficios, como feriados adicionales, dependiendo de la especialidad que se ejerza. Todos estos aspectos, si se quiere más bien administrativos asociados con el ejercicio profesional, son de suma importancia, puesto que al prestar servicios en el sistema

público, no se tiene la posibilidad de "negociar las condiciones concretas de la prestación de servicios" y, además, "el desconocimiento de una norma no puede ser utilizado en caso alguno como eximente de su cumplimiento".

Otros cuatro artículos nos dan a conocer situaciones específicas del ejercicio profesional: el régimen jurídico al cual está sujeto el profesional médico que desempeña funciones profesionales dentro de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile; cuáles son los derechos y obligaciones de aquellos que acceden a cupos y al financiamiento que la misma Administración del Estado ofrece mediante la Ley Nº 19.664, incluyendo los deberes del así llamado Período Asistencial Obligatorio; el incentivo al retiro, con el análisis de las leyes correspondientes (Nº 20.986 y Nº 20.919), y el Estatuto Administrativo de los médicos de la atención primaria. Todos estos debieran ser estudiados por quienes están en estas situaciones específicas.

Los últimos dos artículos se refieren a situaciones de carácter general, que puedan afectar a cualquier profesional médico, independiente de dónde sea su desempeño laboral o etapa de desarrollo de su carrera funcionaria. El primero ofrece un abordaje práctico al tema del acoso y abuso sexual en el trabajo, lo que reviste particular relevancia luego de la reciente promulgación de la Ley Nº 21.643, conocida como Ley "Karin", que incluye "obligaciones que buscan prevenir la ocurrencia de hechos de acoso sexual, acoso laboral y violencia en el trabajo". Entre otros aspectos, esta ley obliga a los empleadores a "contar con un protocolo de prevención de la violencia en el trabajo, el acoso laboral y sexual". El último es sobre la protección a la maternidad, paternidad y familia, que hace explícita referencia a los derechos de la maternidad aplicables a las médicas y aquellos derechos que le asisten al padre trabajador, a fin de que estos puedan ejercer debida e informadamente un rol de corresponsabilidad en el cuidado de sus hijos e hijas.

En síntesis, este IV volumen del libro de *Derecho Médico* nos recuerda la relación entre la medicina y el trabajo, a través de la óptica del Código del Trabajo y los estatutos aplicables en el sector público, y nos hace ver que los profesionales de la salud son también trabajadores con derechos y deberes que deben ser respetados y protegidos. Asimismo, la inclusión de temas como el acoso sexual y la atención médica con perspectiva de género demuestra un enfoque contemporáneo y necesario en la formación de los profesionales de la salud. Estos aspectos no solo son vitales para garantizar una atención integral y libre de discriminación, sino que también son esenciales para fomentar un entorno laboral seguro y respetuoso. A su vez, los lineamientos sobre la protección a la

maternidad, paternidad y familia subrayan la importancia de poder conciliar la vida profesional y personal, contribuyendo así a la salud mental y emocional de los médicos y sus familias.

Un aspecto fundamental que se entrelaza a lo largo de esta obra es la convergencia entre el derecho y la medicina, dos disciplinas que, aunque distintas en su esencia, se complementan en el objetivo común de salvaguardar el bienestar del paciente. Si bien una medicina excesivamente legalista puede ser percibida como defensiva, es esencial reconocer que el ejercicio responsable de la medicina requiere una consideración cuidadosa de los aspectos legales que proporcionan un marco de referencia al actuar médico. Esta intersección no busca limitar la práctica médica sino enriquecerla, dotando a los profesionales de herramientas que les permitan ofrecer una atención más segura y efectiva.

Este libro no solo representa un compendio de conocimientos, sino que también se convierte en un llamado a la acción. Nos recuerda que, al ejercer la medicina, estamos no solo curando enfermedades, sino también construyendo sociedades más justas y equitativas. Con estos aspectos en mente, invito a los lectores a sumergirse en las páginas que siguen, con la esperanza de que este conocimiento se traduzca en una práctica médica más consciente y comprometida.

Dra. Sofía P. Salas Ibarra
Departamento de Ética del Colegio Médico

Introducción

Abogado Juan Carlos Bello Pizarro[2]
Dr. Jaime Sepúlveda Cisternas[3]

La defensa del quehacer médico, que es a lo que nos hemos dedicado en estos 30 años de existencia de la fundación, nos ha mostrado, entre otras cosas, que la profesión médica está regulada de forma profusa y dispersa y, por ende, las necesidades jurídicas de quienes la ejercen es permanente e implica el conocimiento de diferentes áreas. En esto, la labor conjunta y pionera que hemos desarrollado con médicos y abogados, ha dado frutos que son únicos, muy valorados por nuestros afiliados y dirigentes gremiales, razón por la cual constituyen un motivo de orgullo y mayor compromiso para nuestra fundación.

---

2 Abogado Universidad de Chile, Magíster en Derecho Penal Universidad Diego Portales, mención en Derecho Procesal Penal. Es Diplomado en Reforma Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado y cuenta con una especialización en la Universidad de Harvard sobre "Teoría y Herramientas del Proyecto de Negociación de Harvard". Se desempeñó como Asesor Jurídico de la Mesa Directiva Nacional del Colegio Médico de Chile entre 2004 y 2005. Desde ese año y hasta la fecha, es el abogado Jefe del Área Jurídica de Falmed. Docencia y exposición permanente de cursos en Chile y en el extranjero sobre derecho médico. Participación en la defensa de más de 6.000 juicios en la materia. Participó como compilador y autor del primer libro "Derecho Médico" de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (2021), del libro "Derecho Médico II" y del libro "Derecho Médico III", de la misma fundación (2023).

3 Médico, Especialista en Salud Pública, Máster Gestione e Amministrazione dei Servizi Sanitari, impartido por las Universidades de Bologna, Ferrara, Modena, Parma, Italia y Montreal, Canadá. Egresado del Magister en Salud Pública mención Epidemiológica de la Universidad de Chile. Diplomado Gestión de Instituciones de Salud, Diploma en Recursos Humanos y Diplomado en Gestión de Redes Asistenciales.

Con una trayectoria de varios años en el sector público de salud, como Jefe subprograma Alcohol-Drogas del Servicio Salud Concepción-Arauco, Director del Hospital de Lota, Presidente de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, Subdirector Médico y Director del Servicio de Salud Concepción.

Esta modalidad de trabajo médico y jurídico conjunta nos ha mostrado que, si bien los casos de responsabilidad profesional, comúnmente conocidos como negligencias médicas, son los que resultan generalmente con mayor connotación pública, con más cobertura mediática y más amenazantes, no son estos los que únicamente preocupan a quienes ejercemos la profesión en Chile, pues hay todo un universo de relaciones administrativas, normativas y legales que se entrelazan y determinan las condiciones del trabajo médico.

Por lo anterior, haciéndonos cargo de la realidad, el año 2015, hace exactamente diez años, tomamos la decisión de crear una unidad especializada en la defensa laboral de los médicos funcionarios. A poco andar comprobamos que, además de descansar en principios generales del derecho administrativo, el ejercicio profesional está regulado por leyes especiales, diseminadas y específicas, que han sido creadas dadas las particulares condiciones en que se ejecuta el trabajo médico.

Por supuesto, el devenir de la profesión de sanar también ha estado sujeto a normas y regulaciones particulares para aquellos que la ejercen, ya no como funcionarios públicos, sino que como médicos en sus propias consultas y en instituciones privadas. Esta realidad y la idea de trabajar cada vez con mayor frecuencia en grandes centros privados, ha generado relaciones cuyos vínculos jurídicos, derechos y obligaciones parecen requerir siempre un análisis casuístico.

En el ámbito académico, ha ocupado diversas responsabilidades de dirección superior. En la Universidad San Sebastián ha sido Director del Centro Docente Asistencial, Director de la Escuela Medicina, Vicedecano, Decano Facultad Medicina y profesor asociado de salud pública, en la Universidad Andrés Bello, se desempeñó por 12 años como Profesor de Salud Pública, pre y posgrado y Director Académico Pregrado Instituto Salud Pública (ISPAB).

Junto a las actividades académicas y de dirección pública ha colaborado con la Organización no Gubernamental italiana CESTAS, con la cual participó en proyectos de cooperación en el ámbito sanitario y de formación de profesionales de salud en Bolivia, Ecuador, Perú, e Italia. Ha participado de consultorías en salud pública en gestión de redes de salud en Nicaragua, Bolivia, Mozambique y nuestro país.

Además, ha sido miembro del directorio de INNOVA Bio-Bío, del directorio de la Corporación de Desarrollo de la Región Bio-Bio, concejal de los municipios de Concepción un periodo y de Hualqui, comuna en la reside dos periodos

En el ámbito gremial ha sido 7 años, desde junio 2017 hasta enero de 2024 Tesorero Nacional del Colegio Médico de Chile y desde hace julio 2017 es miembro del directorio de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, siendo desde enero 2021hasta hoy su Presidente.

Actualmente se desempeña como encargado de formación de especialistas y subespecialistas en el Servicio de Salud Talcahuano.

En el mismo sentido, nuestro colegio y, por consiguiente, nuestra fundación no han estado ajenos a la necesidad de enfrentar las desigualdades que en el ámbito del ejercicio médico sufren las mujeres que ejercen la profesión y que, por supuesto, no solo requieren cambios estructurales y de paradigmas, sino que también necesitan una asesoría y defensa activa y especializada.

Estos tres ejes: laboral, privado y de género, constituyen la esencia de la Unidad de Defensa Laboral, que hoy entrega este trabajo de análisis jurídico, con una mirada médica, constituyendo un abordaje inédito.

Lo anterior, lo hemos plasmado y recogido, en el cuarto tomo del libro *Derecho Médico*, donde, sumado a lo ya hecho en la Unidad de Defensa Laboral, la cooperación entre abogados especialistas y médicos con amplia experiencia, que han analizado un abanico de normas, jurisprudencia y casos, todo esto reunidos por primera vez en un libro, hace que este texto sea una pieza única en su tipo.

En cuanto al ámbito laboral administrativo, destacamos el análisis de la Ley Nº 15.075, la Ley Nº 19.664 y Ley Nº 19.378 (normas basales del trabajo médico). Pero también el estatuto que regula los programas asistenciales obligatorios, todos constituyen temas ineludibles y que acá se abordan acabadamente.

Son señeros e imprescindibles los capítulos sobre acoso sexual, protección a la maternidad, paternidad y familia, así como los lineamientos para atenciones médicas con perspectiva de género, con lo que Falmed y, en consecuencia, nuestro colegio aporta, de manera vanguardista, a una igualdad real para nuestros afiliados y sus pacientes.

Finalmente, este libro se hace cargo de otro ámbito del trabajo médico que requiere una especial atención médico-legal: esto es la medicina privada y sus peculiaridades. Por ello nuestros especialistas analizan las obligaciones tributarias de los profesionales de salud, la forma de relación con las instituciones, arriendo de boxes y autorizaciones sanitarias.

Este trabajo, en definitiva, nos ha permitido como Falmed, en cooperación con nuestro Colegio Médico, ir más allá del tema de la mal *praxis* médica, que fue la razón original para la creación de la fundación. Hemos querido ir más allá y eso también nos enorgullece, pues como explicaba T.S. Elliot "Solo aquellos que se arriesgan a ir demasiado lejos sabrán lo lejos que pueden llegar".

Este libro, entonces, es el resultado de un camino, tomado por todos nosotros, para que ustedes, médicos y médicas, puedan caminar más seguros.

Inicio de actividades y obligaciones tributarias

Abogada Katherine Berríos González[4]
Luis Muñoz Romero[5]

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a nuestra legislación tributaria, en la actualidad existen alternativas para que los profesionales del área de la salud puedan desarrollar su actividad de forma independiente o perteneciendo a algún centro de salud mediante un vínculo de subordinación o dependencia, es por ello, que se pretende en esta ocasión abordar estas materias de manera simple y amigable.

Para los profesionales independientes las alternativas de trabajo son variadas. Desde trabajar individualmente bajo su RUT como persona natural o comprometiendo patrimonio al momento de formar sociedades.

En este sentido es que este capítulo busca definir y desarrollar los conceptos clave de esta materia, así como también las etapas de formalización de las actividades comerciales ante el Servicio de Impuestos Internos.

Las normas impositivas en nuestro país cambian constantemente y hay cosas que debemos considerar, como señala la famosa frase atribuida a Benjamín Franklin, "En la vida, no hay nada cierto, salvo la muerte y los impuestos".

---

4 Abogada, Unidad de Defensa de la Medicina Privada, FALMED. Magíster en Derecho Corporativo, Universidad Central de Chile. Diplomada en Derecho Concursal, Pontificia Universidad Católica. Diplomada en Derecho Tributario, Duoc UC.

5 Contador Auditor UDLA, Magíster en Planificación y Gestión Tributaria con mención en Legislación Tributaria Internacional UDLA. Profesor Universitarios en Legislación Tributaria, Profesor en Diplomados y Seminarios en legislación tributaria NIIF Chile e IFRS Solutions.

II. DEFINICIONES BÁSICAS

Para un mayor entendimiento del capítulo es necesario conocer algunos conceptos de la Ley tributaria chilena, los cuales se describen a continuación:

Se entenderá:

a. Por "**contribuyente"**, las personas naturales y jurídicas, o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos[6].

b. Por **"persona"**, las personas naturales o jurídicas y los "representantes"[7]. Ahora bien, es el Código Civil el encargado de proporcionar los conceptos de: a) persona natural, señalando que es *"toda persona de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición" y; b)* persona jurídica *"a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente"*[8].

c. Por "**Renta",** los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación[9].

d. Por "**año calendario**", el período de doce meses que termina el 31 de diciembre[10].

e. Por "**año comercial**"*, el período de doce meses que termina el 31 de Diciembre o el 30 de Junio y, en los casos de término de giro, del primer ejercicio del contribuyente o de aquel en que opere por primera vez la autorización de cambio de fecha del balance, el período que abarque el ejercicio respectivo según las normas de los incisos séptimo y octavo del artículo 16 del Código Tributario*[11]. Es decir, los balances, por regla general, comprenden un periodo de 12 meses, del primero de enero al 31 de diciembre, salvo situaciones extraordinarias, como por ejemplo, el primer año en que se inician actividades, puesto que puede iniciarse en un mes distinto a enero, lo mismo cuando existe

6 D.L. N° 830, Código Tributario, artículo 8, N° 5.

7 D.L. N° 830, Código Tributario, artículo 8, N° 7.

8 Código Civil, artículos 55 y 545.

9 D.L. N° 824 Sobre Ley de Impuesto a la Renta, artículo 2, N° 1.

10 D.L. N° 824 Sobre Ley de Impuesto a la Renta, artículo 2, N° 7.

11 D.L. N° 824 Sobre Ley de Impuesto a la Renta, artículo 2, N° 8.

un término de la actividad o término de giro o cuando se solicita un cambio de fecha de balance para ser cerrado el 30 de junio.

f. Por "**año tributario"**, *el año en que deben pagarse los impuestos o la primera cuota de ellos*[12]. Es decir, la declaración de renta con vencimiento en abril del año siguiente al cierre del año comercial.

g. Por **"Residente"**, *toda persona que permanezca en Chile, en forma ininterrumpida o no, por un período o períodos que en total excedan de 183 días, dentro de un lapso cualquiera de doce meses*[13].

h. ***"Domicilio",*** este concepto no se encuentra definido en la Ley tributaria, se remite a lo establecido en el Código Civil. *Para los efectos de la Ley tributaria, la ausencia o falta de residencia en el país no es causal que determine la pérdida de domicilio en Chile si la persona conserva, en forma directa o indirecta, el asiento principal de sus negocios en Chile.*

i. ***"Domicilio",*** *consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella*[14].

III. CICLO DE VIDA DEL CONTRIBUYENTE

Con motivo del desarrollo económico del país y las nuevas alternativas de negocios que se presentan, las personas naturales y las empresas en general han ido adecuando sus estructuras a nuevas y otras formas jurídicas que las hagan más eficientes.

El Decreto Ley Nº 830 de 1974, sobre Código Tributario, comprende la estructura orgánica del Servicio de Impuestos Internos, sus facultades, formas de efectuar notificaciones, citaciones, tasación, entre otras. También contiene las distintas obligaciones accesorias del contribuyente, como son el inicio de actividades, informar de las modificaciones o cambios que sufra a lo largo del ciclo de vida, avisar término de giro, entre otras.

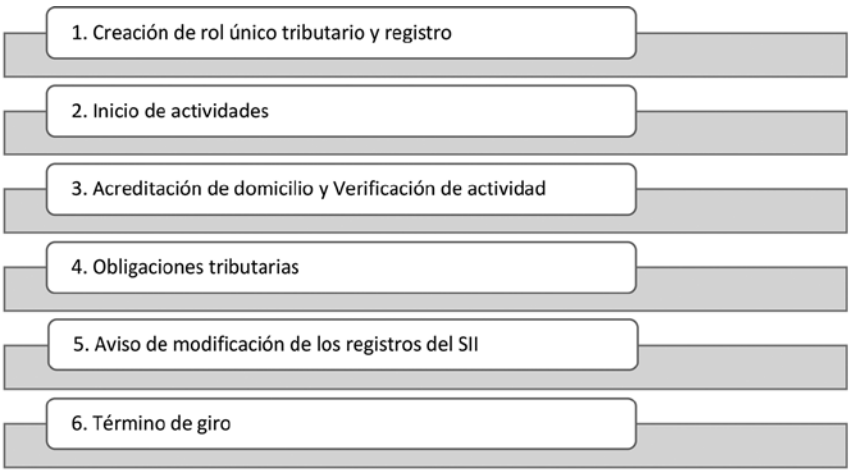
De acuerdo al Servicio de Impuestos Internos, el ciclo de vida del contribuyente comprende las siguientes etapas:

---

12 D.L. Nº 824 Sobre Ley de Impuesto a la Renta, artículo 2, Nº 9.

13 D.L. Nº 830 Código Tributario, artículo 8, Nº 8.

14 Código Civil, artículo 59.



15

1. CREACIÓN DE ROL ÚNICO TRIBUTARIO Y REGISTRO

Todas las personas, naturales, jurídicas con o sin fines de lucro, que sean susceptibles de ser sujetos de impuestos, deben estar inscritas en el Rol Único Tributario, lo que deberá efectuarse mediante la "carpeta tributaria electrónica", cuyo fin es contener la base de datos que recopilará, integrará y actualizará, en conformidad a la ley, la información relativa a la identidad tributaria del contribuyente que será administrada por el Servicio de Impuestos Internos, en adelante indistintamente "S.I.I."[16].

15 Ciclo de Vida del Contribuyente, Educación Fiscal, sitio web Servicio de Impuestos Internos, link https://www.sii.cl/destacados/educacion/siieduca/aprende-con-nosotros/ciclo-de-vida-del-contribuyente.html#:~:text=El%20Ciclo%20de%20Vida%20del,el%20Servicio%20de%20Impuestos%20Internos.

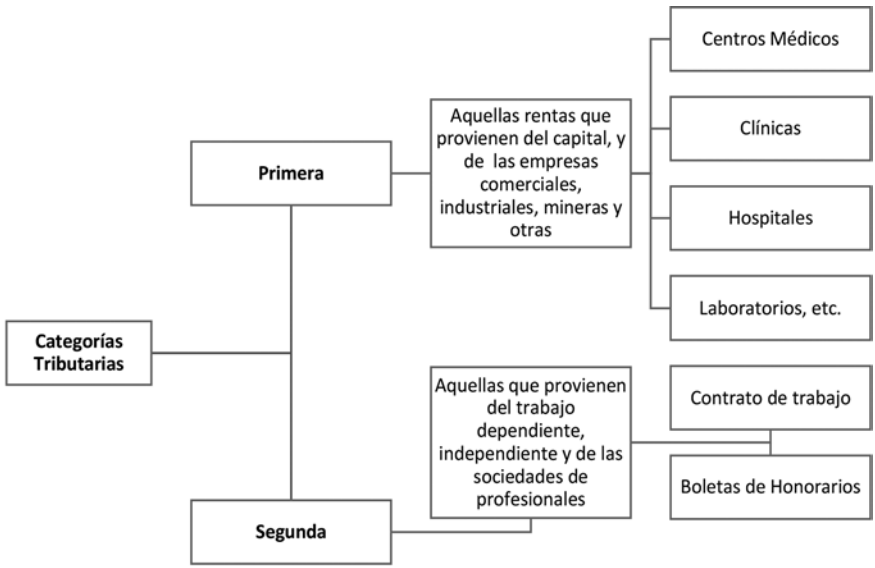
16 Circular 41, de fecha dos de julio de 2021, Servicio de Impuestos Internos, en relación al artículo 66 del Código Tributario.

2. INICIO DE ACTIVIDADES

En relación a esta etapa del ciclo de vida del contribuyente, es preciso señalar que el inicio de actividades puede definirse como la comunicación escrita a la autoridad tributaria, mediante la cual se pone en su conocimiento la realización de una actividad susceptible de generar impuestos.

En este sentido, la Ley tributaria señala que las personas que inicien negocios o labores susceptibles de producir rentas gravadas (impuestos), ya sea en primera o en segunda categoría, deberán presentar al Servicio de Impuestos Internos, dentro de los dos meses siguientes a aquel en que comiencen sus actividades[17], una declaración jurada sobre dicha iniciación[18].

Cuando se habla de primera o segunda categoría, nos referimos a la calidad del contribuyente de acuerdo con la actividad que se desarrolla, tal como se indica en el siguiente cuadro (esquema).



17 El plazo de dos meses indicado comienza cuando el contribuyente efectúa cualquier acto u operación que sirva para determinar impuestos, por ejemplo, si el contribuyente efectúa un acto u operación el día tres de junio, tendrá hasta el día 31 de agosto para efectuar la declaración de inicio de actividades, independiente de la fecha de constitución de la sociedad, esto en virtud del artículo 68, inciso tercero del Código Tributario.

18 D.L. Nº 830, Código Tributario, artículo 68.

La actividad médica puede desarrollarse tanto en la primera categoría, a través de la creación de sociedades médicas de tipo comercial, como por ejemplo lo es la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.), la Sociedad Por Acciones (SpA), las Sociedades Limitadas (Limitada o Ltda.), o bien en la segunda categoría, lo que incluye el ejercicio dependiente de la medicina (contrato de trabajo), el ejercicio libre de la profesión o a través de la prestación de servicios por medio de sociedades de profesionales[19].

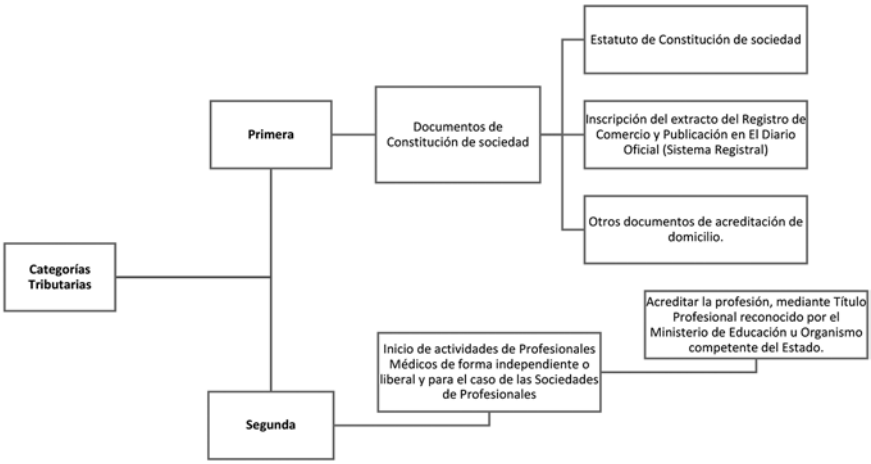
La declaración de inicio de actividades deberá efectuarse en una "carpeta tributaria electrónica" que el S.I.I. habilitará para cada contribuyente en el sitio de internet, al cual se puede acceder a través de una clave tributaria o con la Clave Única (otorgada por el Servicio de Registro Civil e Identificación). Dicha carpeta contendrá un formulario virtual con los campos necesarios para el correcto enrolamiento del contribuyente[20].

Documentos que deben acompañarse a la Declaración de Inicio de Actividades

Conjuntamente con la declaración de inicio de actividades deben acompañarse documentos fundantes de la solicitud, en este punto es importante distinguir si se iniciarán actividades en Primera Categoría o en Segunda Categoría.

19 Ver capitulo *Derecho Comercial y Tributario de las formas de ejercicio de la medicina privada y aspectos relevantes de su tributación*, p. 297 y siguientes. *Derecho Médico II*. FALMED.

20 Formulario 4415, Sobre Inscripción al Rol Único Tributario y/o Declaración Jurada de Inicio de Actividades.



Sanciones

El contribuyente que maliciosamente proporcione datos o antecedentes falsos en la declaración inicial de actividades o en sus modificaciones o en las declaraciones exigidas con el objeto de obtener documentación tributaria, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo y con multa de hasta ocho (8) unidades tributarias anuales (UTA)[21].

3. ACREDITACIÓN DE DOMICILIO Y VERIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD

3.1. Acreditación de domicilio

Para acreditar su domicilio y el de sus sucursales, deberá presentar los siguientes antecedentes:

a) Las personas naturales dedicadas al transporte de pasajeros y Organismo del Estado: no es necesario que acrediten su domicilio o el de sus sucursales.

b) Personas Naturales o Jurídicas y otros entes sin personalidad jurídica, afectas a impuestos de 1ª Categoría (actividades Agrícolas, Comerciales, Industriales, de la construcción, de servicios, etc) deberán señalar el número del Rol de avalúo de la propiedad y presentar (según corresponda):

21 D.L.Nº 830, Código Tributario, artículo 97, Nº 23.

Inmueble propio del contribuyente o de alguno de los socios (en caso de personas jurídicas u otros entes): la propiedad del inmueble puede acreditarse con alguno (y solo uno) de los siguientes antecedentes a nombre del propietario:

- Original o fotocopia de recibo de contribuciones de Bienes Raíces, u Original o fotocopia del certificado de avalúo u
- Original o fotocopia de escritura de compra u otro documento que acredite la propiedad o usufructo (posesión efectiva, donación, comodato) o
- Certificado o fotocopia de Inscripción en Conservador de Bienes Raíces o
- Original o fotocopia de la factura de compra del inmueble, o
- Carta firmada por el representante legal de la empresa constructora o inmobiliaria que certifica haber vendido la propiedad a la persona y que se encuentran en proceso de perfeccionamiento los títulos definitivos.

Inmueble arrendado: Se debe presentar original o fotocopia simple del contrato de arriendo (a nombre del contribuyente o alguno de los socios en el caso de personas jurídicas otros entes).

En caso de arriendos por "Leasing": presentar el original del contrato.

Solo serán válidos los contratos de arriendo firmados por:

- Los propietarios.
- Personas a quienes el propietario dé poder.
- Corredores de propiedades y que cuenten con órdenes o mandatos de los propietarios (fotocopia simple del documento).
- Por representantes legales de Empresas Inmobiliarias y/o Constructoras, demostrando (original o fotocopia) que son los representantes.
- El representante designado por la totalidad de los miembros de una comunidad o sucesión.

Inmueble cedido bajo otro concepto: Autorización escrita ante Notario, ministro de Fe del S.I.I. u Oficial del Registro Civil (cuando no exista notario), del propietario o arrendatario para realizar la actividad declarada, acompañando el original (o fotocopia ante Notario) de la Cédula de Identidad de quien otorga la autorización.

Si el cedente es arrendatario del inmueble, demostrar además la calidad de tal, según lo señalado en el punto anterior (inmueble arrendado).

NOTA: No servirán para acreditar domicilio contrato de arriendo que tengan alguna cláusula que prohíba desarrollar actividades comerciales.

3.2. Verificación de actividad

Esta etapa consiste en la evaluación de los antecedentes presentados por el contribuyente, y tiene por objeto establecer que el contribuyente realizará efectivamente la actividad declarada.

¿Quiénes deben cumplir con esta etapa?

Aquellos contribuyentes de primera categoría afectos a Impuesto al Valor Agregado (IVA) que requieran emitir documentos que dan derecho a Crédito Fiscal del IVA.

Para el caso de los profesionales médicos que inician actividades de manera independiente o en el ejercicio libre de su profesión, no es aplicable la verificación, dado que se encuentran exentos del IVA de acuerdo al Nº 8, del artículo 12, letra E de la Ley del ramo y el documento tributario a emitir tiene otra clase de impuesto asociado a la retención de la boleta misma, que al año 2025 es de 14,5%[22].

Para el caso de los profesionales médicos que se constituyen como sociedad, esta etapa tampoco les es aplicable, dado que la Ley Nº 21.420, que reduce o elimina algunas exenciones tributarias, que modifica entre otras materias la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, incorpora específicamente a las exenciones de la materia, los servicios médicos, en el siguiente tenor:

"Artículo 12°.- Estarán exentos del impuesto establecido en este título: [...]

E.- Las siguientes remuneraciones y servicios: [...]

20) Los servicios, prestaciones y procedimientos de salud ambulatorios, que se proporcionen sin alojamiento, alimentación o tratamientos médicos para recuperar la salud propios de prestadores institucionales de salud, tales como hospitales, clínicas o maternidades.

22 De acuerdo a la Ley Nº 21.133, que modifica las normas para la incorporación de los trabajadores independientes a los regímenes de protección social, que en su artículo quinto de las disposiciones transitorias señala que el porcentaje indicado se incrementará progresivamente de manera anual, hasta llegar a una tasa del 17% para el año 2028.

Esta exención incluye el suministro de los insumos y medicamentos, efectuados en la ejecución del servicio ambulatorio, siempre que sean utilizados y consumidos en dicho procedimiento e incluidos en el precio cobrado por la prestación.

Los servicios de laboratorio no se incluyen en esta exención".

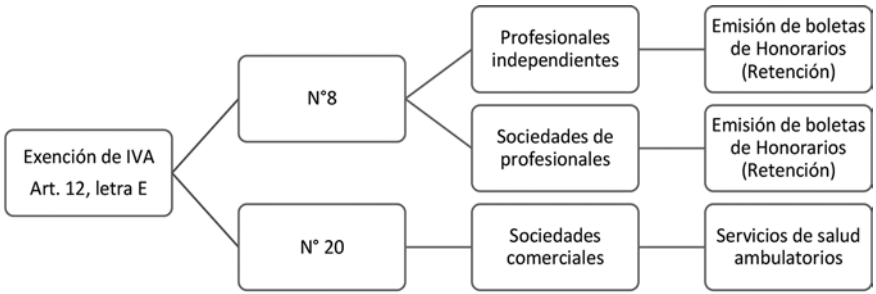
Es decir, que el servicio médico estará exento de IVA por la naturaleza de los servicios que se prestan, siempre que cumplan dos requisitos:

a) Que se trate de Servicios, Prestaciones o Tratamientos de Salud.

b) Que dichos servicios sean de carácter ambulatorio.

Así también, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado en circular Nº 50 de fecha 27 de octubre de 2022, que resulta irrelevante para las sociedades médicas el tipo social en que están organizados, mientras los servicios médicos que se prestan cumplan con los 2 requisitos indicados previamente. Por ejemplo, se puede constituir una sociedad de profesionales o una SpA, y en ambos casos estarán exentas de IVA, no por la forma en que se han constituido, sino por la actividad que desarrollan.

Exenciones al IVA en el ejercicio profesional médico



4. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Las obligaciones tributarias son aquellas que deben cumplir los contribuyentes en virtud de las exigencias que indica la norma, y que permiten proveer al Servicio de Impuestos Internos de información para mantener al día el registro de los contribuyentes y, así, determinar las declaraciones e impuestos que les

correspondan. El ciclo de vida del contribuyente y los ítems anteriormente desarrollados forman parte de las obligaciones tributarias[23].

El contribuyente tiene una obligación principal y obligaciones accesorias, la obligación principal del contribuyente es el pago de sus impuestos y las obligaciones accesorias son aquellas que se deben realizar para cumplir con la obligación principal.

Por ejemplo: son obligaciones accesorias presentar formularios con declaraciones mensuales, declaraciones juradas, solicitar autorización de documentos tributarios, actualizar la información en el S.I.I., entre otros.

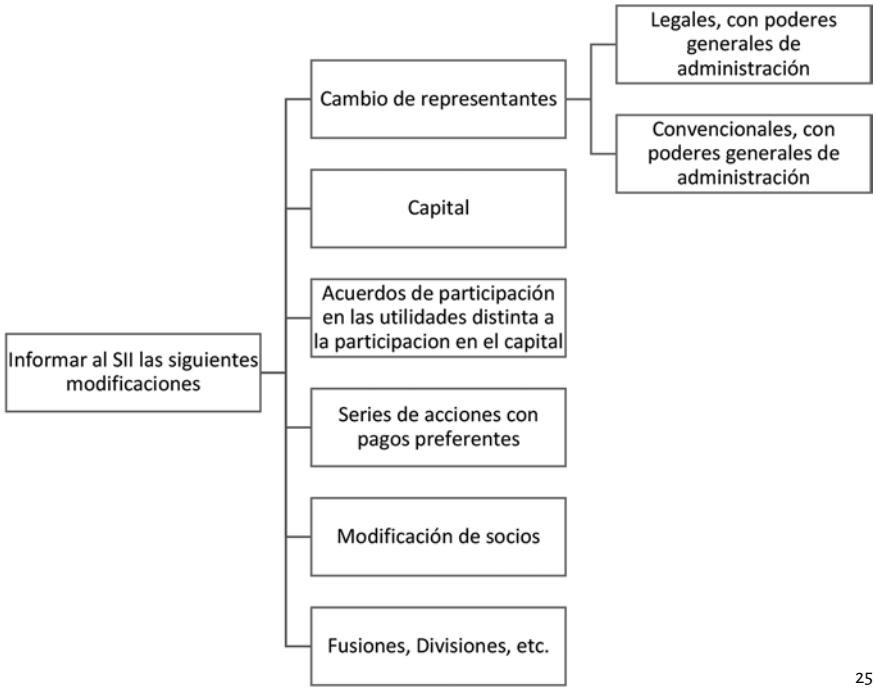
5. AVISO DE MODIFICACIÓN DE LOS REGISTROS DEL S.I.I.

Respecto a este punto, el Código Tributario señala lo siguiente "*Los contribuyentes deberán comunicar al Servicio, a través de la carpeta tributaria electrónica, cualquier modificación a la información contenida en el formulario de inicio de actividades dentro del plazo de dos meses contados desde que se efectúe la modificación respectiva o, si fuera procedente desde la fecha de la inscripción respectiva en el Registro de Comercio correspondiente, ...*"[24].

¿Qué modificaciones a los estatutos sociales, deben ser informadas al S.I.I.?

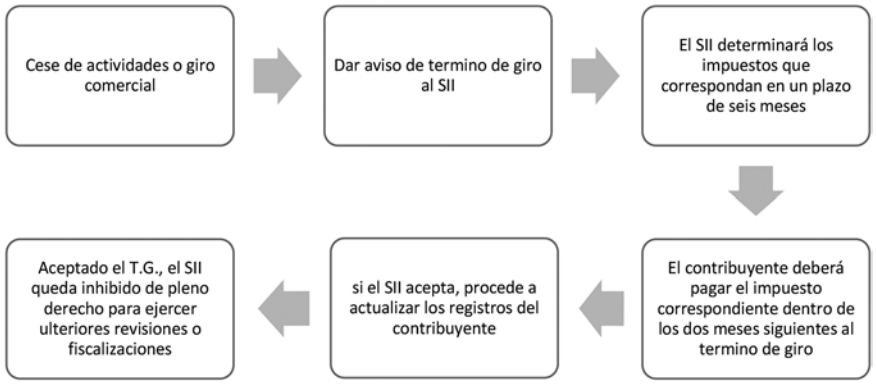
23 Sitio web Servicio de Impuestos Internos, Programa de educación fiscal, ciclo de vida del contribuyente, obligaciones tributarias. Link https://www.sii.cl/destacados/educacion/siieduca/aprende-con-nosotros/ciclo-de-vida-del-contribuyente.html#etapa3

24 D.L. Nº 830, Código Tributario, artículo 68, inciso quinto.



25

6. TÉRMINO DE GIRO



25 D.L. Nº 830, Código Tributario, artículo 68, inciso sexto.

En esta etapa, el contribuyente que desea poner fin a sus actividades profesionales, económicas, ya sea como persona natural o jurídica, deberá dar aviso al Servicio de Impuestos Internos a través de la carpeta tributaria del contribuyente, adjuntando a esta solicitud su balance de término de giro y todos aquellos documentos que sean necesarios para la determinación de los impuestos que correspondan, debiendo además pagar dicho tributo que el S.I.I. determine a la fecha del balance final, lo anterior, dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha del término de giro o de sus actividades.

Una vez efectuado el término de giro en el S.I.I. y aceptado por este, se procederá a la disolución jurídica de la sociedad y su liquidación de ser necesario, lo que se anotará al margen de los respectivos registros. Se incorpora a continuación una referencia.

Servicio de Impuestos Internos

Folio N°

CERTIFICADO DE TÉRMINO DE GIRO

El Servicio de Impuestos Internos certifica que la Declaración de Término de Giro ha sido enviada vía Internet el 26/02/2024, y ha dado cumplimiento a sus obligaciones tributarias conforme a la ley.

Contribuyente	
Rut	: 77.777.777-7
Razón Social / Nombre	: Sociedad de Profesionales xx Limitada.
Fecha inicio actividades	: 22/03/2005

Domicilio Principal
Dirección

Período Término de Giro	
Fecha Inicio	Fecha Término
01/01/2023	31/05/2023

Actividades Económicas				
Código	Descripción	Fecha Inscripción	Categoría	Afecto / No Afecto a IVA
869092	SERVICIOS PRESTADOS DE FORMA INDEPENDIENTE POR OTROS PROFESIONALES DE LA SALUD	22/03/2005	1	N

Se deja constancia que este contribuyente se responsabiliza de los impuestos que se adeuden o que resultaren adeudarse por futuras revisiones que se practiquen conforme a la ley, para lo cual es necesario conservar, por lo menos durante 6 años los libros y demás documentos contables.

COMPROBANTE TRANSACCIÓN ELECTRÓNICA

26

26 Referencia Certificado Término de Giro.

IV. CONCLUSIONES

Dentro de la digitalización de los procesos del S.I.I., se destaca la incorporación de la Clave Única otorgada por el Servicio de Registro Civil e Identificación, la cual no solo sirve para acceder al sitio web del Organismo Fiscal, sino a todas aquellas Instituciones Involucradas y destinadas al cumplimiento de la obligación tributaria, como por ejemplo, la Tesorería General de la República. A lo anterior, se suma la interconexión de la información, que ha facilitado la relación entre contribuyentes y el fisco, otorgando mayor certeza en la determinación de las obligaciones tributarias de los contribuyentes.

Así, las obligaciones tributarias son trascendentales al momento de ejercer la medicina, ya sea en primera o en segunda categoría, en el ámbito público o privado, destacando la importancia de las cargas que estas acarrean, debiendo ser responsables desde el punto de vista del cumplimiento e informarse debidamente, tanto de sus derechos y obligaciones como contribuyentes.

Tal como se pudo apreciar en este capítulo, existen una serie de conceptos básicos que debemos tener en consideración, como también las etapas que componen el ciclo de las actividades económicas que debe cumplir el contribuyente.

Finalmente, es dable señalar que, ante cualquier duda, siempre es recomendable asesorarse por profesionales con conocimientos en el ámbito, teniendo especial consideración en la particularidad de cada caso.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Ciclo de Vida del Contribuyente, Educación Fiscal, sitio web Servicio de Impuestos Internos, link https://www.sii.cl/destacados/educacion/siieduca/aprende-con-nosotros/ciclo-de-vida-del-contribuyente.html#:~:text=El%20Ciclo%20de%20Vida%20del,el%20Servicio%20de%20Impuestos%20Internos.
2. D.L. Nº 824, Ley de Impuesto a la Renta.
3. D.L. Nº 830, Código Tributario.
4. DFL Nº1, 2000.Código Civil.
5. Ley Nº 21.133, Modifica Las Normas para la incorporación de los trabajadores independientes a los regímenes de protección social. Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

6. Ley Nº 21.420, Ley que reduce o elimina exenciones tributarias que indica.
7. *Derecho Médico II* (2023). Capítulo "Derecho Comercial y Tributario de las formas de ejercicio de la medicina privada y aspectos relevantes de su tributación", pág. 297-319.
8. Servicio de Impuestos Internos, Circular Nº 41, 2021, disponible en https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2021/circu41.pdf

Contrato de honorarios con prestadores institucionales privados

Abogado Diego Oportus Herrera[27]
Dr. Gonzalo Mutizábal Mabán[28]

En Chile, la relación entre los médicos y los prestadores institucionales privados es un vínculo común en el sector de la salud. A su vez, la mayor parte de la oferta de médicos que los centros privados presentan al público se regula por contratos de prestación de servicios, que son distintos al típico contrato de trabajo entre un empleador y un trabajador. La interacción entre los médicos y los prestadores institucionales privados es frecuente, constituye la regla general, y se configura como relación jurídica compleja y multifacética, influenciada a su vez por factores económicos, regulaciones y dinámicas de mercado.

Los centros privados de salud cumplen un papel vital en los distintos sistemas de salud; se perfilan como una real y gran alternativa al sector público, existiendo en muchos casos una colaboración entre ambos sistemas; destacan por la agilidad y eficiencia para responder a los cambios de la contingencia sanitaria, sin las limitaciones y burocracias propias de la Administración pública. Entre sus atractivos podemos destacar que suelen ofrecer servicios médicos de alta calidad, tecnología avanzada y tiempos de espera reducidos, atrayendo al

27 Abogado, Universidad de Concepción, año de titulación 2015, Diplomado en Derecho de Protección de la Salud y Gestión Sanitaria, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2022. Diplomado en Derecho y Negocio Inmobiliario, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2019. Abogado jefe de la Unidad de Defensa de la Medicina Privada de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile.

28 Médico cirujano desde 1989, especialista en Medicina Intensiva y Anestesiología, Abogado; con formación de posgrado dentro y fuera de Chile. Larga experiencia clínica en Unidades de Cuidado Intensivo y Quirófanos. Ha trabajado como perito, asesor y docente en instituciones sanitarias, oficinas de abogados, Sociedad de Anestesiología de Chile, Servicio Médico Legal, diferentes universidades y Falmed.

segmento de la población que puede costear estos servicios a través de seguros o pagos directos.

La mayoría de las prestaciones médicas en el mundo privado se otorgan a través de los prestadores institucionales; el profesional de la medicina ocupa una posición intermedia en la relación entre el paciente y ese prestador institucional. Esto ocurre porque el ejercicio de la medicina en una consulta aislada particular es sobrepasada por la enorme masa de potenciales pacientes, unida a la necesidad de cumplir con las reglas sectoriales que son frecuentes en el ejercicio de la actividad, como mantener las condiciones estructurales para permitir el acceso universal de personas con discapacidad, mantener salas de espera con capacidad suficiente, contar con sistemas de agenda y registro clínico confiables, baños diferenciados para personal y usuarios, distintas autorizaciones sanitarias, convenios generales con aseguradoras de salud pública y privada, entre varios otros. Las inevitables complejidades de infraestructura y procedimientos que rigen el ejercicio de la medicina en su inmenso abanico de especialidades, hacen más práctica la existencia y funcionamiento de prestadores institucionales de alta complejidad, capaces de estandarizar sus procesos y generar economías de escala, logrando márgenes de rentabilidad que son inalcanzables para un prestador individual.

Existen distintas formas de relación entre los médicos y las clínicas privadas; cada una tiene sus propias características y dinámicas: médicos contratados por contrato de trabajo que reciben un salario o remuneración mensual a cambio de cumplir labores definidas por su empleador; médicos independientes que arriendan consultas o quirófanos a los grandes prestadores institucionales para desempeñar sus funciones; y médicos independientes que ejercen funciones para una clínica mediante la vinculación del contrato de prestación de servicios, que será el asunto a tratar en este capítulo.

A continuación, nos referiremos a la vinculación existente entre tres de los actores de la prestación médica en la salud privada (médico-centro médico-paciente) por medio del contrato de honorarios entre prestadores institucionales y prestadores individuales de salud. El objetivo es identificar las obligaciones recíprocas entre los contratantes, los beneficios y problemas habituales de esta vinculación, sus desafíos y tensiones; y, por sobre todo, se pretende informar al facultativo de los problemas e imprevistos que podrían afectar sus propios intereses, para que pueda tomar decisiones informadas y conscientes en el desarrollo de su actividad profesional.

EL CONTRATO DE HONORARIOS

El contrato de honorarios, también llamado contrato de prestación de servicios, es un tipo de convención, un acuerdo de voluntades entre dos personas naturales o jurídicas, en virtud del cual "una de las partes se obliga a otorgar determinados servicios materiales o inmateriales, a cambio de una retribución en dinero, es decir, un honorario".

Este tipo de contrato no se encuentra expresamente definido ni regulado orgánicamente en la ley, es un *contrato innominado* (que carece de regulación específica). En la práctica, la doctrina y la jurisprudencia lo tratan como un tipo de contrato semejante al "arrendamiento de servicios inmateriales", de obras inmateriales, o de aquellos en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano; regulado en los artículos 2006 y siguientes[29] del Código Civil.

CONTRATO DE HONORARIOS Y CONTRATO DE TRABAJO

En primer lugar, cabe destacar que existen elementos similares entre ambos: en ambas relaciones, una de las partes se obliga a otorgar prestaciones o servicios personales en favor de la otra, que es favorecida por esas prestaciones o servicios; la que, a su vez, se obliga a retribuir a la prestadora un pago determinado.

No obstante, existe una diferencia esencial que se configura como el elemento distintivo entre ambos: en el contrato de honorarios no se presentan los elementos de subordinación y dependencia, es decir, el contrato de honorarios no implica que el prestador esté sometido a las formas y otras condiciones definidas por quien encarga los servicios.

En el contrato de trabajo (la relación laboral propiamente tal), el trabajador obra "bajo las órdenes" del empleador, quien tiene poder de mando sobre sus subordinados, es el empleador quien instruye, controla, supervisa, encauza y dispone del actuar del trabajador. Incluso, la ley permite que el empleador ponga término a la relación laboral en caso de desobediencia del trabajador. Esta subordinación y dependencia debe materializarse por medio de actos concretos y comprobables. La Dirección del Trabajo ha definido algunos actos que permiten reconocer una relación de subordinación y dependencia:

---

29 Código Civil, Libro IV, Título XXVI, Párrafo 9, "Del arrendamiento de servicios inmateriales".

"a. La obligación del trabajador de dedicar el (sic) desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo.

b. La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada.

c. Durante el desarrollo de la jornada el trabajador tiene la obligación de asumir la carga de trabajo diaria que se presente.

d. El trabajo se realiza según las pautas de dirección y organización que imparta el empleador.

e. Las labores, permanencia y vida en el establecimiento, deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que fije el empleador.

f. La obligación de rendir cuenta del trabajo ejecutado cuando no obra por su cuenta sino por disposición del empleador.

g. Obligación de mantenerse a disposición del empleador.

h. La prestación de servicios se desarrolla en el establecimiento de la empresa.

i. Continuidad en el tiempo de la prestación de servicios"[30].

Por el contrario, aquellas prestaciones personales que no presentan estas características, no configuran una relación de subordinación y dependencia, por lo que no deben ser consideradas como relaciones laborales. Sobre el particular, el artículo 8 del Código del Trabajo menciona actividades que no dan origen a un contrato de trabajo[31]. Entre ellas se pueden mencionar los servicios otorgados por personas que ejecutan labores o trabajos directamente al público, las prestaciones que se otorguen de forma intermitente u ocasional, y los servicios otorgados por los alumnos en proceso de práctica profesional.

Que los servicios prestados se otorguen bajo el régimen laboral o, tratándose del contrato de honorarios, bajo las normas del derecho civil, no es una cuestión

---

30 Dictamen N° 5299/0249 de fecha 14 de septiembre de 1992, Dirección del Trabajo.

31 Artículo 8, incisos segundo y tercero, Código del Trabajo:

Los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público, o aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo.

Tampoco dan origen a dicho contrato los servicios que preste un alumno o egresado de una institución de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional, durante un tiempo determinado, a fin de dar cumplimiento al requisito de práctica profesional. No obstante, la empresa en que realice dicha práctica le proporcionará colación y movilización, o una asignación compensatoria de dichos beneficios, convenida anticipada y expresamente, lo que no constituirá remuneración para efecto legal alguno.

menor. La gran diferencia la encontramos en que, en el derecho del trabajador, tras una larga evolución histórica, protege a los trabajadores a fin de resguardar derechos y sopesar la asimétrica relación de poder que existe entre el trabajador y el empleador.

El derecho del trabajo establece prerrogativas y deberes especiales entre las partes de la relación laboral, estos forman parte de la relación laboral, aunque nada se diga al respecto, y su contenido no puede ser desconocido por el empleador o el trabajador. Esto se conoce en la doctrina como el Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales, cuyo asidero legal se sostiene principalmente en el artículo 5 del Código del Trabajo y ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema[32].

Entre estos derechos irrenunciables cabe mencionar el derecho a obtener prestaciones médicas gratuitas con cargo al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades laborales, derecho a la sindicalización, el derecho de feriado legal o vacaciones pagadas con cargo al empleador, derecho a un sueldo mínimo, jornada laboral y pago de horas extraordinarias con cargo adicional, protección por acoso laboral, fuero maternal, indemnización por años de servicio en determinadas causales, así como la posibilidad de ejercer acciones especiales ante los tribunales del trabajo, entre varios otros.

---

32 Corte Suprema de Justicia, Causa Rol N° 12.906-2014, Considerando Duodécimo:

Que el principio de la irrenunciabilidad puede ser definido como, la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más prerrogativas conferidas por el derecho del Trabajo en beneficio propio.

Este postulado se encuentra establecido expresamente en el ordenamiento laboral, así, el Código del Trabajo en su Artículo 5° inciso 1, señala de forma inequívoca que "*los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo*".

En otras palabras, de acuerdo a lo dispuesto en la mencionada disposición legal, los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables. Dicha norma consagra lo que la doctrina laboral denomina "la irrenunciabilidad de derechos", que, para unos, constituye una técnica del principio de protección, también llamado tuitivo, proteccionista o de favor, y, para otros, un principio propiamente tal, pero, en ambos casos, implica "la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio". Ese postulado encuentra su fundamento en la circunstancia que el trabajador subordinado se encuentra en una situación de inferioridad socioeconómica respecto del empleador, por lo mismo, es la parte débil de la relación contractual, y porque el trabajo es precisamente lo que le proporciona los medios necesarios para sufragar sus gastos y los de su familia, provocándole su pérdida estados de incertidumbre, de zozobra; sin perjuicio que, además, el trabajo que regula el estatuto laboral es trascendental porque no solo representa la capacidad creadora del ser humano, sino porque proporciona las herramientas necesarias para que pueda desarrollarse en la sociedad de manera integral.

Por el contrario, en el contrato de honorarios, bajo el amparo de la legislación común o Derecho Civil, no existen derechos irrenunciables e impera el Principio de Autonomía de la Voluntad; conforme a este, los contratantes pueden pactar libremente el contenido de sus obligaciones, los efectos, formas de ejecución y demás condiciones del contrato, siempre y cuando estas no sean contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

La figura del contrato de honorarios ha sido utilizada por muchos años como un velo para encubrir lo que en los hechos es una auténtica relación laboral. La razón de esta simulación se asienta en que el estatuto del derecho del trabajo otorga una amplia protección al trabajador prestador de funciones, revistiéndolo de derechos que constituyen pesadas cargas para el empleador y, por supuesto, un compromiso importante de recursos humanos y monetarios. En los hechos, esto ha permitido dejar en la indefensión a un gran número de profesionales que, si bien, nominalmente figuran como iguales en la relación con el prestador institucional de salud, en realidad viven enfrentados a una relación profunda e insalvablemente asimétrica, lo que cobra enorme relevancia a la hora de definir las funciones que se prestarán y, sobre todo, en casos de conflictos.

CONTRATO DE PRESTACIONES MÉDICAS CON PRESTADORES INSTITUCIONALES PRIVADOS DE SALUD

La prestación de servicios profesionales médicos con las instituciones privadas de salud tiene un objeto determinado, en este caso, el servicio en específico a otorgar por el facultativo serán las llamadas *Prestaciones Médicas*.

La expresión "Prestaciones Médicas" ha sido definida por los organismos del ramo como "*un conjunto de actividades y procedimientos sanitarios esenciales para el diagnóstico y tratamiento oportuno de las enfermedades*"[33], o también como aquellas que "*corresponden a la ejecución de acciones de salud que persiguen como resultado final confirmar un diagnóstico, efectuar un tratamiento y realizar el seguimiento de un determinado problema de salud*"[34].

---

33 Superintendencia de Salud, Análisis de las Prestaciones Médicas Sistema ISAPRE, año 2006.

34 Superintendencia de Seguridad Social, Libro V. Prestaciones Médicas, Capítulo I., Generalidades, B. Prestaciones Médicas de la Ley Nº 16.744, 1. Definición de prestaciones Médicas.

Desde la perspectiva del profesional, las prestaciones médicas contratadas deben ejecutarse respetando la normativa profesional o técnica de la ciencia médica, así como las distintas normas que configuran el estatuto reglamentario que rige el ejercicio de la actividad médica. El facultativo, al prestar sus servicios, debe respetar las normas de la *lex artis* médica o "estado del arte médico"[35], que podemos definir como *el conjunto de normas o criterios que el médico en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas debe aplicar diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptadas por sus pares*. Por su especial naturaleza, es imposible aplicar un criterio universal a todos los casos, pues su implementación contiene elementos que escapan de la esfera del médico, como puede ser la colaboración o estado del paciente, los elementos e infraestructura disponibles para la atención médica, etc. Es por esto que este elemento u obligación técnica siempre debe ser analizado respecto de la situación concreta. En caso de conflicto judicial, como un juicio por negligencia médica, dicha *lex artis* y su cumplimiento deben ser definidos y demostrados al tribunal por la parte que las invoca.

En cuanto a la normativa jurídica que debe respetar el médico en el ejercicio de las prestaciones, existe un abanico de normas reglamentarias sectoriales relativas a la materia, incluyendo –entre otras– las numerosas y cambiantes instrucciones y decretos de la autoridad administrativa: la Ley Nº 20.584, sobre los derechos y deberes que tienen las personas en relación a las acciones vinculadas a su atención en salud, y sus reglamentos asociados; la Ley Nº 21.375 que consagra los cuidados paliativos y los derechos de las personas que padecen enfermedades terminales o graves; la Ley Nº 19.966 que establece un régimen de garantías en salud, particularmente en lo relativo a la obligación de notificar la confirmación diagnóstica de un problema de salud GES/AUGE; el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, del año 2005, del Ministerio de Salud, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 2.763, Ley Nº 18.469 sobre el régimen público de salud y Ley Nº 18.933 sobre el régimen privado de salud; el Decreto Supremo Nº 277, de 2012, del Ministerio de Salud, que contiene las normas técnicas para la aplicación del arancel de la Modalidad Libre Elección, administrada y fiscalizada por el FONASA; la Ley Nº 20.585 sobre otorgamiento y uso de licencias médicas el Decreto Nº 7 del año 2020, del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento sobre notificación de enfermedades transmisibles de declaración obligatoria y su vigilancia; el Código Sanitario, entre varias otras.

35 Revista chilena de radiología, Vol.25 no.1, Santiago, marzo de 2019.

Desde la perspectiva del prestador institucional (Clínica o Centro Médico), existe la obligación básica o esencial de pagar un honorario por la prestación de estos servicios. Es necesario aquí definir jurídicamente lo que se entiende por prestador institucional de salud. Al respecto, la Ley Nº 20.584 indica:

> "*Prestadores institucionales son aquellos que organizan en establecimientos asistenciales medios personales, materiales e inmateriales destinados al otorgamiento de prestaciones de salud, dotados de una individualidad determinada y ordenados bajo una dirección, cualquiera sea su naturaleza y nivel de complejidad. Corresponde a sus órganos la misión de velar porque en los establecimientos indicados se respeten los contenidos de esta ley*"[36].

Pero, como en los contratos de naturaleza civil predomina el principio de la autonomía de la voluntad (porque no existe el principio de irrenunciabilidad propio de las relaciones laborales), las partes pueden pactar todo aquello que no está prohibido y esto ha generado varias situaciones, las que se exponen a continuación.

1. INTERMEDIARIOS EN LA RELACIÓN ENTRE EL MÉDICO Y EL PRESTADOR INSTITUCIONAL

Podría parecer normal presumir que en la relación entre prestadores individuales e institucionales no intervengan otras entidades intermedias, pero esta figura ha pasado a ser la excepción debido a la introducción de novedosos mecanismos de relaciones jurídicas, civiles y comerciales que han incorporado empresas entre ambos tipos de prestadores.

En el primero de estos modelos, el médico obra a través de una sociedad médica en la que tenga participación o no como socio o accionista. En estos casos la relación jurídica de prestación de servicios se configura entre la clínica o centro médico y la sociedad a la que el médico pertenece. En este escenario, el médico es un trabajador de la sociedad médica y no existe vínculo jurídico directo entre el facultativo y el centro de salud privado. A su vez, es muy común que estas sociedades médicas sean unipersonales, siendo el médico el único accionista o trabajador de la sociedad.

Esa sociedad médica es una entidad comercial, es decir, una organización de recursos con personalidad jurídica, cuya finalidad principal es desarrollar una

36 Ley Nº 20.584 "Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud", artículo 3 inciso 2.

actividad económica para obtener utilidades. El objetivo esencial de cualquier sociedad comercial es la obtención de ganancias monetarias.

No se debe confundir una sociedad médica comercial con una sociedad científica, puesto que la sociedad científica tiene finalidades muy disímiles: no tiene ánimo de lucro, no persigue enriquecimiento económico, por el contrario, se encuentra enfocada en el desarrollo y divulgación de la actividad científica en una o más disciplinas académicas.

El principal motivo por el cual los prestadores institucionales promueven este tipo de vinculación tiene lugar porque, ante la concurrencia de los elementos que permitan establecer una relación laboral, esto es, subordinación y dependencia (tratada en líneas anteriores), la defensa del centro médico demandado podría sostener que no existe relación directa con el médico. Por tanto, de configurarse de hecho la relación laboral, en términos muy estrictos, esta se constituye entre el médico y la sociedad médica intermediaria, puesto que la retribución que el prestador institucional otorga es hacia la sociedad médica, una persona jurídicamente distinta a la persona individual del facultativo que materializa la prestación. Resulta común que la institución se niegue de plano a establecer cualquier vínculo contractual directo con la persona del médico.

¿Esta relación por medio de sociedades trae alguna ventaja para el facultativo?

Eventualmente, sí. Como esa sociedad intermediaria es una persona jurídica completamente distinta de los socios o accionistas que la integran, esta persona adquiere derechos y contrae obligaciones por sí sola. Así, el médico podría resguardar su patrimonio propio, como los bienes familiares y sus inversiones, que no serían comprometidos por los pasivos propios de la sociedad médica. Si se llega a producir algún tipo de responsabilidad civil que le obligue a pagar o indemnizar los daños provocados a un tercero, la sociedad intermediaria responderá con su propio patrimonio, no con los activos personales del profesional. Por otra parte, puede constituir un elemento útil para efectos tributarios, porque la sociedad comercial paga impuestos, generalmente[37], en primera categoría[38] por las utilidades obtenidas en el desarrollo de la empresa y no por los ingresos

37 Salvo las sociedades de responsabilidad limitada registradas en el Servicio de Impuestos Internos como Sociedades de Profesionales que tributan en segunda categoría.

38 El Impuesto de Primera Categoría grava las rentas provenientes del capital, entre otras, por las empresas comerciales, industriales, mineras, de servicios, etc. (Artículo 20 de la Ley de Impuesto a la Renta).

brutos que la sociedad obtenga o genere. Esto significa que a los ingresos obtenidos por la sociedad se les descuentan los gastos necesarios para producir la renta, como gastos de asesoría jurídica o contabilidad, gastos de administración, secretarias, sistemas informáticos, infraestructura y –de no ser destinatario final del Impuesto al Valor Agregado–, no estarán obligados a soportar el I.V.A.; es más, los propios sueldos o boletas emitidas por los médicos a su sociedad, se descontarán para efectos de declaración de renta; también podrán acceder a beneficios estatales que buscan promover las PYMES, incorporar nuevos socios o accionistas, entre varios otros.

Otra figura que puede intermediar entre el médico y el prestador institucional son las empresas "recaudadoras". Esta figura puede coexistir con la prestación de servicios por medio de sociedad médica, es decir, puede que existan cuatro intervinientes en una prestación de salud: Médico – Sociedad Médica – Recaudadora – Clínica o Centro Médico.

La recaudadora, como su nombre lo indica, se encarga de recibir los dineros correspondientes de los honorarios obtenidos como contraprestación por los servicios médicos otorgados; luego debe entregarlos al prestador de dichos servicios (médico o sociedad médica) y/o al prestador institucional. Por este servicio de recaudación y pago, la recaudadora cobra, a su vez, un estipendio, comisión u honorario, que es pagado habitualmente por el médico o la sociedad intermediaria que lo respalda.

La institución jurídica más adecuada para identificar la relación del médico o la sociedad médica con la recaudadora es el contrato de mandato, que está definido y especialmente reglado en el Libro IV, Título XXIX del Código Civil. La ley lo define como:

> "*El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera*.
>
> *La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general, mandatario*"[39].

La actuación de la recaudadora, que realiza gestiones por encargo de otro como mandataria de este, puede ser con representación o sin representación. En el ejercicio del mandato con representación, la mandataria actúa en nombre y representación del mandante y los efectos jurídicos del acto se radican inmediatamente en el patrimonio del mandante. En el caso del mandato sin

39 Artículo 2.116, Código Civil.

representación, tales efectos se radican en la mandataria, quien debe traspasarlos al mandante en un acto posterior.

Lo usual en estos casos es que las recaudadoras obran sin representación, es decir, reciben los pagos y perciben ellas mismas los dineros provenientes de las prestaciones médicas, para luego entregar a su o sus mandantes estos dineros. La intervención de la recaudadora en esta relación puede ser la siguiente:

i) La recaudadora es mandataria solo del médico o de la sociedad médica; recibe los montos correspondientes por los servicios médicos que paga el prestador institucional.

ii) La recaudadora es mandataria del médico (o la sociedad) y del prestador institucional, recibe directamente los montos provenientes por las prestaciones pagadas por pacientes y aseguradoras de salud, luego entrega a la clínica y a los médicos los honorarios y demás derechos correspondientes a cada uno.

Esta figura de intermediario adicional puede generar múltiples problemas. Al existir una intermediaria, las relaciones jurídicas se conjugan involucrando a un nuevo actor, surgiendo además otros derechos y obligaciones entre todos ellos, aquellos que nacen del contrato de mandato.

Por ejemplo, el problema típico en el contrato de honorarios es la falta de pago de los servicios prestados. Si el médico estima que la clínica no ha pagado sus honorarios o existen discrepancias en los montos, tendrá que dirigirse primeramente a la recaudadora, quien deberá rendir cuenta al médico[40], deberá verificar las transacciones efectuadas por la clínica y confirmar si recibió los dineros y, en caso de acreditar su falta de pago, informar al médico de la veracidad del incumplimiento.

A su vez, el médico puede reclamar a la clínica para exigir el pago de sus honorarios. Si la institución sostiene y asegura que pagó los honorarios, el médico tendrá que requerir rendición de cuentas a su mandataria y, si ella no lo hace voluntariamente o no concuerdan los números, deberá iniciarse un juicio sobre cuentas contra la recaudadora.

Un punto de la mayor relevancia es que el juicio sobre cuentas, que eventualmente deba iniciarse contra la recaudadora, debe ser conocido por un tribunal arbitral, procedimiento que por disposición del artículo 227 Nº 3 del Código

40 Artículo 2155, Código Civil: "El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración".

Orgánico de Tribunales[41], es de arbitraje[42] forzoso, debiendo tramitarse conforme a la normativa especial del Título XII del Libro III del Código de Procedimiento Civil; y cuya finalidad última se reduce a la presentación, análisis e impugnación o aprobación de las respectivas cuentas que debe rendir el mandatario.

Que se someta a arbitraje forzoso significa que la controversia entre las partes solo puede ser sometida al conocimiento y resolución de uno o más jueces árbitros, que son *jueces* privados, distintos y ajenos a los tribunales ordinarios de justicia, elegidos por las partes de común acuerdo o, en caso de falta de acuerdo, designados por un juez con competencia civil. El hecho que sea privado significa que el trabajo de estos jueces y todos los gastos del proceso (funcionarios auxiliares y ministros de fe) deberán ser pagados por las partes.

2. INFORMALIDAD DE LA CONTRATACIÓN

La contratación informal de prestaciones de servicios médicos a honorarios significa que no existe materialización escrita del vínculo entre el médico y el prestador institucional, no existe un documento donde se regulen y establezcan de manera cierta todos los aspectos derivados de la contratación y ejecución de los servicios. Esta omisión puede generar una serie de problemas y riesgos, tanto para el contratante como para el contratado.

Este tipo de contratación promueve la falta de transparencia, equidad y formalidad en el proceso, facilitando la aparición de irregularidades y conflictos. Sobre el particular podemos mencionar de manera general algunos de los principales problemas asociados con la arbitrariedad en estas contrataciones:

1. Falta de seguridad jurídica: la ausencia de un contrato formal que permita sostener con propiedad los derechos que se reclaman, puede dejar al médico prestador de los servicios en una situación de vulnerabilidad, sin garantías legales claras sobre sus derechos y obligaciones.
2. Imprevisibilidad en los pagos: el problema más común de los médicos con los centros privados es el retraso o, derechamente, la falta de pagos.

---

41 Artículo 227 Nº 3, Código Orgánico de Tribunales:

"Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 3°) Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;"

42 Procedimiento de tramitación especial regulado en el Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

Ante esta situación, y a falta de un texto que determine el día o fecha exacta, cualquier alegación en este sentido será sumamente discutible y de pronóstico incierto.

3. Condiciones inadecuadas para el desempeño de los servicios: sin un acuerdo formal, el prestador de servicios puede verse obligado a trabajar en condiciones desfavorables, sin acceso a las condiciones adecuadas para el buen ejercicio de la medicina, arbitrariedad en la modificación del trabajo, tanto en el lugar de desempeño como respecto de las horas de trabajo; verse obligado a aceptar equipo humano de trabajo con ausencia de afinidad o preparación suficiente, entre otros.
4. Dificultad para reclamar derechos: en caso de disputa, la falta de un contrato formal puede dificultar la reclamación de pagos o el cumplimiento de otras condiciones acordadas verbalmente. El principal efecto negativo de esta contratación es que, en caso de demanda contra el prestador institucional, por las normas que regulan la carga de la prueba en el procedimiento civil, esto es, quien tiene que probar lo que se alega en el juicio tendrá que ser el médico quien acredite la existencia del contrato de prestación de servicios y cada uno de sus elementos (valor de las prestaciones, prestaciones no pagadas, fecha de pago, etc.).

Para evitar los problemas antes mencionados, es importante formalizar los contratos, materializar un instrumento firmado por ambas partes, que detalle claramente quiénes son las partes, el objeto del contrato, las obligaciones de cada una de las partes, los periodos y condiciones de pago, y cualquier otro elemento relevante. Así mismo, tan importante como el contrato mismo, es la necesidad de formalidad en los procesos de modificación de los contratos, a fin de promover la transparencia y seriedad de la negociación, cuestión que luego ayudará en la interpretación de los pasajes oscuros que incidan en la ejecución de la relación contractual.

Finalmente, y a modo de breve conclusión, la contratación informal de prestaciones de servicios médicos a honorarios puede generar múltiples problemas y riesgos. Para atenuar estos riesgos, es esencial formalizar los procesos de contratación, garantizar la transparencia y el cumplimiento de las normas legales y contractuales.

3. CONTRATOS DE SIMPLE ADHESIÓN

En términos generales, un contrato de simple adhesión es aquel que *se redacta por una sola de las partes y el aceptante simplemente se adhiere o no al mismo, aceptando o rechazando el contrato en su integridad*[43].

En la práctica, estos contratos son redactados en su totalidad únicamente por las clínicas y centros médicos, luego son ofertados a los médicos de forma estandarizada, sin posibilidades de negociación, siendo sus condiciones las mismas para todos los facultativos, con algunas diferencias propias de la especialidad médica a la que pertenecen y sobre las cuales prestarán sus servicios.

Así, el contrato carece de un margen para negociar sus términos, quedando en el médico prestador la posibilidad única de aceptarlo o rechazarlo en su integridad. Puede ocurrir, por ejemplo, que un médico de amplia trayectoria, con múltiples especializaciones, docencia en importantes casas de estudio, con trabajos de investigación, con sobresalientes y destacadas publicaciones, obtenga el mismo honorario por prestación que un médico recién titulado. Así las cosas, puede llegar a ser irrelevante la calidad del prestador.

Existe en estos contratos una evidente desigualdad entre las partes, una total falta de equilibrio de poder entre un gran prestador institucional y un médico individual. Este desequilibrio permite la redacción y establecimiento de relaciones abusivas en desmedro de los intereses de los profesionales de la salud. Además, suele ocurrir que los contratos utilicen un lenguaje técnico complicado, pues son redactados por los abogados asesores de las clínicas y centros médicos, velando siempre por los intereses de la institución y resguardándola jurídicamente ante cualquier eventualidad. Como ejemplos frecuentes, suele incluirse la cláusula de arbitraje, que encarece y dificulta el acceso a la justicia (como se explica más adelante); o cláusulas de aceptación implícita ante una modificación de contratos, donde la continuidad en la prestación de los servicios médicos o la falta de reclamo formal ante estas transformaciones son consideradas como aceptación de los nuevos términos o modificaciones del contrato original.

En un mercado como el de la salud, donde existe un selecto grupo de grandes prestadores que acaparan la gran mayoría de la demanda de prestaciones médicas, aumentada por la injerencia de las isapres, que suelen otorgar condiciones especiales y más beneficiosas respecto de prestadores preferentes, los médicos

43 "Contrato de adhesión", *Enciclopedia jurídica*, año 2015.

pueden verse muy limitados y con pocas opciones de obtener condiciones más favorables en el desempeño de la profesión.

Aspectos a considerar en este tipo de contratos:

- Un contrato de adhesión debe siempre ser firmado por ambas partes para que adquiera total validez y sea plenamente utilizable como medio de prueba en un juicio.
- Resulta abusivo un contrato que permita, a la entera voluntad del oferente, cambiar condiciones sin más trámites o negociación con la otra parte, sobre todo si estos solo le favorecen a sus intereses.
- El lenguaje utilizado en su redacción debe ser claro y comprensible, evitando contradicción entre sus cláusulas y demás disposiciones.
- El facultativo debe, previo a su firma, tener una copia idéntica al contrato final, para que pueda conocer íntegramente su contenido.
- El médico debe siempre quedarse con una copia del contrato firmado por las dos partes.
- Evitar que queden espacios en blanco, ya que pueden ser alterados y utilizados en perjuicio del médico.
- Si el texto no es claro o se tienen dudas respecto a alguno de sus puntos, es recomendable asesorarse con un abogado especialista.

Sin embargo, estos contratos de adhesión pueden llegar a constituir una herramienta útil para estandarizar criterios de equidad en el trato con determinados grupos de profesionales, evitando así la discriminación o el trato preferente de unos sobre otros.

4. CLÁUSULA COMPROMISORIA. ARBITRAJE

La cláusula compromisoria es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes acuerdan someter un asunto litigioso, futuro y eventual, a la resolución de un árbitro, esto es, a una persona que hará las veces de juez, mediante un procedimiento o juicio arbitral.

El juicio arbitral es un procedimiento de resolución de conflictos en el cual las partes involucradas deciden someter su controversia a uno o más árbitros, en lugar de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia. Este mecanismo es

ampliamente aceptado por el ordenamiento jurídico nacional y normalmente utilizado para resolver asuntos comerciales y contractuales.

Como característica especial del juicio arbitral podemos destacar su flexibilidad, pues las partes tienen la capacidad de adaptar el proceso a sus necesidades o preferencias, elegir uno o más árbitros, el procedimiento a seguir, la posibilidad y mecanismos de impugnación de resoluciones, etc. Esta flexibilidad puede contribuir a acelerar los procesos y otorgar mayor confidencialidad al asunto en disputa, a diferencia de un juicio ante los tribunales ordinarios de justicia.

Este acuerdo de arbitraje puede estar incluido como cláusula en un contrato o ser un acuerdo independiente firmado por las partes después de que surge la disputa.

Concluido el procedimiento, el o los árbitros emiten una decisión llamada "laudo arbitral". Este laudo es vinculante para las partes y tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial dictada por un juez de la república, es decir, que se puede hacer cumplir forzadamente. En muchos países, incluyendo Chile, los laudos arbitrales pueden ser ejecutados a través de los tribunales si la parte perdedora no cumple voluntariamente con la decisión. Una de las instituciones más importantes que administran procedimientos arbitrales, proporcionando apoyo, reglas y listados de árbitros cualificados, es el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago).

Entre algunas de las desventajas del arbitraje judicial podemos mencionar, en primer lugar, la falta de transparencia en el proceso, pues es reservado, puede generar desconfianza en las partes involucradas y, en general, en el proceso completo; el arbitraje puede llegar a resultar muy costoso, pues se deben cubrir los honorarios de los árbitros, los gastos administrativos y legales. Esta última situación puede resultar un gran desincentivo, pues muchas veces el valor de lo pretendido no alcanza a sustanciar el costo del proceso mismo. Así mismo, puede existir conflicto de interés en las personas de los árbitros que pueden limitar su imparcialidad y objetividad para resolver el asunto sometido a su decisión.

El juicio arbitral es una herramienta valiosa para la resolución de disputas, debido a su flexibilidad y rapidez. No obstante, es importante que los profesionales de la salud comprendan bien las implicaciones de someterse a arbitraje y busquen asesoría legal para asegurar que el procedimiento se ajuste a sus intereses y expectativas.

5. POSIBILIDAD DE TERMINACIÓN SIN EXPRESIÓN DE CAUSA

En muchos contratos de prestación de servicios médicos se incluye una cláusula de duración, que puede ser indefinida o establecer un plazo, el que normalmente puede ser ampliado por las partes. No obstante, es también usual que se incluya una estipulación sobre el término anticipado de los servicios, otorgando a una o a ambas partes la posibilidad de cesar en su ejecución, con mecanismos como el aviso por carta certificada o cualquiera otra notificación, con un determinado tiempo de anticipación.

Esta posibilidad puede llegar a ser favorable para el médico, pues le permite fácilmente desligarse de un prestador institucional para incursionar en otros proyectos personales o profesionales, sin verse atado a la ejecución de servicios que ya no desea continuar, por la razón que sea. Sin embargo, este mecanismo también puede ser perjudicial para el facultativo, puesto que arriesga la estabilidad laboral, ya que el prestador institucional fácilmente puede desvincularlo, sea porque existe otro facultativo que está dispuesto a aceptar honorarios más bajos, por conflictos internos entre el personal o por cualquiera otra decisión comercial. También para el paciente puede resultar perjudicial, pues este último pierde la continuidad del tratamiento y la estrecha relación con su médico de confianza.

Favorece también al prestador institucional al tener la posibilidad de desligarse fácilmente de un médico que puede resultar potencialmente incómodo o inconveniente, aunque carezca de responsabilidad alguna. En la experiencia nacional, cuando existen conflictos entre el personal dependiente de la clínica o centro médico, con reclamos y denuncias por malas prácticas o malos tratos hacia los empleados, es mucho más fácil para la institución sanitaria poner término al contrato de honorarios con el médico que diligenciar un sumario interno, enfrentar huelgas, denuncias a la Inspección de Trabajo, juicios laborales y, eventualmente, pagar indemnizaciones.

6. OBLIGACIÓN DE OBEDECER ESTATUTOS INTERNOS DE ORDEN Y SEGURIDAD

Este tipo de obligación suele ser propia de los empleados vinculados por contrato de trabajo y sujetos al código del trabajo y a las demás normas del estatuto laboral. Puede parecer extraño y hasta contradictorio que un profesional independiente que presta servicios "a honorarios" para una institución deba

enfrentarse a un procedimiento sancionatorio, que es un elemento incuestionable de subordinación[44].

Aunque parece llamativo, esto no es ilegal, porque en el derecho privado puede convenirse todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley y, en este punto, no existe prohibición. Al constituir un elemento del contrato de trabajo, esta situación de hecho ha servido muchas veces como una circunstancia para fundar y establecer la existencia de una relación laboral.

7. LIMITACIÓN DE ACCESO A LAS FICHAS CLÍNICAS

Existen limitaciones legales y éticas que restringen el acceso a las fichas clínicas[45] de los pacientes, pues estas contienen datos confidenciales protegidos por el ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger la privacidad de los usuarios.

El artículo 13 de la Ley Nº 20.584 dispone que los prestadores son responsables del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Sobre Protección de la Vida Privada[46] y, así mismo, responsables del acceso oportuno a la información contenida en la ficha que sea necesaria para garantizar la continuidad del cuidado del paciente, cuando esta sea requerida por un profesional de la salud que participe directamente en la atención del titular de los datos contenidos en ella. La misma norma limita el acceso de terceros que no están directamente relacionados con la atención de salud otorgada al paciente, incluyendo al personal del mismo prestador. Con todo, existen algunas excepciones[47].

---

44 Véase título *Contrato de Honorarios y Contrato de Trabajo*.

45 Artículo 12, Ley Nº 20.584: La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, custodiada por uno o más prestadores de salud, en la medida que realizaron las atenciones registradas, que tiene como finalidad integrar la información necesaria en el proceso asistencial de cada persona, y permitir una atención continua, coordinada y centrada en las personas y sus necesidades clínicas.

46 Ley Nº 19.628.

47 Artículo 13 inc. Quinto, Ley Nº 20.584: La información contenida en la ficha clínica, copia de toda o parte de ella, será entregada o será accesible, total o parcialmente, a solicitud expresa de las personas y organismos que se indican a continuación, en los casos, forma y condiciones que se señalan: a) Al titular de la ficha clínica, a su representante legal o, en caso de fallecimiento del titular, a sus herederos. b) A un tercero debidamente autorizado por el titular, mediante poder simple otorgado ante notario o firmado a través de un sistema electrónico que garantice su autenticidad, de conformidad con lo dispuesto a la Ley Nº 19.799, sobre documentos

No obstante, suele ocurrir que un médico sea requerido por una institución fiscalizadora, como la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez -COMPIN- o el Fondo Nacional de Salud, exigiéndole la entrega de los antecedentes clínicos contenidos en la ficha bajo apercibimientos de graves sanciones (generalmente por licencias médicas o bonos emitidos al Fondo); de existir una cláusula contractual que limita el acceso a esas fichas, en principio, el médico debe pedir permiso al prestador institucional para revisar los antecedentes clínicos y redactar los informes que le exige la autoridad; en caso contrario, estaría violando su contrato con el prestador y podría ser desvinculado sin más trámites.

Se han verificado casos extremos en que un facultativo que ya no pertenece al grupo de médicos prestadores de una clínica, en que esta última negó el acceso a los antecedentes clínicos y, como consecuencia, ante la imposibilidad de cumplir lo exigido por la autoridad administrativa, fue sancionado con multas y la suspensión de la facultad de emitir licencias médicas[48].

8. TRASPASO DEL RIESGO COMERCIAL AL MÉDICO

Como se señaló, una de las obligaciones esenciales del contrato de prestaciones de servicios médicos es el pago de los honorarios por parte del prestador institucional. La determinación del monto a pagar por este concepto suele establecerse como un porcentaje de la prestación pagada por el paciente y/o la aseguradora previsional (Isapre o FONASA). Además, suele incluirse por la institución de salud la condición de enterar los honorarios correspondientes "contra pago". Esto es, que solo se pagaran los servicios médicos cuando la institución haya efectivamente recibido los montos pagados por el paciente y/o su aseguradora, prohibiéndose expresamente la percepción de todo pago directamente por el médico.

---

electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. c) A los tribunales de justicia, siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con las causas que estuvieren conociendo. d) A los fiscales del Ministerio Público y a los abogados, previa autorización del juez competente, cuando la información se vincule directamente con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo. e) Al Instituto de Salud Pública y al Ministerio de Salud, en el ejercicio de sus facultades. f) A la Superintendencia de Salud, para dar cumplimiento a las facultades fiscalizadoras y sancionatorias que las leyes le otorgan respecto de los prestadores de salud. g) Al prestador individual y a los profesionales de la salud que participen directamente en la atención de salud del paciente, para proporcionarles los datos que sean esenciales para garantizar la continuidad de su cuidado.

48 Sanción establecida en el artículo 2 de la Ley N° 20.585.

En estas condiciones, el médico cumple *a priori* con su obligación de otorgar las prestaciones directamente a los pacientes de la clínica o centro médico, incluso antes de cualquier pago, pero el prestador institucional no pagará estos sino solo cuando haya recibido el pago. Esto significa que quien asume el riesgo comercial del "negocio de la salud" es el facultativo.

9. FALTA DE PAGO Y CLARIDAD DE PRESTACIONES PAGADAS

El problema más frecuente, que usualmente lleva al quiebre definitivo de la relación contractual entre los médicos y los prestadores privados, es la falta de pago de sus honorarios.

La práctica generalizada en las instituciones de salud, como ya se indicó, es que reciban los pagos y luego cubran los servicios correspondientes a todas las prestaciones otorgadas por la institución (días cama, enfermería, pabellón, medicamentos, utensilios, etc.), incluidas, entre estas, los honorarios médicos.

Las aseguradoras de salud suelen detallar por concepto cada una de las prestaciones que subsidian, indicando el monto correspondiente. En estos casos corroborar la cantidad percibida y, por tanto, el porcentaje que por contrato corresponde al honorario del médico, se hace más sencillo y objetivamente verificable. Pero los montos pagados directamente por el paciente, suelen ser un completo misterio para el médico, debido a que son percibidos, registrados y contabilizados solo por la misma institución o por la recaudadora[49]. El paciente no especifica qué proporción paga por cada concepto, a menudo incluso lo desconoce o no lo entiende y solo hace un pago general. Pero, si este monto no alcanza la totalidad de la cuenta, se generan aún más problemas. La administración y asignación de este dinero es desconocida, no se sabe si el prestador institucional paga a prorrata las cuentas médicas de los honorarios médicos, si satisface primero sus créditos propios contra el paciente o si paga primero al médico y luego satisface sus créditos.

Por otra parte, si el paciente no paga, la clínica -en principio- debería ejercer todas las acciones legales necesarias para obtener el pago de lo adeudado. Pero, esta circunstancia suele ser un completo enigma para el facultativo, que no sabe si se está demandando la suma correcta por sus honorarios o qué parte de lo demandado podría servir para pagarlos.

---

49 Véase letra A de este artículo.

Recurrente es que la determinación del monto a pagar lo informe la institución con varias semanas de desfase; pero no siempre se le explica al profesional las prestaciones que están siendo pagadas, tampoco las pendientes, o si en el ejercicio de las acciones judiciales de cobro se incluyen descuentos por conceptos de asesoría y administración, entre otros.

Jurídicamente, si se considera que la institución está obligada a cobrar el monto correspondiente a los honorarios profesionales y luego traspasarlos al médico, podríamos sostener que la clínica también es una mandataria[50] del prestador individual y que, por tanto, debería rendir cuenta de su administración al mandante.

En tal escenario, cabe recordar que cuando existe incumplimiento de pago de los honorarios médicos, la forma de exigirlos es la acción judicial de cobro de honorarios, que se tramita conforme a las reglas del procedimiento sumario[51], que tiene un plazo de prescripción de dos años[52], contados desde que el cobro del honorario se ha hecho exigible.

CONCLUSIÓN

La relación del médico con prestadores institucionales privados se materializa principalmente por medio del contrato de honorarios. En estos casos, el médico o médica ejerce su actividad profesional para la institución de salud, quien es el responsable de pagar por los servicios del médico. El paciente se vincula jurídicamente con el prestador institucional, configurándose así una triangulación de relaciones jurídicas que se complejiza aún más por la incorporación de otras actoras: la sociedad médica y la recaudadora.

Existe un gran desequilibrio de poder entre ambos contratantes y resulta común la introducción de cláusulas y estipulaciones establecidas en favor del prestador institucional, quien es, además, el elaborador exclusivo de la integridad del contrato. Por la especialidad del lenguaje y la especificidad de las instituciones jurídicas tratadas, la apreciación y entendimiento íntegro y acertado del contenido del vínculo (si se deja por escrito), puede llevar al profesional de la salud a aceptar y asumir condiciones y obligaciones muy perjudiciales para

50 Véase letra A de este artículo.

51 Título XI, Libro III, Código de Procedimiento Civil, Artículos 680 y siguientes.

52 Artículo 2.521 inc. 2, Código Civil.

sus intereses o, simplemente, obrar con desconocimiento para, con sorpresa y desagrado, advertir ante una vicisitud que sus opciones de acción son bastante limitadas y, en muchos casos, prácticamente nulas.

Por las razones anteriores, es fundamental buscar asesoría para la revisión de los contratos de prestación de servicios con las clínicas y los centros médicos privados en todas las etapas de la relación jurídica, desde la oferta y primeras negociaciones hasta firmar cualquier documento; del mismo modo, es crucial buscar asesoría cuando se avizoran cambios en las condiciones del contrato, surjidas durante su ejecución u otras situaciones de riesgo para el profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil de Chile.
- Dictamen Nº 5299/0249 de fecha 14 de septiembre de 1992, Dirección del Trabajo.
- Sentencia definitiva dictada en causa ROL Nº 12.906-2014 de la Corte Suprema de Justicia.
- Libro V. Prestaciones Médicas, Superintendencia de Seguridad Social.
- Revista chilena de radiología, Vol.25 no.1, Santiago, marzo de 2019.
- Ley Nº 20.584 "Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud", artículo 3 inciso 2.
- Decreto Ley Nº 824, Aprueba texto que indica sobre Ley de Impuesto a la Renta.
- Código Orgánico de Tribunales.
- Código de Procedimiento Civil.
- *Enciclopedia jurídica* (2015).
- Ley Nº 19.628 Sobre protección de la vida privada.

Contratos con instituciones públicas de salud

Abogado Diego Oportus Herrera[53]
Dr. Luis Vargas Atton[54]

INTRODUCCIÓN

En Chile, la contratación de médicos independientes por parte de las instituciones públicas vinculadas al ámbito de la salud es una práctica habitual, pues la demanda de atención médica en los establecimientos de salud del país supera por mucho la capacidad de los funcionarios de planta de las instituciones del ramo. Los diferentes mecanismos de vinculación habilitados permiten a los facultativos otorgar servicios de manera independiente, sin estar vinculados laboralmente a una institución en particular, lo que les brinda flexibilidad en la gestión de su agenda y en la prestación de servicios.

Los médicos independientes que deseen prestar sus servicios en el ámbito de la salud pública, pueden suscribir contratos con los distintos establecimientos de salud del sistema público, como hospitales y centros de atención primaria, e incluso, pueden otorgar sus prestaciones directamente a los usuarios del sistema público, prescindiendo absolutamente de vinculación con los prestadores

53 Abogado, Universidad de Concepción, año de titulación 2015. Diplomado en Derecho de Protección de la Salud y Gestión Sanitaria, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2022. Diplomado en Derecho y Negocio Inmobiliario, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2019. Abogado jefe de la Unidad de Defensa de la Medicina Privada de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile.

54 Médico Cirujano de la Facultad de Medicina Clínica Alemana - Universidad del Desarrollo. Actual médico en Etapa de Destinación y Formación, destinado en el CESFAM de la comuna de Santa Cruz, Región de O'Higgins.Presidente por el periodo 2023 y 2024 de la Agrupación de Médicos Generales de Zona de Chile y Presidente del Departamento de Trabajo Médico del Colegio Médico de Chile A.G desde septiembre del 2024.

institucionales. Estos contratos suelen establecer condiciones generales para todos los profesionales de la salud interesados.

Además, es importante destacar que los médicos independientes que prestan servicios en el sistema público de salud deben cumplir con las normativas, requisitos y estándares de calidad establecidos por el Ministerio de Salud, garantizando así la prestación de una atención médica oportuna, segura y de calidad para los pacientes, considerando que existe siempre un porcentaje de pago que proviene directamente de fondos públicos.

DESARROLLO

Sobre la base de los artículos 11 y 4 del Estatuto administrativo para funcionarios municipales, resulta jurídicamente procedente la contratación directa de personal médico por parte de instituciones de salud pública, mediante un contrato de honorarios. En estos casos, el facultativo no ingresa a la Administración pública, es decir, no tiene calidad de funcionario público ni recibe liquidación o remuneraciones propiamente tales, sino solo honorarios médicos mediante la emisión de boletas de prestación de servicios. El estatuto de los funcionarios municipales faculta al alcalde a, mediante decreto, contratar a honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales en la municipalidad. Sobre el particular:

> "*De acuerdo con todo el contexto normativo transcrito, la contratación de personal por la modalidad del contrato de honorarios constituye una posibilidad jurídicamente procedente en el sistema de atención primaria de salud municipal, por cuanto la ley del ramo al no contemplarlo tampoco lo prohíbe, más aún si esa forma de contratación permite incorporar al sistema personal idóneo y necesario cuando no existen interesados en incorporarse al mismo en la calidad de funcionarios, y resulte indispensable cubrir los puestos para atender las necesidades de un servicio de interés público y estratégico como lo es la atención primaria de salud municipal*"[55].

La doctrina de la Dirección del Trabajo confirma esta posibilidad, calificando como jurídicamente procedente que en el sistema de atención primaria de salud municipal se contraten médicos, recordando siempre que el profesional

55 Dirección del Trabajo, Dictamen 5873/388 de 30.11.98.

contratado no tiene derecho a los beneficios contemplados para los funcionarios regidos por la Ley Nº 19.378 como, por ejemplo, los beneficios de la capacitación, horas extraordinarias, viáticos, licencias médicas, permisos administrativos y vacaciones.

Sobre la base de la normativa vigente, principalmente el mencionado artículo 11[56] del Estatuto Administrativo, los órganos del Estado, incluidos las entidades públicas de salud, pueden contratar personal a honorarios. No obstante, esta facultad no puede ejercerse de manera indiscriminada y, como el actuar de cualquier organismo público, esta debe enmarcarse, tanto en el fondo como en la forma, al cumplimiento de las normas legales y reglamentarias.

Tratándose de un contrato celebrado por un órgano de la Administración del Estado, esta convención recibe el nombre genérico de *contrato administrativo*. Este especial contrato puede ser definido como "*un acuerdo de voluntades entre un organismo de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas, y un particular u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones*"[57].

Tratándose de un órgano estatal que contratará con un particular para proveerse de servicios otorgados por este último, con la finalidad de satisfacer las necesidades públicas a su cargo, dispondrá en este afán de fondos públicos, por lo que deberá hacerlo respetando las reglas establecidas en la Ley Nº 19.886 sobre compras públicas.

La regla general en la materia es que esta contratación se efectúe previa licitación pública, siendo excepcionales las formas de contratación a través de

---

56 Artículo 11.- 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.

57 Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*. Editorial Legal Publishing, segunda edición actualizada.

licitación privada o trato directo. Estos mecanismos están definidos en la Ley Nº 19.886 de la siguiente manera:

"a) Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento.

b) Licitación o propuesta privada: el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

c) Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento.

La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación"[58].

Ahora, no toda entidad privada puede contratar con un órgano del Estado, ya que se deben cumplir con algunos requisitos legales y otros que pueden ser exigidos en las bases de cada licitación, pero existen inhabilidades generales en esta materia, señaladas en el artículo 35 quáter de la Ley de compras públicas. A saber:

"*Artículo 35 quáter.- Ningún organismo del Estado podrá suscribir contratos administrativos con el personal del mismo organismo, cualquiera que sea su calidad jurídica, o con las personas naturales contratadas a honorarios por ese organismo, ni con sus cónyuges o convivientes civiles, ni con las demás personas*

58 Artículo 7, Ley de compras públicas.

unidas por los vínculos de parentesco en segundo grado de consanguinidad o afinidad, ni con sociedades de personas o empresas individuales de responsabilidad limitada de las que formen parte o sean beneficiarios finales, ni con sociedades en comanditas por acciones, sociedades por acciones o anónimas cerradas en que sean accionistas directamente, o como beneficiarios finales, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10 por ciento o más del capital, directamente o como beneficiarios finales, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas.

La prohibición establecida en el inciso anterior debe entenderse respecto del personal dependiente de la misma autoridad o jefatura superior del organismo o servicio público que intervenga en el procedimiento de contratación.

Igualmente, la prohibición para suscribir contratos establecida en el inciso primero se extenderá, respecto de los funcionarios directivos de los organismos del Estado, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, y de los funcionarios definidos en el reglamento que participen en procedimientos de contratación, a las personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la Ley Nº 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y a las sociedades en que aquellos o éstas participen en los términos expuestos en el inciso primero, durante el tiempo en que ejerzan sus funciones, y hasta el plazo de un año contado desde el día en que el respectivo funcionario o funcionaria haya cesado en su cargo.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando circunstancias excepcionales lo hagan necesario, de acuerdo a lo señalado por el jefe de servicio, los organismos del Estado podrán celebrar dichos contratos, siempre que se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. La aprobación del contrato deberá hacerse por resolución fundada, que se comunicará al superior jerárquico del suscriptor, a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados, en el caso de los órganos de la Administración del Estado. En el caso del Congreso Nacional, la comunicación se dirigirá a la Comisión de Ética y Transparencia del Senado o a la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados, según corresponda y, en el caso del Poder Judicial, a su Comisión de Ética".

En una primera lectura, la norma podría interpretarse de manera muy restrictiva al no permitir la contratación con personas ligadas al mismo servicio. Con todo, sabemos que es una práctica habitual que los Servicios de Salud contraten

a los mismos profesionales vinculados con el centro de salud correspondiente. ¿Es esta una situación irregular?

La verdad es que la misma norma establece una excepción en su último inciso, por ello, para que pueda contratarse por un servicio público bajo el régimen del contrato de honorarios a un profesional ligado al mismo servicio (o a cualquiera de las personas inhabilitadas conforme a lo dispuesto en el artículo 35 quáter), deberán cumplirse ciertos requisitos. Estos son:

1. Que concurran en el caso concreto circunstancias excepcionales que hagan necesaria la contratación con el inhabilitado.
2. Que los términos del contrato se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, es decir, que no sea más favorables para el inhabilitado.
3. La aprobación del contrato deberá hacerse por resolución fundada del director del servicio correspondiente y deberá sostenerse en hechos objetivos y comprobables.
4. La resolución fundada deberá ser comunicada al superior jerárquico del suscriptor, a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados.

Respecto al contrato definitivo que se celebrará con el profesional médico, producto o resultado de la licitación, hay que tener algunas consideraciones especiales:

Primero, las disposiciones legales que regirán el contrato serán las del derecho común. Como se dijo en el capítulo del contrato de honorarios, la doctrina y la jurisprudencia tratan al contrato de prestación de servicios como un tipo de arrendamiento de servicios inmateriales, obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano; regulado en el Código Civil en los artículos 2006 y siguientes. Reiteramos aquí todo lo indicado en el título respectivo[59].

Segundo, se considerará como parte integrante de este tipo de contratos, las bases de la licitación que le precedieron. Esto por aplicación de las normas generales sobre interpretación de los contratos[60].

---

59 Título **El Contrato de Honorarios**.

60 Libro IV, Título XII De la interpretación de los contratos, artículos 1560 y siguientes, Código Civil.

Tercero, el contrato de prestación de servicios determinará las obligaciones de cada una de las partes. No obstante, la parte que otorga los servicios, es decir, el médico o médica, pese a no pertenecer a la Administración del Estado, deberá ajustar su conducta al principio de probidad.

Como se viene diciendo, los médicos contratados a honorarios por la Administración del Estado, según lo ha señalado la Contraloría General de la República (CGR), no tienen la calidad de funcionarios públicos, en este sentido no se les aplican las normas del Estatuto Administrativo, sino que quedan regidos por las reglas de sus respectivos contratos y, supletoriamente, por las normas del Código Civil[61]. Sin embargo, la misma CGR, sobre la base del artículo 8° de la Constitución Política[62], reconoce a estos prestadores la calidad de servidores públicos o estatales, ya que desempeñan una función pública. Lo anterior, con la finalidad de hacerles aplicables las normas generales y especiales sobre probidad administrativa[63].

El desempeño profesional del médico bajo esta modalidad exige un apego integral al principio de probidad administrativa, que se traducirá en respetar cabalmente las normas constitucionales y legales que regulan este principio, observando una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de los respectivos cargos, haciendo primar el interés general por sobre los intereses particulares del profesional.

Lo que se viene diciendo no es menor, pues la inobservancia de este principio, además de dar lugar al incumplimiento del contrato que habilitará a la terminación del mismo, también podrá producir el efecto de impedir el reingreso del profesional a un empleo en la administración durante un determinado tiempo[64]. Esta sanción operaría a nivel general respecto de la Administración del Estado, no solo respecto de una determinada entidad o servicio público. Esto tendrá lugar cuando los hechos constitutivos de infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa y en los demás casos que se indican en el art. 62 de la Ley de bases generales de la Administración del Estado.

---

61 Contraloría General de la República, Dictámenes 52.084/2007 – 43.368/2012 – 53.903/2004.

62 Constitución Política de la República, artículo 1 inc. 1°: "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones".

63 Contraloría General de la República, dictámenes 86.190/2013 – 493/2014.

64 Contraloría General de la República, dictamen 18.254/2016.

Lo señalado no quiere decir que un prestador contratado a honorarios pueda ser objeto de un sumario administrativo, pues los titulares de responsabilidad administrativa son los funcionarios públicos, por lo que si existiere un procedimiento sumarial respecto de un médico que presta servicios sobre la base de honorarios, correspondería absolverlo. Sin embargo, si el facultativo comete actos que constituyan vulneración a sus obligaciones, la autoridad administrativa competente podrá poner término a ese contrato.

La responsabilidad administrativa del contratado a honorarios no se genera en la violación del régimen de deberes funcionarios del Estatuto Administrativo, el cual desde luego no se puede aplicar a las contrataciones a honorarios, sino que se le imputa por la infracción al principio de probidad administrativa, pues son considerados "agentes públicos". Consistiría, entonces, en un incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de prestaciones médicas. En efecto, la CGR considera que las personas contratadas con el carácter de agentes públicos deben ser consideradas funcionarios públicos, fundamentalmente para efectos de la responsabilidad administrativa.

Este tema sigue siendo discutible, ha generado en doctrina y jurisprudencia, amplias y acaloradas disputas. Sin embargo, la tendencia actual de la jurisprudencia administrativa parece estar conteste respecto a que sí les es aplicable el cumplimiento del principio de probidad administrativa a las contrataciones a honorarios, por el solo hecho de desempeñar una función pública.

SERVICIOS COMO PRESTADOR INDEPENDIENTE A LOS USUARIOS DEL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD

MODALIDAD DE LIBRE ELECCIÓN

El médico puede otorgar sus servicios a los afiliados del sistema público, es decir, a los afiliados al seguro público de salud, llamado Fondo Nacional de Salud (FONASA), de manera independiente, sin estar vinculado o trabajar para ningún prestador institucional de dicho sistema. La forma de otorgar estos servicios es por medio de la llamada Modalidad Libre Elección (MLE) del FONASA, que constituye un mecanismo que permite a los beneficiarios del sistema público elegir libremente a sus prestadores de salud.

Bajo este sistema, los beneficiarios, con algunas limitaciones del tramo, tienen la posibilidad de optar por atenderse con cualquier prestador de salud

inscrito en la Modalidad Libre Elección, sin restricciones territoriales, como ocurre con la Modalidad de Atención Institucional (AMI)[65].

El FONASA, como aseguradora, cubre un porcentaje del costo de las prestaciones de salud, y el beneficiario paga una diferencia a fin de enterar completamente el valor de las prestaciones. Este porcentaje varía según nivel de arancel y el tipo de prestación. Los niveles de cobertura están clasificados en tres categorías o niveles: mayor, intermedia y menor cobertura. Entre las prestaciones que incluye la modalidad se encuentran las consultas médicas, los exámenes de laboratorio, procedimientos ambulatorios y hospitalarios, entre otros.

Los beneficiarios de FONASA están clasificados en diferentes tramos según su ingreso económico y la cantidad de cargas a su haber. Estos son: Tramo A: Beneficiarios sin capacidad de pago; Tramo B: Beneficiarios con ingresos hasta $500.000; Tramo C: Beneficiarios con ingresos entre $500.001 y $730.00; Tramo D: Beneficiarios con ingresos superiores a $730.001. Estos tramos determinan la cantidad de aporte que deben realizar para acceder a las prestaciones de salud de la MLE[66].

Es necesario destacar que solo las personas que integran los tramos B, C y D pueden acceder a comprar bonos para atenciones con prestadores privados en convenio con FONASA.

Este mecanismo ha otorgado celeridad en el acceso a las prestaciones de los afiliados al sistema público pues, generalmente, los tiempos de espera son considerablemente menores en comparación con la AMI de los prestadores institucionales públicos de salud (centros de salud, consultorios, postas y hospitales públicos).

Para que los médicos independientes puedan acceder al mercado de los pacientes del sistema público y atender bajo la Modalidad Libre Elección, deberán suscribir previamente un convenio con el FONASA, debiendo acatar las disposiciones contenidas en el marco legal vigente y las exigencias técnicas y administrativas presentes y futuras establecidas por el Fondo. Entre estos, el acatamiento de un arancel preestablecido e inamovible.

---

65 Modalidad en que las prestaciones médicas se otorgan a los beneficiarios por los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, sean dependientes del Ministerio de Salud o entidades públicas o privadas con las cuales los servicios de salud o el Fondo hayan celebrado convenios para estos efectos.

66 Actualizados al 1 de julio de año 2024.

El arancel del FONASA define el valor de cada prestación, la cobertura o aporte que entregará el FONASA y el copago que deberá enterar el beneficiario, conforme el nivel que tenga el prestador que la realiza (nivel 1, 2 o 3)[67]. Los profesionales y entidades asistenciales inscritas quedan obligados a aceptar, como máxima retribución por sus servicios, los valores del arancel correspondiente al respectivo nivel en el cual se inscribió, pudiendo solicitar su modificación cada 6 meses[68].

Para poder inscribirse en este tipo de modalidad el facultativo o facultativa debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Estar habilitado o habilitada para ejercer la profesión en el país, ya sea a través de un título profesional otorgado por una institución de educación superior oficialmente reconocida en el país o a través del reconocimiento o revalidación de su título profesional obtenido en el extranjero.
- El profesional deberá estar inscrito en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud que lleva la Intendencia de Prestadores de la Superintendencia de Salud, institución que permitirá verificar el título profesional y la especialidad médica en los casos que corresponda.
- Deberá contar con la aprobación del EUNACOM[69], en el caso de los médicos titulados o reconocidos sus títulos con posterioridad al 18 de abril 2009 (Ley Nº 20.261) sin especialidad acreditada en la Superintendencia de Salud.
- Contar con Cédula Nacional de Identidad vigente.
- Acreditar visa temporal o de permanencia definitiva, en el caso de profesionales extranjeros.

67www.fonasa.cl/sites/fonasa/prestadores/modalidad-libre-eleccion#inscripcin--actualizacin-y-renuncia-prestadores-en-modalidad-libre-eleccin--mle-

68 DFL Nº 1, MINSAL, año 2005, artículo 143 letra c) inc. 5.

69 Es un examen teórico-práctico de medicina general que se aplica en Chile a todos los egresados de las distintas escuelas de Medicina nacionales y extranjeras. Es administrado por la Asociación de Facultades de Medicina de Chile (ASOFAMECh) y aprobarlo permite al médico:

- Ejercer la medicina general en el sistema público chileno.
- En el caso de médicos titulados fuera de Chile, aprobar EUNACOM significa la revalidación automática de su título, sin más requisitos para este efecto.
- Postular a un cargo en el sistema púbico de salud chileno.
- Postular a un programa de especialización médica financiado por el Estado de Chile.
- Atender a los pacientes que financian su acceso a la salud con el FONASA.

- Contar con iniciación de actividades en el Servicio de Impuestos Internos (S.I.I.).

Para atender a un paciente bajo esta modalidad deberá emitirse un bono de atención de salud por el prestador. Este bono le dará derecho a cobrar las prestaciones otorgadas por el profesional por medio de la *Red Privada en Convenio* que mantiene el FONASA. El Fondo deberá efectuar una liquidación que será entregada a requerimiento del facultativo, esto quiere decir que el profesional no debe emitir una boleta de honorarios por estas prestaciones y será el mismo Fondo Nacional de Salud quien efectuará las retenciones de impuestos por los honorarios cobrados para los efectos de la declaración y pago del impuesto a la renta de los contribuyentes de segunda categoría.

Los profesionales que atiendan bajo esta modalidad serán fiscalizados por el FONASA a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones de la normativa sectorial, pudiendo ser sancionados si se verifica, mediante un procedimiento especial[70], que han cometido alguna de las infracciones que establece el artículo 50[71] del Decreto Nº 369 del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento del régimen de prestaciones de salud. Las sanciones podrán consistir en amonestación, suspensión de hasta 180 días para el ejercicio en la modalidad, cancelación de la inscripción y multa de hasta 100 UF. Sin considerar que el médico podrá ser objeto de acciones civiles y criminales para hacer efectiva su responsabilidad en el caso de conductas que lo ameriten, como ha sucedido con la emisión falsa de bonos presentados a cobro.

---

70 Resolución 7 Exenta, MINSAL, año 2021, que aprueba procedimiento para la fiscalización y aplicación de sanciones a los prestadores inscritos en el rol de la modalidad de libre elección por infracciones a las normas que la regulan, dejando sin efecto resolución exenta que indica ministerio de salud; fondo nacional de salud.

71 Decreto Nº 369, MINSAL, Art. 50: Los profesionales, establecimientos o entidades inscritos en la Modalidad de Libre Elección podrán ser sancionados en la forma que se establece en el artículo siguiente, si se comprueba que han incurrido en alguna de las siguientes infracciones:

a) Presentación para el cobro o cobro indebido de órdenes de atención y programas; de honorarios adicionales por sobre el valor establecido para el grupo del rol correspondiente; y de recargo improcedentes;
b) Prescripción para la emisión de órdenes de atención o emisión de programas médicos, con fines distintos a los señalados en la ley;
c) Incumplimiento de las normas legales, reglamentarias y arancelarias que rigen la Modalidad de Libre Elección; y regulan la aplicación de su Arancel, incluyendo en ellas las Resoluciones dictadas por el Ministerio y publicadas en el Diario Oficial.

CONCLUSIÓN

En base a la normativa vigente, principalmente por las disposiciones de los estatutos administrativos, la contratación directa de personal médico por parte de instituciones de salud pública a través de contratos de honorarios es legalmente aceptable. En estos casos, los facultativos contratados no adquieren la condición de funcionarios públicos, sino que prestan sus servicios mediante la emisión de boletas de honorarios y no reciben liquidación ni remuneraciones propias de un funcionario público.

La contratación de personal médico bajo esta modalidad tendrá lugar cuando no existen suficientes funcionarios para satisfacer las necesidades públicas y resulta necesaria la introducción de colaboradores privados para garantizar la atención de un servicio de interés y estratégico como es la salud pública.

Estos deben respetar las disposiciones de la ley sobre compras públicas, siendo la regla general que se realicen mediante licitación pública, aunque existen excepciones como la licitación privada o la contratación directa, las que deberán estar debidamente fundamentadas y cumplir con ciertos requisitos, sobre todo en el caso de contratar a un profesional vinculado a un mismo servicio público.

A su vez, el contrato definitivo con el profesional médico se regirá por las disposiciones del derecho común y las bases de la licitación. El médico contratado, aunque no sea funcionario público, deberá actuar y observar el principio de probidad administrativa. La inobservancia de este principio podrá llevar a la terminación del contrato y a la imposibilidad de volver a trabajar en la Administración Pública por un tiempo determinado.

Por otra parte, el médico puede colaborar como prestador independiente que ofrece sus servicios a los afiliados del sistema público de salud a través de la Modalidad de Libre Elección del FONASA. Esta opción representa una gran oportunidad para ampliar el margen de pacientes y, a su vez, ejercer la profesión de forma autónoma, además de permitir al facultativo la libertad de organizar su propia agenda. Este mecanismo ofrece la posibilidad de acceder a una mayor cantidad de pacientes, sobre todo en localidades donde la mayoría de los atendidos está adscrita al sistema público de salud y los centros públicos no dan abasto.

Al estar sujeto a la supervigilancia del FONASA, el médico puede garantizar la calidad y el cumplimiento de las normativas establecidas, contribuyendo a mantener la confianza de sus pacientes y la reputación de su práctica profesional,

considerado un elemento fundamental en el ejercicio de una actividad que requiere de una relación de confianza, como es el ejercicio de la medicina.

BIBLIOGRAFÍA

- Estatuto administrativo.
- Estatuto administrativo para funcionario municipales.
- Código Civil de Chile.
- Constitución Política de la República.
- Dictámenes 52.084/2007–43.368/2012–53.903/2004 86.190/2013–493/2014 - 18.254/2016 de la Contraloría General de la República.
- www.fonasa.cl/sites/fonasa/prestadores/modalidad-libre-eleccion#inscripcin--actualizacin-y-renuncia-prestadores-en-modalidad-libre-eleccin--mle-
- DFL Nº 1, MINSAL, año 2005.
- Resolución 7 Exenta, MINSAL, año 2021, que aprueba procedimiento para la fiscalización y aplicación de sanciones a los prestadores inscritos en el rol de la modalidad de libre elección por infracciones a las normas que la regulan, dejando sin efecto resolución exenta que indica Ministerio de Salud.
- Decreto Nº 369, MINSAL.

Contrato de arrendamiento de box de consulta

Abogado Diego Oportus Herrera[72]
Dra. María Paz Soto Ortega[73]

INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la atención médica privada, el arrendamiento de un box de consulta a centros médicos privados se ha convertido en una opción cada vez más popular y atractiva para los profesionales de la salud que buscan establecer su práctica en un entorno profesional, llamativo, de fácil acceso, de amplia llegada a los pacientes y, por sobre todo, con completo equipamiento para el ejercicio integral de la medicina.

Además, el arrendamiento de un box de consulta en un centro médico privado brinda a los profesionales de la salud la oportunidad de colaborar con otros médicos de una gran multiplicidad de especialidades distintas, permite compartir conocimientos y experiencias, obtener fácil y rápido apoyo en el tratamiento de pacientes complejos, relaciones de trabajo en red que pueden resultar beneficiosas para su práctica médica.

Esta forma de ejercicio profesional, aunque parezca otorgar varios beneficios, también puede presentar algunos desafíos y problemas potenciales que los médicos arrendatarios deben tener en cuenta, principalmente por el actuar

---

72 Abogado, Universidad de Concepción, año de titulación 2015, Diplomado en Derecho de Protección de la Salud y Gestión Sanitaria, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2022; Diplomado en Derecho y Negocio Inmobiliario, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2019; Abogado jefe de la Unidad de Defensa de la Medicina Privada de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile.

73 Médica Universidad Diego Portales, Urgencióloga Pontificia Universidad Católica de Chile, ex-Directora Médica Clínica BUPA Santiago, Presidenta del Departamento de Medicina Privada del Colegio Médico de Chile.

de muchos prestadores institucionales que bajo esta modalidad han elaborado todo un entramado de complejas relaciones jurídicas en su beneficio, que en la actualidad han llevado a un sisma irremediable en la relación entre los prestadores individuales e institucionales, fuga de profesionales y grave desprestigio institucional de grandes centros de salud.

La finalidad de este título es entregar una visión crítica de esta forma de ejercer privadamente la medicina, exponiendo y visibilizando los problemas que se han presentado en el último tiempo.

DESARROLLO

En el aspecto netamente jurídico el contrato de arrendamiento se encuentra regulado en el título XXVI del Libro IV del Código Civil, en los artículos 1.915 al 2.021 del Código Civil, definido en el artículo 1.915[74] del Código. Estos artículos establecen las disposiciones generales que rigen el contrato de arrendamiento en Chile y las obligaciones de las partes involucradas. En síntesis, se trata de un acuerdo donde se establecen una serie de condiciones y términos sobre los que un arrendador, normalmente el dueño, entrega una cosa a otro llamado arrendatario, quien tendrá derecho a usufructuar de ella a cambio de un determinado monto (renta), por un determinado período de tiempo.

Como aspectos relevantes del contrato de arrendamiento podemos mencionar:

- obligaciones del arrendador: el arrendador está obligado a entregar la cosa arrendada en buen estado de conservación y a mantenerla en condiciones adecuadas durante el período de arrendamiento;
- obligaciones del arrendatario: el arrendatario debe pagar el arriendo en el plazo establecido, mantener la propiedad en buen estado y utilizarla de acuerdo a lo establecido en el contrato;
- duración del arrendamiento: el contrato de arrendamiento puede ser por un plazo determinado o indefinido, y en caso de que sea por un plazo determinado, se establecen las condiciones de renovación o terminación del contrato;

74 El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar un precio determinado por este goce, obra o servicio.

- resolución del contrato: el Código Civil establece las causales por las cuales se puede dar por terminado el contrato de arrendamiento, como el no pago del arriendo y el uso indebido de la propiedad, además el contrato puede incluir causales especiales.

Existen varios tipos de arrendamiento tratados específicamente por el legislador atendida la calidad de la cosa objeto del contrato. Así, como se dijo en el título anterior, la prestación de servicios o contrato de honorarios es tratada como un tipo de arrendamiento de servicios inmateriales. Ahora, en lo tocante al arrendamiento de un box de consulta, jurídicamente no tiene un tratamiento especial y, por analogía, podría pensarse que sería asimilable al contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, tratado en la Ley N°18.101 sobre Arrendamientos Urbanos. Pero lo cierto es que algunos tribunales de justicia han considerado que, por sus especiales características, como el uso limitado de la cosa por bloques semanales, la falta de determinación específica del espacio físico arrendado y los servicios anexos propios de la consulta, destinados a ejercer una actividad determinada, no puede ser considerado arrendamiento de un inmueble, calificándolo muchas veces como un *arrendamiento de infraestructura*.

Este negocio jurídico puede resultar en muchos aspectos favorable para el ejercicio médico, considerando que se abaratan los costos propios del establecimiento de un consultorio independiente. Pero todavía conlleva algunos sacrificios monetarios por los costos asociados, como el alquiler de la consulta, el pago de servicios especiales y otras posibles tarifas adicionales, puede existir una alta competencia por los boxes de consulta, limitando su disponibilidad y aumentando los costos del arriendo.

Además, dependiendo de la especialidad médica el espacio deberá cumplir con los requisitos técnicos y sanitarios necesarios para que el médico arrendatario pueda otorgar sus prestaciones, como puede ser el caso de un consultorio oftalmológico. Seguidamente, al arrendar un box de consulta en un centro médico privado, es posible que el médico arrendatario tenga limitaciones en cuanto al uso y a la personalización del espacio, pues usualmente los boxes de consulta son arrendados por bloques, debiendo compartirse con varios otros profesionales. Esta circunstancia puede generar limitaciones en términos de horarios de atención.

Por último, considerar en cuanto a las eventualidades generales, es normal que los centros privados exijan el cumplimiento irrestricto de sus políticas internas, procesos administrativos y la toma de decisiones estratégicas, así como la *acreditación* del médico bajo los parámetros exclusivos del prestador

institucional privado. Todo esto puede llegar a coartar la gestión y el desarrollo del profesional.

Conocidas las vicisitudes generales que se pueden materializar en el goce de los boxes arrendados, entraremos a analizar cuestiones específicas y las problemáticas que han surgido de los mismos, comúnmente frecuentes en este tipo de contratos y sobre las que el médico debe estar alerta.

Lo primero que debemos mencionar es que este contrato, aparentemente simple en obligaciones y derechos para cada una de las partes -arrendadora debe entregar el o los bienes y servicios objeto del contrato para el uso y goce del médico arrendatario quien, a su vez, debe pagar una retribución en dinero- ha derivado en una compleja relación entre prestadores y profesionales. Que no se limita a un simple contrato de arrendamiento, si no que constituye una maraña de relaciones que, más que un arrendamiento parece una compleja relación comercial.

El derecho al uso de un inespecífico espacio físico y demás servicios complementarios necesarios para la prestación de los servicios médicos por un determinado período de tiempo, esto es, por *bloques de horas* conforme a una distribución horaria semanal de apertura y cierre, durante el cual el médico tendrá que prestar sus servicios. Si esto no ocurre, es decir, si el médico no ejerce su derecho al uso del box para atender pacientes, suele establecerse una cláusula para sancionar económicamente al facultativo, suspender agendas y hasta expulsarlo, prohibiéndole la utilización de la consulta y, en general, el desarrollo de su actividad.

Los bloques de horas deben ser reservados con anterioridad y pueden ser modificados previo aviso del prestador, no obstante, el centro se reserva el derecho de modificarlos unilateralmente, así como la facultad de asignar otros espacios, incluso en otros centros. Esto ocurrió a gran escala durante la pandemia por el COVID-19, donde se destinaron las consultas casi al tratamiento exclusivo de la enfermedad.

Estos contratos suelen adolecer de los mismos problemas indicados en las relaciones a honorarios, como los intermediarios en la relación médico/institución de salud, establecimiento de contratos de simple adhesión, falta de transparencia de cobros y pagos, entre otro, los que tienen algunas diferencias y características especiales.

Otra complejidad que se genera es la relación de las responsabilidades legales, donde se debe establecer si el profesional responde directamente con el

paciente frente al incumplimiento de los derechos y deberes de las personas derivadas de la atención de la salud. Lo cual está claramente limitado en el caso de contratos de honorarios con un prestador institucional privado, el médico trabajaba para la institución de salud, y era esta última quien se constituía como el prestador con el paciente para todos los efectos jurídicos, por tanto, en ella residía el cumplimiento íntegro de los derechos y deberes de las personas derivadas de la atención de salud. Si un paciente siente transgredidos sus derechos, recurrirá contra la clínica. Por otra parte, en el contrato de arrendamiento de box de consulta, es el médico quien se relaciona directamente con el paciente, sobrellevando sobre sí mismo todas las cargas de la relación, valiéndose de los servicios complementarios que el centro de salud facilita para el ejercicio de la medicina.

Con todo, esta relación con los centros privados suele ser desconocida para los pacientes, quienes asumen que son tratados por el centro médico por medio de los profesionales funcionarios de la institución. No es raro que ante el ejercicio de alguna acción por un paciente contra la institución de salud, esta última se defienda indicando que sus obligaciones se limitan a entregar un servicio de *hotelería* para pacientes y que las acciones deben ser dirigidas directamente contra el profesional de salud correspondiente.

Pese a aparentar establecer una relación cuyo objeto son los bienes y servicios a cambio de una renta, los centros privados suelen exigir que los médicos contraigan personalmente obligaciones con la institución, como puede ser seguir instrucciones, la acreditación y observancia al reglamento interno, así como a cumplir órdenes de la dirección o jefaturas de las unidades, obligaciones propias del estatuto laboral, sin obtener contraprestación o beneficio alguno, entre las que podemos mencionar la publicación de estudios de investigación, ejercicio de la docencia, uso de la imagen de los facultativos para publicitar, resaltar los servicios y el prestigio de la clínica o centro de salud, obligación de identificarse con vestimenta del prestador, entre varios otros.

Suele exigirse por los centros privados un mínimo de bloques arrendados, aunque no se ocupen todos ellos debiendo pagar por este mínimo referencial, así como sanciones por no asistir a atender en los horarios arrendados o, como otra forma de sanción, pero invertida, a cesar *privilegios* económicos por no atender suficientes pacientes en los horarios arrendados. Esta última situación no es más que una sanción económica por no contar con la agenda copada. Por ejemplo: el precio del arrendamiento de la consulta será $2.0000.000.- mensual, pero si atiende un mínimo de diez pacientes por bloque, recibirá un

descuento del 25%; que es lo mismo que decir que la renta de la consulta será de $1.500.000.- pero si atiende menos de diez pacientes por bloque subirá a $2.000.000.-

Habitual es que se incluyan recargos adicionales por la utilización de sistemas informáticos y pago mediante sistemas electrónicos. También la aceptación de los aranceles fijados por la propia clínica en las prestaciones otorgadas por el médico, así como el respeto a los convenios celebrados entre la clínica y las aseguradoras de salud en cuanto al valor arancelario. El lector podría preguntarse, **¿mi arrendador de consulta me puede imponer el precio de los servicios que otorgo a mis pacientes?** O desde otra perspectiva, **¿no puedo fijar libremente mis propios honorarios y estoy obligado a aceptar los precios fijados entre mi arrendador y terceros?** Sí, es exactamente lo que ocurre y, por el principio de autonomía de la voluntad, en principio, no sería ilegal.

Como una situación muy anormal, los centros privados incluyen una cláusula por la que el médico reconoce que los pacientes pertenecen a la institución, se prohíbe a los facultativos derivarlos o atenderlos en otros centros de salud; obligan a reconocer que la ficha clínica del paciente le pertenece al centro y que no se pueden extraer datos sin el consentimiento de la institución.

En cuanto al movimiento de los dineros se configura aquí un flujo muy particular. Lo lógico y usual sería que el médico recibiera los dineros de sus honorarios directamente de las aseguradoras y/o de los pacientes mediante el copago y, luego, pagara al prestador institucional el valor de la renta y los demás servicios adicionales. Pero existe en este especial tipo de arrendamiento un adicional contrato de mandato, donde el médico otorga a la clínica facultades para cobrarse de sus honorarios, retener los montos correspondientes a los derechos por el arrendamiento y otros servicios en favor de la clínica para, finalmente, hacer entrega al facultativo de los honorarios restantes. Se verifican aquí los mismos problemas de determinación y transparencia de los pagos tratados anteriormente, así como los desarrollados en las letras **A**, **H** e **I** del título sobre el contrato de honorarios. Considerando que la clínica suele sub mandatar a otra persona jurídica la gestión de cobro y traspaso de activos, persona íntimamente ligada y controlada por la prestadora institucional privada, se verifican acá las dificultades ya tratadas[75].

75 Véase letra I.

COMENTARIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PROFESIONAL MÉDICO

Dra. María Paz Soto Ortega

Desde la perspectiva médica, en la práctica privada es común vincularse con centros institucionales de salud mediante contratos de prestación de servicios, pero también bajo la modalidad del arrendamiento de box. En ambos casos se adquieren compromisos donde el prestador institucional se obliga a proporcionar las condiciones necesarias para el buen ejercicio médico, como la administración de la ficha clínica, insumos adecuados y la infraestructura conforme a los requerimientos técnicos de cada especialidad.

Tratándose de un contrato de arrendamiento de consulta médica, el uso del espacio debe ser exclusivo y continuo por un período determinado directamente a un médico o grupo de ellos, normalmente organizados como sociedad médica. En estos casos, los costos asociados a la mantención, administración y depreciación de la infraestructura no recaen directamente sobre los profesionales, sino que los asume el prestador de salud arrendador de las dependencias.

Sin embargo, los profesionales de la salud asumen el riesgo económico de que la cantidad de prestaciones realizadas alcance a cubrir los gastos de arriendo, lo que implica un compromiso financiero individual importante. A diferencia del contrato de prestación de servicios, donde el prestador institucional asume los costos operativos y administrativos, el profesional aporta un porcentaje de sus honorarios por el uso del espacio y servicios. Esta modalidad presenta una distribución distinta de las responsabilidades económicas y administrativas.

Es relevante tener en cuenta que el costo del arrendamiento dependerá de factores como la ubicación del centro, su prestigio y la demanda por sus servicios. Las consultas con alta demanda, por ejemplo, suelen tener tarifas más elevadas y menor disponibilidad.

Quienes opten por esta modalidad deben asegurarse de que el centro médico cuente con autorización sanitaria y acreditación del centro de salud. Además, es necesario revisar las condiciones de uso del espacio: si permite personalización, los horarios disponibles y los procedimientos que se pueden realizar. Estas restricciones pueden afectar significativamente la práctica médica.

En general, los centros acreditados están sujetos a normativas de calidad, lo que implica la existencia de protocolos internos, procesos de acreditación de los profesionales y alineación con políticas comerciales como convenios con

aseguradoras. Esto puede limitar la autonomía profesional en aspectos claves de la gestión y el desarrollo profesional.

Por todo lo anterior, resulta fundamental que los contratos incluyan cláusulas claras sobre el uso del espacio, la posibilidad de modificar bloques horarios, las políticas institucionales vigentes, y un detalle transparente de los pagos, incluyendo los tipos de convenios y los honorarios aplicables según la prestación de salud otorgada.

CONCLUSIÓN

Los arrendamientos de box o consultas médicas pueden ofrecer una serie de ventajas, tanto para los médicos arrendatarios como para los centros médicos privados de salud, permitiendo una colaboración beneficiosa para ambas partes.

Los centros médicos suelen contar con una infraestructura moderna y equipos especializados, servicios de recepción y gestión de citas, asistencia administrativa, servicios de limpieza y mantenimiento, sistemas informáticos de alto nivel, publicidad y prestigio, entre varios otros beneficios.

Al trabajar bajo esta modalidad, los médicos pueden enfocar su desempeño en la atención de sus pacientes y en el ejercicio de su especialidad sin tener que preocuparse por la logística y gestión de un consultorio independiente, de publicitar su imagen profesional para llegar y asegurar una parte de la demanda de los servicios médicos requeridos por los pacientes y otras tantas cuestiones netamente comerciales.

Con todo, la falta de equidad de la relación ha servido para que se configuren situaciones abusivas impuestas por los prestadores institucionales a los médicos arrendatarios, la administración de las sumas de dinero, la falta de transparencia y periódicas rendiciones de cuenta de manera integral y detallada, han servido para que se configuren inconvenientes de alta connotación, como ha ocurrido con las querellas por apropiación indebida.

La asesoría jurídica, la claridad en las relaciones y la prevención resultan fundamentales en este modelo de negocios, toda vez que este mecanismo ha comenzado a masificarse, aparentemente por los beneficios en favor de los prestadores institucionales traspasando la carga de muchas obligaciones a los médicos y sus sociedades.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil de Chile.

Ley Nº 18.101 Fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos.

Autorizaciones sanitarias

Katherine Berríos González[76]
Dra. Claudia Chartier Muñoz[77]

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la profesión médica en el mundo privado tiene libertad de acción y organización, no obstante, es importante tener clara la estructura de funcionamiento para determinar la normativa aplicable.

Es conocido por el gremio y en algunos casos han podido experimentar de primera mano la importancia de manejar un entorno seguro y eficiente para brindar una atención médica de alta calidad, lo que no solo se compone por el capital humano sino también de espacios físicos acorde a la labor que se desempeña como profesional, es por ello que las autorizaciones sanitarias y el cumplimiento de la normativa asociada impactan de manera positiva en las atenciones a los pacientes, promoviendo confianza y seguridad en los mismos.

A través de este capítulo se busca proporcionar al profesional médico las bases generales respecto de las autorizaciones sanitarias de los establecimientos de salud, señalar en qué casos son aplicables y los pasos a seguir para obtenerla en términos generales, pasando por las definiciones básicas, la obligatoriedad de estos permisos, la fiscalización y la sanción frente al incumplimiento.

---

76 Abogada, Unidad de Defensa de la Medicina Privada, FALMED. Magíster en Derecho Corporativo, Universidad Central de Chile. Diplomada en Derecho Concursal, Pontificia Universidad Católica. Diplomada en Derecho Tributario, Duoc UC.

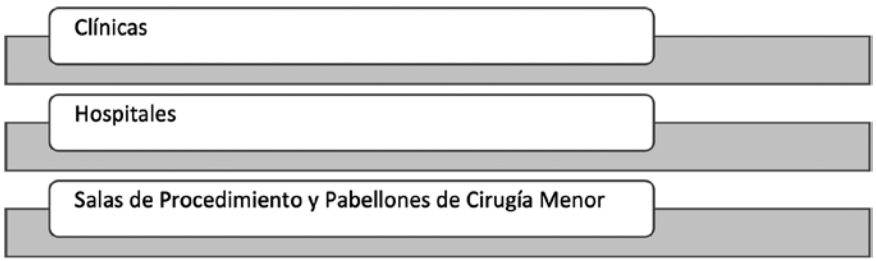
77 Médica Universidad de Concepción, especialista en Cirugía Pediátrica, Universidad de Chile. Jefa de la Unidad de Cirugía Infantil del hospital de Ovalle. Pro-Secretaria Nacional del Colegio Médico de Chile. Ex Vicepresidenta de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED).

II. QUÉ ES UNA AUTORIZACIÓN SANITARIA

La autorización sanitaria es el acto en virtud del cual la Secretaría Regional Ministerial de Salud (SEREMI) permite el funcionamiento de las instituciones de salud para el caso particular, verificando que ellos cumplen con los requisitos de estructura y organización, expresados en los respectivos reglamentos.

¿QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A SOLICITAR AUTORIZACIÓN SANITARIA?

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7° del Código Sanitario, requieren autorización sanitaria expresa, (en lo atingente) las siguientes materias[78]:



III. AUTORIZACIÓN SANITARIA DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD

A) Hospitales y clínicas como establecimientos de salud de atención cerrada

Los establecimientos de salud de atención cerrada son *"instituciones asistenciales que otorgan prestaciones de salud en régimen continuado de atención (24 horas) y que deban contar con recursos organizados de infraestructura, equipamiento y personal necesario para su funcionamiento permanente"*[79].

78 DFL N° 1 (1989), Determina materias que requieren autorización sanitaria expresa. Ministerio de Salud.

79 Anexo 1, Norma técnica básica de autorización sanitaria para establecimientos de salud de atención cerrada. https://www.ispch.cl/wp-content/uploads/2021/02/Anexo-1-Norma-T%C3%A9cnica-B%C3%A1sica-de-Autorizaci%C3%B3n-Sanitaria-para-Establecimientos-de-Salud-de-Atenci%C3%B3n-Cerrada.pdf

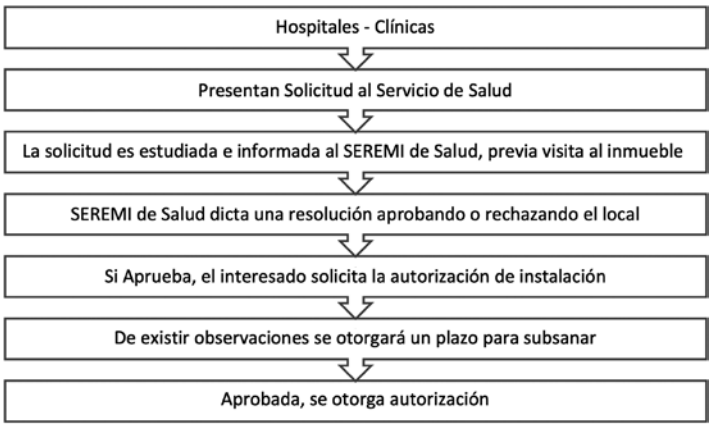
La definición anterior no incluye o excepciona a "*Los establecimientos o centros destinados a la atención de personas cuya condición física o mental demande cuidados permanentes, sin requerir atención médica y de enfermería continua, tales como hogares de ancianos, asilos, casas de reposo, hospicios, etc., no estarán sometidos a este reglamento, pero deberán ser autorizados e inspeccionados por la autoridad sanitaria, en conformidad a la ley*"[80].

El encargado de otorgar la autorización sanitaria para hospitales y clínicas (atención cerrada) será la Secretaría Regional Ministerial de Salud del territorio donde estén ubicados.

En cuanto a la vigencia de la autorización, será de tres años, los que se renovarán automáticamente, salvo que existan motivos fundados de la Secretaría Regional Ministerial de Salud para disponer su caducidad[81].

También requerirán autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Salud todas las modificaciones que se efectúen, ya sean físicas, de objetivos, de cambios de acción y su traslado a otras ubicaciones[82].

Pasos para obtener la autorización sanitaria de clínicas y hospitales (Atención cerrada)



80 Artículo 2. Decreto 161 (1982). Aprueba reglamento de Hospitales y Clínicas Ministerio de Salud. Ministerio de Salud.

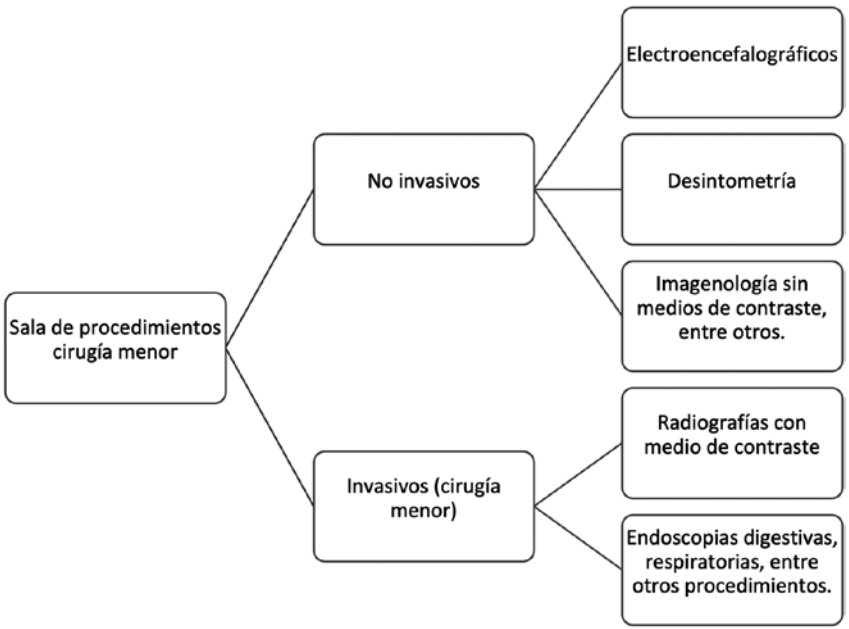
81 Artículo 4° y 5°. Decreto 161 (1982). Aprueba reglamento de Hospitales y Clínicas Ministerio de Salud. Ministerio de Salud. Ministerio de Salud.

82 Artículo 6°. Ídem.

B) Consulta médica y centros de salud privados con salas de procedimientos o pabellones de cirugía menor

Se entiende por sala de procedimientos a *locales o recintos de establecimientos públicos o privados de salud destinados a efectuar procedimientos de salud, de diagnóstico o terapéuticos, en pacientes ambulatorios, y que no requieren de hospitalización. Estos deberán formar parte de un establecimiento de salud o ser dependencia anexa a consultas de profesionales"*[83].

Tipos de procedimientos que pueden realizarse en las salas de procedimientos

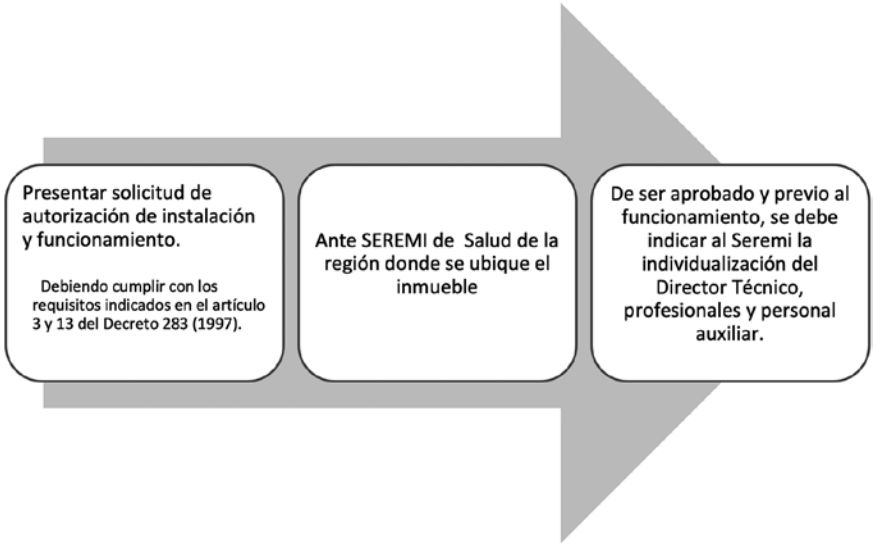


[84]

83 Artículo 1. Decreto 283 (1997). Aprueba reglamento sobre salas de procedimientos y pabellones de cirugía menor. Ministerio de Salud.

84 Artículo 2. Decreto 283 (1997). Aprueba reglamento sobre salas de procedimientos y pabellones de cirugía menor.

Pasos para obtener la autorización sanitaria
Consulta médica y centros de salud privados con salas de procedimientos y pabellones de cirugía menor



A continuación, se enumeran los requisitos de la solicitud de autorización de instalación y funcionamiento aplicables, tanto para las salas de procedimiento como para los pabellones de cirugía menor.

a) *Nombre y domicilio del establecimiento donde se ubicará la sala de procedimientos o domicilio de la consulta (pabellón), en su caso;*

b) *documentación que acredite el derecho a uso del inmueble;*

   El uso del inmueble puede acreditarse a través de una cesión de uso de domicilio, un contrato de arrendamiento, subarrendamiento, un certificado de dominio vigente, para el caso de ser dueños del inmueble;

c) *individualización del propietario de la sala de procedimientos (del pabellón de cirugía menor) y del representante legal en caso de tratarse de una persona jurídica;*

d) *plano de la planta física del local en que se señalen las diferentes dependencias;*

e) *plano o certificado de las instalaciones eléctricas, de agua potable y alcantarillado del local;*

f) indicación del personal profesional y auxiliar que se desempeñará en la sala de procedimientos (en el pabellón);

g) listado de procedimientos a efectuar, y

h) descripción del equipamiento e instrumental, señalando marca y modelo y de las instalaciones que se dispondrá.

Obtenida la autorización y previo al funcionamiento de la sala de procedimientos, se deberá enviar a la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva la individualización del director técnico, de los profesionales y del personal auxiliar que laborará en él, acompañada de fotocopia legalizada del título o certificados de estudios, según corresponda[85].

Disposiciones generales de las salas de procedimiento y pabellones de cirugía menor

Las autorizaciones otorgadas en virtud del reglamento contenido en el Decreto 283 (1997) en comento, tienen una vigencia de tres años, vencidos se renovarán de forma automática y sucesiva, a menos que existan razones fundadas para disponer su caducidad.

En cuanto a la fiscalización y control, corresponderá a la Secretaría Regional Ministerial de Salud competente. Las salas de procedimiento y pabellones de cirugía menor estarán sujetos a las visitas de control de la autoridad sanitaria.

C) Consultas médicas

Las consultas médicas no requieren de autorización sanitaria, salvo que se trate de salas de procedimientos o pabellones de cirugía menor ya tratados.

85 Artículo 3 y 13. Decreto 283 (1997). Aprueba reglamento sobre salas de procedimientos y pabellones de cirugía menor.

IV. INSPECCIÓN Y ALLANAMIENTO

Es preciso saber que la autoridad sanitaria podrá practicar la inspección y registro de cualquier sitio, edificio, casa, local y lugares de trabajo, sean públicos o privados[86].

V. SUMARIO SANITARIO

Un sumario sanitario es un procedimiento sancionatorio, en virtud del cual la autoridad sanitaria conoce e investiga posibles hechos constitutivos de infracción a la norma.

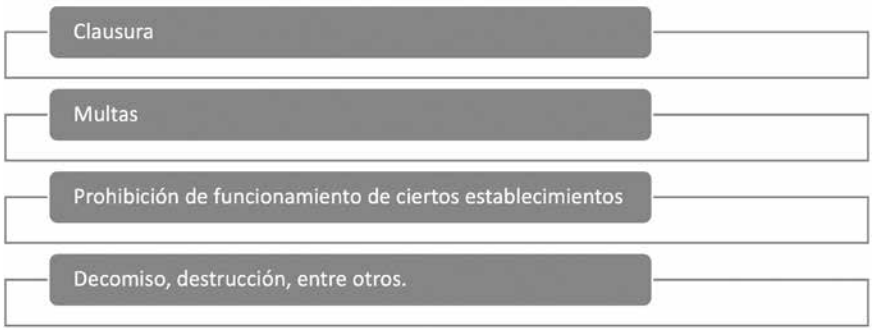
De acuerdo a lo anterior, el sumario puede iniciarse de oficio, es decir, por el hallazgo de los funcionarios que fiscalizan o bien por denuncia de particulares, en ambas situaciones se abrirá un proceso de investigación. Si se establece la infracción, la autoridad sanitaria dictará sentencia sin más trámite, donde podrá indicar entre otras sanciones la clausura.

VI. SANCIONES

Las sanciones se aplican por el incumplimiento de la norma sanitaria y de sus reglamentos, decretos, resoluciones, etc. Ya sea como resultado de un sumario de acuerdo a lo indicado previamente o cuando exista un riesgo inminente para la salud (casos justificados), para lo que bastará el mérito de acta levantada por el funcionario.

86 Artículo 159. Código Sanitario.

Las sanciones que puede imponer la autoridad sanitaria son entre otras las siguientes:



VII. CONCLUSIONES

Del texto desarrollado se extrae la necesidad de dar cumplimiento a la normativa sanitaria y estandarizar la calidad, conforme a la actividad y la forma en que se va a desarrollar la profesión médica.

Es importante tener presente que la finalidad de dicha normativa, extrapola la burocracia de su implementación, siendo su objetivo principal garantizar la seguridad y dignidad del paciente, como asimismo resguardar al prestador (establecimiento de salud y/o consulta médica) de posibles riesgos asociados, entiéndase en estos, eventuales acciones por falta de servicio y/o la responsabilidad médica respectiva.

Como se destaca en la introducción de este capítulo, el cumplimiento de la normativa sanitaria es crucial, influye en factores tales como la protección de la salud, la prevención de enfermedades, ayuda a identificar y controlar los riesgos asociados al desarrollo de la medicina, fomenta la confianza en el profesional y en el centro asistencial que se maneja, repercute de manera positiva en la percepción de los pacientes y en la calidad de la atención que reciben, fortaleciendo la relación médico-paciente y garantizando un enfoque centrado en el bienestar y la seguridad de estos últimos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. Anexo 1, Norma técnica básica de autorización sanitaria para establecimientos de salud de atención cerrada. https://www.ispch.cl/wp-content/uploads/2021/02/Anexo-1-Norma-T%C3%A9cnica-B%C3%A1sica-de-Autorizaci%C3%B3n-Sanitaria-para-Establecimientos-de-Salud-de-Atenci%C3%B3n-Cerrada.pdf
2. Anexo 2, Normas técnicas básicas para la obtención de la autorización sanitaria de las salas de procedimientos y pabellones de cirugía menor.
3. Decreto 161 (1982), Aprueba reglamento de Hospitales y Clínicas Ministerio de Salud. Ministerio de Salud.
4. Decreto 283 (1997), Aprueba reglamento sobre salas de procedimientos y pabellones de cirugía menor. Ministerio de Salud.
5. Decreto 58, Aprueba normas técnicas básicas para la obtención de autorización sanitaria de los establecimientos asistenciales. Ministerio de Salud; Subsecretaría de salud pública.
6. Decreto 725, Código Sanitario.
7. DFL N° 1 (1989) Determina materias que requieren autorización sanitaria expresa. Ministerio de Salud.

Los médicos como funcionarios públicos

Abogado Gabriel Nieto Muñoz[87]
Dr. Juan Pedro Andreu Cuello[88]

PRÓLOGO

Trabajar en la Administración pública, personalmente creo que es un imperativo moral, después de acceder en la mayoría de las veces al estudio de la medicina al lado de la cama del paciente, quien generosamente nos brinda la oportunidad de aprender en base a su situación de salud, lo que ocurre generalmente en un lugar que está bajo la administración del Estado.

Es, entonces, correcto sentirse obligado a retribuir a los beneficiarios de los sistemas de salud del Estado, trabajando en la red asistencial del país, colaborando en la solución de los problemas de salud de nuestra población.

Pero no siempre el escenario es perfecto en relación a derechos laborales, si no estás en conocimiento de todo lo antes descrito, corres el riesgo que por omisión u otro tipo de situación, no se cumpla con tus derechos. Ante lo cual debes

87 Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2013); Graduado en Ciencias Jurídicas y Sociales con mención en Derecho Civil e Historia Contemporánea; Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca (2023); Completó Diplomados en Derecho de Familia y Sociedad (2013), Litigación Administrativa (2016), ambos en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Derecho Laboral Administrativo y Sancionador (2017) en la Universidad de Chile. Se ha desempeñado durante más de una década en la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, ocupando el cargo de Jefe de la Unidad de Defensa Laboral Médica.

88 Médico Especialista en Medicina Interna, Jefe de Servicio de Medicina Hospital Clínico Herminda Martín, Docente Facultad de Medicina Universidad Católica de la Santísima Concepción. Director CONACEM. Secretario Técnico Fondo de Solidaridad Gremial COLMED Chile.

dirigirte a tu jefatura directa y, si no tienes respuesta, consultar con un dirigente del Colegio Médico, Capitular de tu centro de salud y a un abogado de UDELAM.

Claro que observarás situaciones complejas, pero tu trabajo no es una cacería de brujas, tu trabajo es aportar a la salud pública de tu país, resolviéndole el problema a la persona que tienes al frente y que deposita en ti toda su confianza.

Juan Pedro Andreu Cuello.

IDEAS GENERALES

En el presente capítulo abordaremos, resumidamente, los principales aspectos que los profesionales médicos deben tener en consideración cuando optan por ejercer su profesión en el Sistema Público de Salud, regidos por los Estatutos legales que conforman el marco de su especial relación laboral "funcionaria".

Preciso es señalar que en este apartado nos detendremos en la revisión general de los principios y preceptos que resultan ser aplicables a los profesionales que detentan un cargo público, dejando fuera en esta ocasión, a aquellos que, pese a desempeñarse dentro de los órganos de la Administración del Estado, ejercen sus labores a honorarios o en virtud de un contrato de trabajo, o son becarios, objeto de otros apartados de esta obra.

Habiendo hecho tales aproximaciones, creemos menester señalar que las relaciones estatutarias que un particular (médico cirujano) entabla con el Estado (y sus órganos destinados al cumplimiento de la función pública), detentan tales particularidades que es preciso explicar, pero, quisiera recalcar desde ya, en términos simples, que no se trata aquí de un contrato como suele celebrarse con privados, en donde ambas partes pactan las condiciones del mismo, sino que es una relación especial de Derecho Público, cuyas circunstancias se establecen por el legislador y no es dable modificarlas por la mera voluntad de los intervinientes, a menos que la ley lo permita. Es un vínculo estatutario, lo que, a su vez, significa que es un vínculo legal y de derecho público.

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.

El artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 29, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo (desde ahora indistintamente, "Estatuto Administrativo" o "el Estatuto") señala que "*Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo (…)"* Por su parte, el artículo 162 del Estatuto señala: "*Los funcionarios que ejerzan las profesiones y actividades que, conforme al artículo 43 de la Ley 18575, se regirán por estatutos de carácter especial, serán los siguientes: (…) b) Personal afecto a la Ley Nº 15.076 (…)".*

De esa forma, es preciso señalar que los profesionales médicos que se desempeñan en los Servicios de Salud del país (incluye establecimientos de su red), se rigen primeramente por la Ley Nº 15.076, y lo que en ella no se encuentre regulado, por el Estatuto Administrativo; salvo que se trate de profesionales funcionarios que ejerzan 11, 22, 33 o 44 horas semanales, en que primero se rige por la Ley Nº 19.664, en lo no regulado por esta, por la Ley Nº 15.076 y, finalmente, en lo que no establezca la anterior, por el Estatuto Administrativo.

Se debe hacer presente que la mencionada Ley Nº 15.076, se aplicará a los Servicios de Salud (como ya hemos dicho), a los Servicios de la Administración pública, a las empresas fiscales y a las instituciones semifiscales o autónomas. Sin embargo, a las municipalidades solo les serán aplicables las disposiciones sobre remuneraciones y demás beneficios económicos, sobre horario de trabajo e incompatibilidades, a menos que contraten profesionales funcionarios de acuerdo con la legislación laboral común, los que no se regirán por las normas de esta ley, o con sujeción a la Ley Nº 19.378, caso en el cual se regirán por sus disposiciones.

Las relaciones de trabajo entre los profesionales a que se refiere el inciso primero del artículo 1° de la Ley Nº 15.076 y los empleadores del sector privado, se regirán exclusivamente por la legislación laboral común.

Los profesionales funcionarios que presten servicios en las Fuerzas Armadas o en el Cuerpo de Carabineros de Chile, estarán sujetos a las disposiciones legales que rigen a los Institutos Armados o al Cuerpo de Carabineros de Chile, respectivamente. Igualmente, en los Servicios de Impuestos Internos y Aduanas, las remuneraciones de estos profesionales funcionarios se sujetarán a las disposiciones legales que rigen para dichos servicios.

Para las universidades del Estado o reconocidas por este, solo regirán las normas contenidas en el artículo 12° de la Ley N° 15.076 sobre horario de trabajo. Para los efectos de las incompatibilidades horarias, se entenderá que una hora a la semana de docencia o de investigación universitaria, equivale a una hora de trabajo profesional a la semana.

Las universidades del Estado reglamentarán el ingreso, ascensos, calificaciones y demás materias de carácter administrativo que afecten a los profesionales funcionarios de su dependencia. En estas materias las disposiciones contenidas en la Ley N° 15.076 y en la Ley N° 18.834, se aplicarán en forma supletoria. No obstante, los profesionales funcionarios solo podrán ser removidos de sus cargos de acuerdo a los reglamentos de calificaciones o por medida disciplinaria aplicada previo sumario.

Se hace presente que cada una de las situaciones señaladas precedentemente, se desarrollarán en los capítulos siguientes de este libro.

Con estas consideraciones previas, cabe preguntarse ahora ¿qué debe entenderse por funcionario público? La ley no lo define. Pero, como enseña el profesor José Miguel Valdivia, "la noción de funcionario público debe construirse en términos extensivos, comprensivos de los distintos agentes que ocupan cargos públicos en la Administración del Estado, bajo un régimen de derecho público. En cuanto a la noción de cargo público cuenta con definición legal ('aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones [integrantes de la administración], a través de la cual se realiza una función administrativa', EA, art. 3, letra a), la condición de funcionario puede identificarse con cierto grado de certeza. Además, por el contenido mismo de la noción de cargo público, la figura de funcionario público se asocia a una condición formal, que es la adscripción permanente de una persona al aparato administrativo". Agrega el mencionado autor que "la identificación del funcionario es importante por dos series de razones. Por una parte, solo los funcionarios propiamente tales pertenecen a la administración y, en tal calidad, pueden ejercer potestades públicas (idea que se desprende de un principio básico del Estatuto Administrativo: los cargos públicos 'solo podrán corresponder a funciones propias que deban realizar las instituciones' integrantes de la administración, EA, art. 2). Por otra, el régimen estatutario de la función pública solo se aplica a ellos, y no a otros agentes públicos que no tienen la calidad de funcionarios"[89].

89 Valdivia, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Tirant lo Blanch, Santiago de Chile, 2018, pág. 113 y 114.

Se debe tener presente que los funcionarios públicos pueden detentar un cargo de *planta* o a *contrata*.

Los funcionarios de planta "son aquellos considerados dentro de la planta del respetivo servicio público, vale decir, en la dotación *permanente* que determina la ley para cada servicio (y que puede estimarse su dotación normal)"[90]. Al efecto, el artículo 3° del Estatuto Administrativo establece que la planta es "el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución".

Estos empleos son los que han de caracterizarse por ser permanentes. Aquellas personas funcionarias que ocupen un cargo de planta, pueden ejercerlo en distintas calidades según dispone el artículo 4° del Estatuto Administrativo, a saber, titular, suplente o subrogante.

El cargo de planta, *titular*, lo detenta aquella persona que se nombra para ocupar en propiedad un cargo vacante. La forma de acceder es por regla general, a través del nombramiento precedido por un concurso público.

El *Subrogante*, ejerce un reemplazo inmediato con la finalidad de proveer la ausencia definitiva o temporal por 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.

El *Suplente*, es aquel funcionario designado en un cargo que se encuentra vacante y en aquellos casos en que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso no inferior a quince días. El suplente tendrá derecho a percibir la remuneración asignada al cargo que sirva en tal calidad en el caso que este se encontrare vacante; cuando el titular del mismo por cualquier motivo no goce de dicha remuneración, o cuando el titular haga uso de licencia médica. Con todo, en el caso reemplazos de licencias maternales y licencias médicas que excedan de 30 días, la designación podrá efectuarse con la remuneración correspondiente a un grado inferior al del cargo que se suple. En el caso que la suplencia corresponda a un cargo vacante, esta no podrá extenderse a más de seis meses, al término de los cuales deberá necesariamente proveerse con un titular.

Los funcionarios *a contrata*, a contrario sensu, no se encuentran contemplados en la planta de personal. El artículo 10 del Estatuto Administrativo establece "*Los empleos a contrata durarán, como máximo, solo hasta el 31 de diciembre de cada año*

90 Ibídem.

y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos". Añade el inciso segundo de ese precepto que "*El número de funcionarios a contrata no podrá exceder de una cantidad equivalente al veinte por ciento del total de los cargos de la planta de personal de ésta*". Conviene puntualizar, en todo caso, que esa proporcionalidad no se ha de cumplir en nuestros tiempos, dadas las necesidades de los servicios y la insuficiencia de los cargos de planta existentes, en que, en realidad, los cargos de contrata han de tener una dotación mayor que los de planta, y lo mismo ocurre con los honorarios. Esto ha devenido en la precarización del empleo público y el surgimiento de mecanismos que tienden a corregir en cierto modo esa situación, como la jurisprudencia sobre confianza legítima respecto de los funcionarios a contrata, y la declaración de existencia de relación laboral respecto a servidores a honorarios.

Es importante considerar que, en los empleos a contrata, la asignación a un grado será de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y con la capacidad, calificación e idoneidad personal de quien sirva dicho cargo y, en consecuencia, les corresponderá el sueldo y demás remuneraciones de ese grado, excluyendo toda discriminación que pueda alterar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El cargo a contrata corresponde a un cargo público de la Administración del Estado y, como tal, contempla conforme al Estatuto Administrativo derechos y obligaciones funcionarias, prohibiciones e incompatibilidades. Asimismo, el funcionario público se somete a los sistemas de calificación del personal, y está sujeto a la regulación de causales de responsabilidad administrativa y cesación en el cargo.

PRECEPTIVA QUE DEBEN OBSERVAR LOS PROFESIONALES MÉDICOS FUNCIONARIOS

Es elemental que quienes detenten cargos públicos tengan a la vista, especialmente, los siguientes textos normativos:

a) La Constitución Política de la República de Chile;

b) La Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado;

c) 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;

d) Ley Nº 19.664, que establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los Servicios de Salud y modifica la Ley Nº 15.076;

e) Ley Nº 19.378 que establece Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal;

f) Decreto con Fuerza de Ley Nº 29, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo;

g) Ley Nº 18.883, que aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales;

h) El Código del Trabajo;

i) Ley Nº 19.982, Perfecciona El Sistema De Alta Dirección Pública Y Fortalece La Dirección Nacional Del Servicio Civil; y

j) La Resolución Nº 2 de 17 de octubre de 2017, que Aprueba Normas de Aplicación General en Materia de Participación Funcionaria.

Destaquemos solamente lo relevante de cada una de estas preceptivas, teniendo en consideración que se desarrollarán con mayor detalle en otros capítulos de este libro.

En cuanto a la *Constitución Política de la República de Chile*, conviene destacar que esta regula precisamente el principio de legalidad que eminentemente rige en el Derecho Público. Recordemos que los funcionarios han de ejercer potestades públicas, al tener un cargo, pero ese ejercicio debe enmarcarse dentro del mencionado principio.

El *artículo 6°* de la Carta Fundamental, señala "*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.

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

Pues bien, los órganos del Estado son las personas que debidamente investidas e incorporadas a una institución pública, actúan en nombre de aquel, 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[91].

Por su parte, *la Ley Nº 18.575*, aplica como norma general, siendo relevante en ella, la consagración de los siguientes principios:

a) Servicialidad del Estado: la administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

b) Eficiencia y Eficacia: las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública. Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

c) Jerarquía: los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico. Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

---

91 Cea Egaña, José Luis (2002), *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I. Ediciones UC, Santiago de Chile, pág. 298.

d) Probidad Administrativa y Transparencia: los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella. Además, es importante considerar que la función pública se ejercerá propendiendo al respeto del derecho de toda persona, con ocasión del trabajo, a disfrutar de un ambiente libre de violencia, acoso laboral y sexual. Los órganos de la Administración del Estado deberán tomar todas las medidas necesarias para su prevención, investigación y sanción.

e) Preeminencia de los Estatutos Administrativos: el personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones.
   - Ingreso a la Administración
   - Deberes y Derechos Funcionarios
   - Responsabilidad Administrativa
   - Cesación de Funciones

f) Responsabilidad Administrativa: el personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle. En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento. Los detalles de este asunto, se encuentran en el Libro de Derecho Médico I.

g) Capacitación y Perfeccionamiento del personal del Estado: 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.

Por su parte, la *Ley Nº 15.076 Estatuto Para Los Medico-Cirujanos, Farmacéuticos o Químico Farmacéuticos, Bioquímicos y Cirujanos Dentistas, texto refundido, coordinado y sistematizado por el DFL Nº 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:

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

b) Normas especiales sobre remuneraciones;

c) Horario de trabajo e incompatibilidades;

d) Calificaciones de los funcionarios;

e) Feriados, licencias y permisos;

f) Reemplazos, comisiones y traslados;

g) Otorgamiento de Becas;

h) Liberación de guardia nocturna.

Las disposiciones de esta ley deben ser complementadas con su Reglamento contenido en el *Decreto Supremo Nº 110, de 1963, del Ministerio de Salud*.

En cuanto a la liberación de guardia nocturna, debe ser complementada con la Ley Nº 19.230.

Se hace presente que, con la dictación de la Ley Nº 19.664, los cargos diurnos de 11, 22, 33 y 44 horas, tienen regulación especial respecto a la carrera funcionaria, remuneraciones y capacitaciones, por lo que estos quedan exentos en esos aspectos de la aplicación de esta ley.

Por su parte, la *Ley Nº 19.664 Establece Normas Especiales Para Profesionales Funcionarios Que Indica De Los Servicios De Salud Y Modifica La Ley Nº 15.076*, se aplica a los médicos que se desempeñan cargos de 11, 22, 33 y 44 horas en los Servicios de Salud.

Es una ley modificatoria, por cuanto solo rige en los casos especiales que indica. En lo no previsto en ella, sigue vigente la Ley Nº 15.076.

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

a) Etapa de Destinación y Formación;

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.

Respecto a la *Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo*.

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

Por su parte, el *Código del Trabajo* también se ha erigido como una norma general que también puede resolver conflictos jurídicos, cuya solución no se encuentre prevista en los textos legales que hemos mencionado precedentemente, desde que el inciso 3 del artículo 1 del Código del Trabajo señala que los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso que lo precede, esto es, los funcionarios de la Administración del Estado centralizada y descentralizada, se sujetarán a las normas de este Código, a los aspectos o materias no regulados en sus normas estatutarias, siempre que ellas no fueren contrarios a estos últimos.

Lo anterior no deja lugar a dudas en cuanto a que los funcionarios públicos son considerados también trabajadores toda vez que, luego de enunciarse en el inciso segundo, los órganos a los cuales no se les aplicarán las normas del Código del Trabajo, se indica en el inciso tercero. Con todo los " trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código , sin hacer distinción de ninguna especie en cuanto al tipo de entidad a que se refiere el inciso segundo.

La *Ley Nº 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 Nº 19.378.

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

a) La Ley Nº 18.883, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales;

b) La Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En cuanto a la *Ley Nº 19.982, Que Regula Nueva política de Personal a los Funcionarios Públicos que Indica*, conviene señalar que establece un Sistema de Alta Dirección Pública.

Así las cosas, el sistema en comento regula la situación de los funcionarios de la *exclusiva confianza* de la autoridad de una determinada entidad administrativa, que desempeñen cargos de jefaturas en la dirección de órganos o servicios públicos o en unidades organizativas de estos, y cuyas funciones sean predominantemente de ejecución de políticas públicas y de provisión directa de servicios a la comunidad.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo trigésimo sexto de la ley, el Sistema de Alta Dirección Pública se aplicará en servicios públicos regidos por el Título II de la Ley Nº 18.575[92], con excepción de la Presidencia de la República, subsecretarías, Consejo de Defensa del Estado, Agencia Nacional de Inteligencia, Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Corporación de Fomento de la Producción, Superintendencia de Valores y Seguros, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Dirección de Presupuestos, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y las instituciones de educación superior de carácter estatal. Tampoco se aplicará el Sistema de Alta Dirección Pública a los siguientes servicios, con excepción de los cargos que se señalan a continuación: en la Dirección Nacional del Servicio Civil, a los cargos de subdirectores; en la Dirección General de Obras Públicas y en la Dirección de Planeamiento del Ministerio de Obras Públicas, a los cargos del segundo nivel jerárquico; en Gendarmería de Chile, a los subdirectores técnico y de administración y finanzas; y, en el Servicio de Impuestos Internos, al cargo de Director Nacional y a los cargos de Subdirectores de Departamento de Subdirecciones. Estos últimos quedarán afectos al segundo nivel jerárquico.

Por su parte, se hace presente que los cargos cuyo ejercicio se entregue a los altos directivos públicos deberán corresponder a jefes superiores de servicio y al segundo nivel jerárquico.

---

92 Ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Para otorgar a un cargo la calidad de segundo nivel jerárquico de un servicio público, sus titulares deberán pertenecer a la planta de directivos y depender en forma inmediata del jefe superior o corresponder a jefaturas de unidades organizativas que respondan directamente ante dicho jefe superior, cualesquiera sea el grado o nivel en que se encuentren ubicados en la planta de personal. Los subdirectores de servicio y los directores regionales serán siempre cargos del segundo nivel jerárquico.

En lo no previsto en la ley y en cuanto no sea contradictorio con la misma, el Sistema de Alta Dirección Pública se regulará supletoriamente por las normas de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo. En todo caso, no les serán aplicables a los altos directivos públicos las normas contenidas en el Título II, De la Carrera Funcionaria, de dicho cuerpo legal.

Para los efectos de proveer las vacantes de cargos de alta dirección, el Consejo de Alta Dirección Pública, previa aprobación del perfil del cargo y por intermedio de la Dirección Nacional del Servicio Civil, convocará a un proceso de selección público abierto, de amplia difusión, que se comunicará, a lo menos, mediante avisos publicados en medios electrónicos a través de las páginas web institucionales, el sitio web de la referida Dirección u otras que se creen y en el Diario Oficial. En los anuncios se dará información suficiente, entre otros factores, respecto de las funciones del cargo, el perfil profesional, las competencias y aptitudes requeridas para desempeñarlo, el nivel referencial de remuneraciones, el plazo para la postulación y la forma en que deberán acreditarse los requisitos.

La autoridad competente deberá informar a la Dirección Nacional del Servicio Civil los cargos de alta dirección pública que se encuentren vacantes, dentro de los cinco días siguientes a que se produzca la vacancia, o dentro de los cinco días siguientes desde que haya sido adoptada la decisión a que se refiere el inciso tercero del artículo quincuagésimo séptimo. El incumplimiento de esta obligación irrogará la responsabilidad administrativa correspondiente.

Durante los ocho meses anteriores al inicio de un nuevo período presidencial, se requerirá la autorización del Consejo de Alta Dirección Pública para convocar a los procesos de selección de cargos de alta dirección pública. Esta autorización será requerida por el subsecretario del ramo o jefe superior de servicio, según corresponda, y para aprobarse requerirá, al menos, cuatro votos favorables. Tanto el requerimiento como la autorización referidos deberán fundarse exclusivamente en razones de buen servicio, cuyos fundamentos se deberán señalar expresamente.

La Dirección Nacional del Servicio Civil creará y administrará un registro con la información de aquellas personas seleccionadas o que hubieren postulado en procesos de selección de cargos del Sistema de Alta Dirección Pública o que hayan sido provistos mediante dicho Sistema. Quienes integren este registro serán invitados a participar en los concursos siempre que cumplan con el perfil del cargo respectivo, de acuerdo a lo que establezca el reglamento. Lo anterior no conferirá preferencia ni podrá considerarse como mérito en el respectivo proceso de selección.

Finalmente, conviene traer a colación la *Resolución Nº 2 de fecha 17 de octubre de 2017, la cual aprueba normas de aplicación general en materia de participación funcionaria, cumplimiento de estándares en formación y capacitación de funcionarios públicos, rol de jefaturas en dirección de equipos y gestión del desempeño individual y sistema de calificaciones, para todos los servicios públicos, conforme la facultad establecida en el artículo 2° letra q) de la Ley Orgánica de la Dirección Nacional del Servicio Civil, contenida en el artículo vigésimo sexto de la Ley 19.882*.

En relación a este documento, conviene destacar el desarrollo que realiza sobre "participación funcionaria", indicándose al efecto:

1. Los servicios públicos deberán asegurar la participación de los funcionarios y/o sus representantes, en el diagnóstico, planificación y seguimiento de temas relativos a gestión y desarrollo de personas, para lo cual deben definir los criterios, modalidades y mecanismos que utilizarán. También podrán incorporar otras materias, según lo determinen los propios servicios y sus necesidades de desarrollo.

2. Los servicios públicos deberán formalizar los criterios, modalidades y mecanismos definidos en el artículo anterior, en una agenda o plan de trabajo anual o plurianual con los funcionarios y/o representantes de las Asociaciones de Funcionarios, que permita asegurar la participación.

3. Los servicios públicos deberán definir la forma específica cómo se coordinará la relación con los funcionarios y/o con sus representantes, y la manera de asegurar el seguimiento y desarrollo de la agenda o plan de trabajo anual o plurianual definido, así como los compromisos derivados del mismo, considerando siempre lo señalado en el inciso final del artículo 4º de este mismo cuerpo normativo.

4. Cada servicio público será responsable de definir el alcance de la participación funcionaria a implementar, entendiendo que la participación debe considerar a los funcionarios y sus asociaciones, en acciones

conducentes al mejoramiento de la gestión y desempeño tanto institucional como de las personas. El alcance de la participación funcionaria podrá ser de carácter informativo, consultivo y/o propositivo, y los mecanismos de participación que se definan, deberán resguardar la adecuada representación de la Dirección del servicio, de los funcionarios y/o de los representantes de sus respectivas asociaciones de funcionarios. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades y atribuciones de los Jefes de servicios en torno a las responsabilidades que les competen en la toma de decisiones para el cumplimiento de los objetivos institucionales.

5. Los servicios públicos deben asegurar el cumplimiento de todas las normas existentes que reconocen participación de los funcionarios y sus asociaciones de funcionarios, así como también propiciar la participación en otras materias que sean de interés institucional; entre otras, la elaboración y aplicación de códigos de ética sobre conducta funcionaria y/o evaluación del estado de los ambientes laborales y sus planes de intervención.

6. Los servicios públicos deberán realizar acciones de formación y/o capacitación a sus directivos y jefaturas, respecto a las normas relativas a los derechos de las asociaciones de funcionarios y las distintas instancias en las que tienen presencia y/o participación en la gestión institucional, así como en torno a habilidades, destrezas y conocimientos habilitantes que permitan un adecuado desarrollo de la participación funcionaria. Los contenidos referidos a las normas relativas a las asociaciones de funcionarios, también deben ser incorporados en los programas o acciones de inducción para directivos y jefaturas. Cada servicio, en la medida que lo estime, podrá extender las acciones de formación y/o capacitación señaladas anteriormente, al conjunto o parte de los funcionarios del servicio.

7. A objeto de facilitar y potenciar la participación de los representantes de los funcionarios en las diversas instancias de trabajo, y específicamente en materias de gestión y desarrollo de personas, la Dirección Nacional del Servicio Civil dispondrá o coordinará acciones de formación y capacitación que contribuyan a fortalecer los aportes que los funcionarios y funcionarias realizan para el cumplimiento de la función pública.

DERECHOS FUNCIONARIOS

Los funcionarios públicos, en general, tienen los siguientes derechos. Veamos algunos de ellos, los más relevantes:

I. *Estabilidad en el empleo:* señala el artículo 89 del Estatuto Administrativo que todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo.

Sobre el particular, enseña el profesor Pedro Harris Moya que "[l]a estabilidad en el empleo es una garantía individual y general en el derecho administrativo. De manera individual, ella beneficia a un funcionario público, quien podrá desarrollar una carrera funcionaria o en la Administración, basada en su capacidad técnica, más allá de la transitoriedad del jerarca"[93]. Añade el mencionado profesor que "En términos generales la estabilidad supone una opción por un modelo de Administración pública, que se inserta dentro de un esquema general de estabilidad y que proyecta sus consecuencias sobre los diferentes planos de la intervención administrativa, incluida la perspectiva de las relaciones con su personal. De aquí que resulte necesario que el juez, tanto en el derecho chileno como en el derecho comparado, pueda controlar la forma como la Administración concreta esta garantía"[94].

Por su parte, abona a nuestra conceptualización, Roxana Aránguiz Cofré, señala que la estabilidad en el empleo "consiste en que el vínculo jurídico que une a la Administración del Estado con el funcionario público solo puede extinguirse por una causal establecida en la ley"[95].

Así las cosas, el artículo 46 de la Ley N° 18.575, señala también que el personal de la Administración del Estado gozará de estabilidad en el empleo y añade a esta idea que solo podrá cesar en él por renuncia voluntaria debidamente aceptada, por jubilación o por otra causa legal basada en su desempeño deficiente, en el incumplimiento de sus obligaciones, en la pérdida de los requisitos para ejercer la función, en el término del período legal por el cual se es designado o en la supresión del empleo.

---

93 Moya, Pedro Harris. *El control de la estabilidad en la función pública en Chile*. En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2020, no 23.

94 Ibídem.

95 Aránguez Cofré, Roxana, *Cesación de Funciones en la Administración del Estado Chileno y Mecanismos de Impugnación*, en *Estabilidad en el Empleo, Estudios en Homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz,* Sociedad Chilena del Trabajo y Seguridad Social. Ediciones on Demand, Santiago de Chile, 2017, pág. 19.

Además, la ley ha establecido mecanismos que garantizan las garantías de un procedimiento racional y justo para efectos de que el empleo cese por "otra causa legal basada en su desempeño deficiente, en el incumplimiento de sus obligaciones", como lo son los sumarios administrativos o investigaciones sumarias.

Con relación al empleo a contrata, en donde se ha de denotar una mayor inestabilidad, se ha perfeccionado este último defecto, mediante la doctrina administrativa. Si bien, el artículo 10 del Estatuto Administrativo establece que, solo debe notificarse a aquellos que "sí se les prorrogará la contrata", la Contraloría General de la República, aplicando el principio de confianza legítima, ha exigido mediante su jurisprudencia que, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la decisión de no prorrogar la contrata, de ponerle término anticipado, o de mutar sus condiciones, debe encontrarse manifiesta en un acto administrativo debidamente fundado y notificado al afectado. De hecho, es dable destacar que no basta con que se enuncien fundamentos, estos, por supuesto, deben ser reales, suficientes y detallados para que cumpla el estándar exigido por el artículo 11 de la Ley Nº 19.880.

II. *La carrera funcionaria*: es la Constitución la que garantiza la carrera funcionaria en su artículo 38 inciso primero. Esto implica que el personal está sometido a un sistema de carrera que proteja la dignidad de la función pública y que guarde conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado[96].

El Estatuto Administrativo la define en el artículo 3 letra f) como *"un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad"*.

III. *Derecho a hacer uso de feriados*: el feriado legal está definido en el artículo 102 de la Ley Nº 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*".

Por su parte, la Ley Nº 15.076 dispone en su artículo 22 que, el feriado legal a que tienen derecho los profesionales funcionarios que prestan servicios en

96 Cordero Quinzacara, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Libromar SpA, Santiago de Chile, 2023, p. 1.215.

entidades afectas al Decreto Ley Nº 249, de 1973, se regirán 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 de este.

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:

1) 15 días hábiles para los profesionales funcionarios con menos de 15 años de servicio;
2) 20 días hábiles para los profesionales funcionarios con más de 15 años y menos de 20; y
3) 25 días hábiles para los profesionales funcionarios con más de 20 años de servicios.
4) Los profesionales contratados según las Leyes Nº 15.076 y Nº 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 se consideran todos los años trabajados como dependiente, en cualquier calidad jurídica, ya sea en el sector público como en el privado. (Art 103 Ley Nº 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.

El Feriado Especial: los funcionarios contratados por Ley Nº 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 cuatro meses del feriado ordinario.

El Feriado Compensatorio: la Ley Nº 19.264 establece para el personal directivo, profesional, técnico, administrativo y auxiliar de los Servicios de Salud, afectos al Decreto Ley Nº 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, 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 diez 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 este 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 las Leyes Nº18.834 y Nº15.076.

Ahora bien, en el artículo 23 letra d) de la Ley Nº 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 Nº 249, de 1973, se regirán por las disposiciones del artículo 97° y siguientes de la Ley Nº 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 Nº 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.

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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 18.834 y, por ende, no le resulta aplicable el feriado especial contemplado en el artículo 23° de la Ley Nº 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.

Periodo en el que debe hacerse uso del feriado: el artículo 104 de la citada Ley Nº 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.

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 diez días, (el resto a elección del solicitante), pero dicho fraccionamiento deberá ser autorizado por la autoridad correspondiente de acuerdo con las necesidades del Servicio.

Acumulación de feriado: la Ley Nº 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 Nº 18.834).

En relación con la acumulación de feriado, este 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 este haya sido anticipado o postergado por la autoridad (Dictamen Contraloría General de la República Nº 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 Nº 30.269 de 25 de noviembre de 2019, indica que las licencias médicas son de 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 clínicos, 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.

Situación de los becarios: los profesionales funcionarios becarios carecen de la calidad jurídica de funcionarios públicos, conforme a lo previsto en la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 18.834, las contenidas en la Ley Nº 15.076, salvo su artículo 43, y las que expresamente señala ese reglamento.

En este 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 Nº 15.076, pero solo ese derecho, (por lo que se hace necesario recalcar que no pueden hacer uso de días administrativos, ni las otras prerrogativas, incluso carecen del derecho de los permisos especiales que se detallan más adelante).

Interrupción del feriado por licencia médica: respecto del otorgamiento de licencias médicas, resulta útil destacar que Contraloría, en el dictamen Nº 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 Nº 2.803, de 2020, la autoridad puede disponer la suspensión del feriado en casos calificados, considerando que el descanso dispuesto para la recuperación de la salud resulta incompatible con la finalidad del feriado legal.

Caso especial de funcionarios acogidos al beneficio de liberación de guardias nocturnas: el artículo 44 de la Ley Nº 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 Nº 19.230.

Feriado o descanso compensatorio para funcionarios que realizan turnos nocturnos y en domingos y festivos: el artículo 5° de la Ley Nº 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 o 33 horas semanales, que pudieran compatibilizar con las aludidas 28 horas, y que sirvan en el mismo establecimiento hospitalario del respectivo Servicio.

Funcionarios que se desempeñan simultáneamente en cargos 22 horas y 28 horas: en este sentido, lo primero que se debe señalar es que de acuerdo con 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 Nº 62.147, de 1979. Lo que tiene las siguientes consecuencias:

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

2) 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 aquel por el cual no se solicitó el respectivo feriado o permiso.

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 Nº 20.158 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 Nº 18.834, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año. Del mismo modo, y tal como se informó en el dictamen Nº 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".

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.

IV. *Permisos*

Permisos administrativos ordinarios:

Permiso con goce de sueldo:

El artículo 26 de la Ley Nº 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 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.

Permiso sin goce de sueldo:

El artículo 27 de la Ley Nº 15.076 establece los siguientes casos para conceder permisos sin goce de remuneraciones:

1) Por motivos particulares hasta dos meses en cada año calendario, o seis meses cada tres años.
2) Para trasladarse al extranjero por el tiempo que se exprese al otorgar el permiso, el cual no podrá exceder de tres años.
3) 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.

V. *Descanso reparatorio de la Ley Nº 21.409*: se otorga (para aquellos en modalidad presencial o alternando esta con teletrabajo), 14 días de descanso, los que se considerarán como efectivamente trabajados para todos los efectos legales, y serán compatibles con el uso de feriados y permisos, y podrán utilizarse inmediatamente antes o después de estos, y podrá ser ejercido en forma continua o fraccionada a elección del beneficiario.

Para aquellos funcionarios que hayan desempeñado funciones, trabajos o servicios en alguna de las instituciones y en las labores descritas, en modalidad exclusiva de teletrabajo, se les concederá el beneficio de "descanso reparatorio" por siete días hábiles.

Para estos efectos, cada jefe superior de servicio o el secretario regional ministerial de salud, según corresponda, deberá establecer la nómina de beneficiarios, mediante resolución exenta, la que dictará en el plazo de 60 días desde la fecha de publicación de esta ley.

En el caso de quienes ejerzan sus funciones en la Subsecretaría de Redes Asistenciales y la Subsecretaría de Salud Pública, se les concederá dicho descanso a quienes se hayan desempeñado en cargos directivos, de profesional funcionario, profesionales, técnicos, administrativos o auxiliares. En este caso, el beneficio de "descanso reparatorio" será por siete días hábiles. Para estos efectos, cada subsecretario, según corresponda, deberá establecer la nómina de beneficiarios mediante resolución exenta y en el plazo de 60 días hábiles desde la fecha de publicación de la ley, en consideración a las labores que se vieron especialmente recargadas para afrontar la pandemia del COVID-19.

Podrán hacer uso de este beneficio quienes cumplan copulativamente los siguientes requisitos:

a) quienes se encuentren desempeñándose continuamente desde el 30 de septiembre de 2020 al 25 de enero de 2022, en alguno de los siguientes establecimientos públicos de salud:

    1. El personal que se desempeñe en alguno de los establecimientos públicos de salud de la red de los Servicios de Salud señalados en el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud; en la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud y en el Instituto de Salud Pública de Chile.

2. El personal de los establecimientos de salud de carácter experimental creados por los decretos con fuerza de ley Nos 29, 30 y 31, todos del año 2000, del Ministerio de Salud.
3. El personal de hospitales institucionales.
4. El personal del Hospital Clínico de la Universidad de Chile.
5. El personal que se desempeñe en establecimientos municipales de atención primaria de salud y entidades administradoras de salud municipal, regidos por la Ley Nº 19.378, que Establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.
6. El personal de las secretarías regionales ministeriales de salud, siempre que hayan cumplido específicamente funciones, trabajos o servicios de: fiscalización; testeo; aduanas sanitarias; cuadrillas sanitarias; residencias sanitarias; transporte de pacientes y atención presencial de usuarios internos y externos, sea que estas fueran sus funciones habituales o que les hayan sido asignadas para hacer frente a la pandemia del COVID-19.

   Para estos efectos, el secretario regional ministerial de salud respectivo deberá establecer la nómina con el personal antes mencionado, mediante resolución exenta y en el plazo de 60 días hábiles desde la fecha de publicación de la presente ley.
7. El personal de las Direcciones de Servicios de Salud, a quienes con ocasión de la pandemia del COVID-19 se les asignaron funciones en la atención clínica o de pacientes; la atención de usuarios y también de funcionarios; y a equipos de supervisión de redes asistenciales en todos los niveles de atención. Para estos efectos, cada director de un servicio de salud deberá establecer la nómina con el personal antes mencionado, mediante resolución exenta y en el plazo de 60 días hábiles desde la fecha de publicación de la presente ley.

b) deberán contar, además, con una jornada igual o superior a 11 horas semanales,

c) y haber sido nombrados o contratados, según corresponda, conforme a cualquiera de las siguientes leyes: a la Ley Nº 15.076, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2001, del Ministerio de Salud, entendiéndose incorporados, para los efectos de la presente ley, a los profesionales becarios regulados

> en el artículo 43 del mencionado Decreto con Fuerza de Ley; a los estatutos de personal que rijan al personal de los hospitales institucionales de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, y de los dependientes de CAPREDENA, DIPRECA, tales como los Hospitales Navales, el Hospital Clínico de la Fuerza Aérea de Chile o el Hospital de Carabineros; a la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda; a la Ley Nº 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales; a la Ley Nº 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, o a la Ley Nº 19.664, que establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los Servicios de Salud y modifica la Ley Nº 15.076; o a los estatutos de personal que rijan al personal de los hospitales institucionales, ya sea que presten servicios en cargos de planta o a contrata. Asimismo, se incluye el personal contratado a honorarios y a aquellos sometidos al régimen contractual del Código del Trabajo, según corresponda. Se incluirá a quienes prestaron servicios ya sea presencialmente o alternando la modalidad de trabajo presencial con trabajo a distancia o teletrabajo.

El jefe superior del servicio deberá establecer la nómina de aquellos funcionarios que se desempeñaron en modalidad exclusiva de teletrabajo mediante resolució exenta, la que dictará en el plazo de 60 días desde la fecha de publicación de la ley.

La continuidad no se verá afectada por el uso de las licencias y permisos de "Protección a la maternidad, la paternidad y vida familiar", por el uso de la licencia médica preventiva parental, por causa de la enfermedad COVID-19 o el permiso sin goce de sueldo del inciso décimo segundo del artículo 4, contenido en el artículo primero de la Ley Nº 21.247.

¿Cómo se solicita el beneficio?: por el mismo procedimiento que se solicita el uso de feriado legal, indicando el período del uso de este y si lo ejercerá de manera fraccionada o continua. Su superior jerárquico podrá anticipar o postergar el uso del descanso, siempre de manera fundada, cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen. Una vez recibida la solicitud de uso del descanso reparatorio, deberá responder en un plazo no superior a tres días hábiles desde que el descanso le fuera formalmente solicitado. Este beneficio en ningún caso podrá ser denegado discrecionalmente.

¿Qué pasa si me cambio de trabajo?: si deja de prestar sus servicios en la entidad que dio derecho al descanso reparatorio, deberá acreditar los días de descanso que le correspondan en la nueva entidad en que se desempeñe, siempre que esté incluida esta última dentro de los establecimientos contemplados en el artículo 2 de la ley. Para ello, debe solicitar a su anterior superior jerárquico emitir las certificaciones que correspondan.

¿Quiénes se encuentra excluidos del beneficio?

No tendrán derecho al descanso reparatorio:

1) los funcionarios que sean de exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, de aquellos que señala el artículo 7 de Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo;

2) aquellos que hayan sido nombrados por Sistema de Alta Dirección Pública;

3) el personal que preste servicios en calidad jurídica de honorarios con una renta bruta mensualizada igual o mayor al equivalente al grado 2° de la Escala Única de Remuneraciones; y

4) quienes padecieron alguna condición que genere alto riesgo en virtud de la cual dejaron de ejercer sus funciones o labores de manera presencial durante la pandemia, y fueran estas incompatibles con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

VI. *Liberación de guardias nocturnas y en días domingo y festivos:* de acuerdo a lo señalado en el artículo 44 de la Ley Nº 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.

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

VII. *Licencias médicas*: Se entiende por licencia médica el derecho que tiene el funcionario de ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado lapso, con el fin de atender al restablecimiento de su salud, en cumplimiento de una prescripción profesional certificada por un médico cirujano, cirujano

dentista o matrona, según corresponda, autorizada por el competente servicio de salud o Institución de Salud Previsional, en su caso. Durante su vigencia, el funcionario continuará gozando del total de sus remuneraciones.

VIII. *La capacitación y el perfeccionamiento*: el artículo 38 de la Constitución Política de la República prescribe, en lo que interesa, que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración pública, garantizará la carrera funcionaria, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

En armonía con el indicado precepto constitucional, el artículo 20 de la Ley Nº 18.575 impone a la Administración del Estado la obligación de asegurar la capacitación y el perfeccionamiento de su personal, conducentes a obtener la formación y los conocimientos necesarios para el desempeño de la función pública.

IX. *Remuneraciones*: los funcionarios tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establezca la ley, en forma regular y completa.

Las remuneraciones se devengarán desde el día en que el funcionario asuma el cargo y se pagarán por mensualidades iguales y vencidas. Las fechas efectivas de pago podrán ser distintas para cada organismo, cuando así lo disponga el Presidente de la República.

Si el funcionario para asumir sus funciones necesitare trasladarse a un lugar distinto del de su residencia, la remuneración se devengará desde el día en que este emprenda viaje, y si fuere a desempeñar un empleo en el extranjero, desde 15 días antes del viaje.

Las remuneraciones son embargables hasta en un cincuenta por ciento, por resolución judicial ejecutoriada dictada en juicio de alimentos o a requerimiento del Fisco o de la institución a que pertenezca el funcionario, para hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente de los actos realizados por este en contravención a sus obligaciones funcionarias.

Queda prohibido deducir de las remuneraciones del funcionario otras cantidades que las correspondientes al pago de impuestos, cotizaciones de seguridad social y demás establecidas expresamente por las leyes.

Con todo, el jefe superior de la institución, el secretario regional ministerial o el director regional de servicios nacionales desconcentrados, según

corresponda, y a petición escrita del funcionario, podrá autorizar que se deduzcan de la remuneración de este último, sumas o porcentajes determinados, destinados a efectuar pagos de cualquier naturaleza, pero que no podrán exceder en conjunto del 15 por ciento de la remuneración. Si existieren deducciones ordenadas por el sistema de bienestar, el límite indicado se reducirá en el monto que representen aquellas.

Por otro lado, conviene señalar que 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 este punto es necesario precisar que, el plazo de prescripción de estas solicitudes, es de cinco años. La prescripción es una de las formas de extinguir la obligación de restituir, en atención al transcurso del tiempo y cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley. Así, la Contraloría General de la República puede solicitar restituciones de remuneraciones mal pagadas y percibidas por un periodo de hasta cinco años hacia atrás.

La solicitud de restitución se notifica al funcionario a través de una carta dirigida al médico o médica involucrado, firmada generalmente por el encargado de remuneraciones del establecimiento 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 solo 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 justa causa de error, al detectar irregularidades o tener dudas en su remuneración, se recomienda que se asesore legalmente con la Unidad de Defensa Laboral para determinar los pasos a seguir.

Una vez hecha la presentación en el órgano contralor, este 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 tres a seis 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.

Detalles de remuneraciones y asignaciones se verán en los capítulos siguientes.

PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES

De modo general, se debe tener presente que no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado:

1) 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.
2) 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.
3) 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 esta 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.
4) 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.
5) 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 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º 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.

La Ley señala que 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 Nº 18.575, se concilia perfectamente con lo dispuesto en la Ley Nº 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. Nº 29 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 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 12 horas semanales.

Por su parte, el artículo 8° de la Ley Nº 19.863, sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la Administración pública y normas sobre gastos reservados (Diario Oficial de 06.02.03), señala que "independientemente 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 hubiere desempeñado el cargo efectivamente y de acuerdo con las modalidades que determine el jefe de servicio.

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.

OBLIGACIONES FUNCIONARIAS Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La presenta materia se encuentra tratada exhaustivamente en el Capítulo titulado "*De la Responsabilidad Administrativa en General y su relación con el Trabajo Médico*", del Tomo I de este Libro.

DE LA CESACIÓN DE FUNCIONES

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.

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 solo 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 de 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 Nº 3.500, de 1980, hace aplicable la causal de cese de funciones prevista en los artículos 146, letra b) y 149 de la Ley Nº 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;

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, este debe retirarse de la Administración dentro del plazo de seis 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 seis meses en los últimos dos 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 dos 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 seis 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.

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 solo 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;
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 seis. 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

Llegada 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.

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.

G. PETICIÓN DE RENUNCIA EN CARGOS DE EXCLUSIVA CONFIANZA.

En los casos de cargos de exclusiva confianza, 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.

Si la renuncia no se presenta dentro de las 48 horas de requerida, se declarará vacante el cargo.

SITUACIÓN EN OTRAS NORMATIVAS APLICABLES A LOS MÉDICOS DE APS MUNICIPAL

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, y

i) disminución o modificación de la dotación, según lo dispuesto en el artículo 11 de esta ley.

Pero después de todo esto, porque trabajar en la Administración pública personalmente creo que es un imperativo moral, después de acceder en la mayoría de las veces al estudio de la medicina al lado de la cama del paciente, quien generosamente nos brinda la oportunidad de aprender en base a su situación de salud, y si esto ocurre generalmente en un lugar que está bajo la Administración del Estado; es entonces correcto sentirse obligado a retribuir a los beneficiarios de los sistemas de salud del estado, trabajando en la red asistencial del país colaborando en la solución de los problemas de salud de nuestra población.

Pero no siempre el escenario es perfecto en relación a derechos laborales, si no estás en conocimiento de todo lo antes descrito, corres el riesgo que, por omision u otro tipo de situación, no se cumpla con tus derechos. Ante lo cual debes

dirigirte a tu jefatura directa, y si no tienes respuesta, consultar con un dirigente del Colmed, Capitular de tu centro de salud y a un abogado de UDELAM.

Claro que observarás situaciones complejas, pero tu trabajo no es una cacería de brujas, tu trabajo es aportar a la salud pública de tu país, resolviéndole el problema a la persona que tienes al frente y que deposita en ti toda su confianza.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARÁNGUEZ COFRÉ, Roxana (2017). *Cesación de Funciones en la Administración del Estado Chileno y Mecanismos de Impugnación*, en *Estabilidad en el Empleo, Estudios en Homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz,* Sociedad Chilena del Trabajo y Seguridad Social, Santiago de Chile, Ediciones on Demand.

CEA EGAÑA, José Luis (2002). *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, Santiago de Chile, Ediciones UC.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023). *Curso de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Libromar SpA.

MOYA, Pedro Harris. El control de la estabilidad en la función pública en Chile. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2020, nº 23.

VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Tirant lo Blanch.

Legislación Nacional referenciada

Constitución Política de la República de Chile.

Ley Nº 18.883, aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, publicada 29 de diciembre de 1989.

Decreto Supremo Nº 507, que Aprueba el Reglamento de Becarios de la Ley Nº 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud. Publicado en el Diario Oficial 13 de marzo de 1991.

Ley Nº 19.230, Dicta normas relativas a Profesionales Funcionarios que indica regidos por la Ley Nº 15.076, publicada 16 de julio de 1993.

Ley Nº 19.264 que establece Beneficios a Funcionarios de Servicios de Salud que indica, publicada 5 de noviembre de 1993.

Ley Nº 19.378, Establece Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal. Publicado en el Diario Oficial 13 de abril de 1995.

Ley Nº 19.664, que establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los Servicios de Salud y modifica la Ley Nº 15.076. Publicada en el Diario Oficial 11 de febrero de 2000.

Decreto Supremo Nº 91, que Aprueba el Reglamento sobre Acceso y Condiciones de permanencia en Programas de Especialización a que se refiere la Ley Nº 19.664. Publicado en el Diario Oficial 11 de julio de 2001.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicado 17 de noviembre de 2001.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley Nº 15.076. Publicado en el Diario Oficial 20 de noviembre de 2001.

Ley Nº 18.889, Regula Nueva Política De Personal A Los Funcionarios Públicos Que Indica. Publicada en el Diario Oficial el 23 de junio de 2003.

Ley Nº 19.980, que modifica la Ley Nº 19.123, Ley de Reparación, ampliando o estableciendo beneficios en favor de las personas que indica. Publicada en el Diario Oficial el 9 de noviembre de 2004.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 29, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Publicado en el Diario Oficial 16 de marzo de 2005.

Ley Nº 15.076

Abogada Rocío Alcayaga Mondaca[97]
Abogado Gabriel Nieto Muñoz[98]
Dr. Mauricio Osorio Ulloa[99]

INTRODUCCIÓN

Tal como se ha venido señalando, al hablar de las relaciones jurídicas que pueden existir en el desempeño profesional de los médicos/as, una de las opciones de desempeño es en el sector público, todos ellos tienen la calidad de funcionarios públicos y prestan servicios bajo las mismas normas de carácter general aplicables a quienes laboran en este sector[100].

---

97 Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Candidata a Magíster en Derecho, Universidad Católica del Norte. Profesora Facultades de Derecho y Medicina de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo.

98 Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2013). Graduado en Ciencias Jurídicas y Sociales con mención en Derecho Civil e Historia Contemporánea; Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca (2023). Completó Diplomados en Derecho de Familia y Sociedad (2013), Litigación Administrativa (2016), ambos en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Derecho Laboral Administrativo y Sancionador (2017) en la Universidad de Chile. Se ha desempeñado durante más de una década en la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, ocupando el cargo de Jefe de la Unidad de Defensa Laboral Médica.

99 Médico (U. de la Frontera) especialista en Cirugía Pediátrica (U. de Chile) y Salud Pública (CONACEM), Magíster en Epidemiología Clínica (U. de la Frontera) y Fellow del American College of Surgeons. Ex alto directivo del sistema nacional de servicios de salud. Profesor Titular y ex Director de la Escuela de Medicina de la Universidad de Santiago. Secretario Nacional del Colegio medico de Chile y Tesorero del Directorio de Falmed.

100 A saber: Ley Nº 18.8575, de Bases Generales de la Administración del Estado; Ley Nº 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Órganos de la Administración del Estado.

En este caso, las posibilidades de desempeño también son diversas, y dependiendo del organismo, serán las normas que se apliquen a su desempeño, sin embargo, en todas encontramos como denominador común la sujeción a normas de derecho público que se caracterizan, entre otros aspectos, por no permitir la alteración de sus reglas por voluntad de quienes contratan.

Merece ser mencionada la situación de aquellos médicos cirujanos que, desempeñando labores en organismos públicos de salud, lo hacen como prestadores de servicios a honorarios. Ellos no tienen un vínculo estatutario ni laboral con el Estado.

Debemos recordar entonces que, tratándose de quienes prestan servicios para los organismos públicos, el conocimiento de la normativa aplicable a su trabajo resulta de suma importancia, dado que, en primer lugar, al encontrarse inmersos en estatutos de derecho público, no existe posibilidad de negociar las condiciones concretas de la prestación de servicios –lo que existe es un nombramiento de parte de la autoridad y no un contrato que suscriben las partes– y, en segundo lugar, porque el desconocimiento de una norma no puede ser utilizado en caso alguno como eximente de su cumplimiento[101].

Ahora bien, entre las múltiples posibilidades de desempeño dentro del sector público, nos encontramos con los médicos y médicas que se desempeñan como funcionarios de los Servicios de Salud. Ellos cuentan con reglas especialísimas que, como hemos venido señalando, es importante conocer.

Uno de estos estatutos es la Ley Nº 15.076, que establece un sistema especial para los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas que se desempeñan en determinados servicios públicos, que la ley señala. De ellos nos ocuparemos en lo sucesivo.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY Nº 15.076

La Ley Nº 15.076 fija el texto refundido del estatuto para los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, estableciendo un sistema especial para estos profesionales que se desempeñan en los servicios públicos que la ley señala, estableciendo las reglas bajo las cuales se regirá la relación entre estos y el Estado. La ley indica que a dichos

101 Artículo 8° Código civil "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia".

profesionales se les denomina "profesionales funcionarios", y regula respecto de ellos, entre otras materias, las siguientes:

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.

Las disposiciones de esta ley deben ser complementadas con su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo Nº 110, de 1963, del Ministerio de Salud, y respecto al beneficio de liberación de guardia nocturna, con la Ley Nº 19.230.

La ley que nos ocupa es de suma relevancia dado el universo de médicos cirujanos a quienes resulta aplicable, dado que también rige supletoriamente a aquellos que prestan servicios en la atención primaria de salud municipal. Aquellos se rigen por el estatuto contenido en la Ley Nº 19.378 y por la Ley Nº 15.076 en aquellas materias que no fueron reguladas por esa ley, siempre y cuando la regulación dispuesta en esta última no sea contraria a las disposiciones de la Ley Nº 19.378. Es decir, respecto de ellos se aplica la Ley Nº 15.076 en materia de remuneraciones, beneficios económicos, jornada de trabajo, horario de trabajo, permiso y feriados, incompatibilidades y concursos.

También en relación con el ámbito de aplicación de la Ley Nº 15.076 debemos tener en cuenta que al dictarse la Ley Nº 19.664[102] se sustrajeron de su ámbito de aplicación ciertos aspectos de los cargos diurnos, de 11, 22, 33 y 44 horas, quedando reguladas la carrera funcionaria, las remuneraciones y capacitaciones, en este nuevo cuerpo legal, por tanto, respecto de dichos profesionales funcionarios la Ley Nº 15.076, rige solo de forma supletoria[103].

---

102 De la Ley Nº 19.664 nos ocuparemos especialmente en otro apartado.

103 Al respecto, la Ley Nº 19.664, en su artículo 1° inciso 2° establece: "En lo no previsto en este Título y en los casos distintos de los señalados en el inciso anterior, continuará rigiendo la Ley Nº 15.076".

Así, como podemos ver, existen una serie de excepciones que van creando múltiples situaciones de aplicación de la ley que nos ocupa, por lo que podemos, a grandes rasgos, distinguir:

a) Médicos cirujanos regidos por la Ley Nº 15.076, y supletoriamente normas propias de sus servicios, instituciones o Estatuto Administrativo.

Se trata de aquellos médicos y médicas 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, a quienes se les aplica supletoriamente el Estatuto Administrativo general, contenido en la Ley Nº 18.884.

b) Médicos cirujanos que se rigen por sus propias leyes especiales, y supletoriamente por la Ley Nº 15.076.

Nos referimos a aquellos casos en que, en todo lo no regulado por el estatuto especial que los rija, se aplicará otra, en este caso, la Ley Nº 15.076, siendo esta última quien complete todos los aspectos en que falta regulación. Encontramos en este caso a los médicos cirujanos funcionarios de la atención primaria de salud municipal, como se indicó más arriba.

c) Médicos cirujanos que se rigen por sus propias leyes especiales, y solo en aspectos determinados se les aplica la Ley Nº 15.076.

Existen situaciones en que los médicos cirujanos se rigen por determinados estatutos especiales, pero un determinado aspecto de su vida funcionaria se rige por lo señalado en la Ley Nº 15.076. No se trata de una aplicación supletoria, dado que, en estos casos, se indica expresamente qué aspecto o aspectos en específico se regirán por la norma que nos ocupa.

Encontramos en este caso, por ejemplo, a quienes trabajen en universidades del Estado o reconocidas por el Estado, en cuyo caso se aplica su estatuto especial, y de la Ley Nº 15.076 solo se les aplica el artículo 12, al igual en caso de los 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 esta ley. Otra situación que destaca en esta situación es la de los médicos o médicas que cursan un programa de especialidad en calidad de becarios, quienes no son profesionales funcionarios, dado que la beca

no constituye cargo o empleo, y respecto de ellos resulta aplicable solamente el artículo 43 de la Ley Nº 15.076.

Otras normas para tener en cuenta, y que extienden el ámbito de aplicación de la Ley Nº 15.076:

- Ley Nº 19.467, concede beneficios que indica a profesionales funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Carabineros de Chile afectos a la Ley Nº 15.076.
- Ley Nº 19.432, concede beneficios que indica a profesionales funcionarios y beneficiarios de becas de perfeccionamiento que señala, regidos por la Ley Nº 15.076.
- Ley Nº 19.230, dicta normas relativas a profesionales funcionarios que indica regidos por la Ley Nº 15.076.

2. ASPECTOS ESPECÍFICOS REGULADOS POR LA LEY Nº 15.076 Y APLICABLES A LOS PROFESIONALES FUNCIONARIOS

Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, referente al universo de aplicación, de la ley que nos ocupa, revisaremos algunos aspectos que se encuentran normados en esta, realizando los alcances de su aplicación, según corresponda. A su vez, aspectos que por su extensión y alcance requieren de especial atención, serán tratados en capítulos especiales.

A continuación, nos ocuparemos, de:

i. el ingreso de los profesionales funcionarios a la planta del servicio público como titulares;

ii. horario de trabajo e incompatibilidades;

iii. normas especiales sobre remuneraciones;

iv. calificaciones de los funcionarios;

v. liberación de guardia nocturna.

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

Al referirnos al ingreso de los profesionales funcionarios, es menester destacar la calidad en que nos situamos, que se refiere expresamente al ingreso como titulares y a un cargo correspondiente a la planta del Servicio.

En dicho sentido, debemos inmediatamente excluir a los ingresos que se hagan para servir un cargo en calidad de suplente o subrogante, y aquellos casos en que el empleo se sirva bajo la modalidad de contrata.

Recordemos además lo señalado a propósito de la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.664, que sustrae determinados aspectos de la aplicación de esta ley, entre los cuales se encuentra la carrera funcionaria para los cargos de 11, 22, 33 y 44 horas, por lo que, al hablar del ingreso a la planta como titular, debemos entender que la referencia es al ingreso a cargos de 28 horas semanales.

La ley señala que el ingreso de un profesional funcionario como titular a la planta del Servicio deberá hacerse previo concurso[104], el cual puede ser abierto, permitiendo la concurrencia de todo concursante o interno, en cuyo caso la convocatoria debe señalar expresamente que se limita a los funcionarios del Servicio de que se trate.

Existe una regla especial cuando se trate de proveer vacantes que no impliquen jefaturas, y en el establecimiento existan profesionales funcionarios de la misma especialidad, que sean titulares en un cargo y no gocen de jornada completa, en cuyo caso la ley obliga a que se realice en primer lugar un concurso interno, limitando el llamado a dichos profesionales.

Ahora bien, si existiendo una vacante, el llamado a concurso para proveerla fuere declarado desierto por falta de oponentes, el servicio público podrá designar en propiedad, sin más trámite, a cualquier interesado que cumpla con los requisitos para servir el cargo, siempre que se comprometa a servirlo efectivamente por un mínimo de dos años.

ii. Horario de trabajo e incompatibilidades

1º. Horario de trabajo

La Ley Nº 15.076, en su título III "Horario de trabajo e incompatibilidades", contiene parte de la regulación de la jornada de trabajo de los profesionales funcionarios. Así, su artículo 12 señala las posibles jornadas que pueden ser contratadas y la forma en que se distribuyen semanalmente, indicando:

104 Se exceptúan los cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad autorizada para hacer el nombramiento (art. 3° Ley Nº 15.076).

"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, cuatro horas, en día sábado.

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

Ahora bien, la promulgación de la Ley N° 19.664 vino a modificar tácitamente ciertas regulaciones de la Ley N° 15.076, y a su vez a complementarla, por lo que, en materia de jornada de trabajo, es necesario revisarlas conjuntamente.

La Ley N° 19.664 reguló la jornada laboral aplicable a profesionales funcionarios que se desempeñen en cargos con jornadas diurnas de 11, 22, 33 y 44 horas semanales que estaban regidos por la Ley N° 15.076, y que se desempeñen en establecimientos de los servicios de salud, incluidos los cargos de la planta de directivos con jornadas previstas en la Ley N° 15.076, y en lo no regulado por la Ley N° 19.664, se mantienen vigentes las disposiciones de la Ley N° 15.076.

En la misma línea, cabe señalar que se mantienen vigentes las regulaciones de la Ley N° 15.076 respecto de los 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 N° 15.076 ni la Ley N° 19.664 contemplan una definición de jornada de trabajo, por lo que, a efectos de definir qué entendemos por tal, nos remitiremos a la definición que da el Código del Trabajo, quien la define como "el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato"[105], concepto que podemos aplicar a los profesionales funcionarios con las correspondientes adecuaciones, la principal, el que no debemos pasar por alto que en caso de estos, el vínculo con su empleador –el Estado– no es contractual, sino de carácter estatutario.

Ahora bien, pese a no existir una regulación unificada en materia de jornada laboral para los profesionales funcionarios, de las normas aplicables podemos desprender ciertos aspectos básicos:

105 Código del Trabajo, artículo 21.

- la jornada completa de trabajo que un profesional funcionario puede contratar será de 44 horas semanales, la que se cumplirá con ocho horas diarias, de lunes a viernes, cuatro horas en día sábado;
- las jornadas de 33, 22 y 11 horas semanales que se contraten, se cumplirán en seis, cuatro y dos horas diarias de lunes a viernes y tres, dos y una en el día sábado, respectivamente;
- 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;
- si la jornada de trabajo es igual o inferior a cuatro horas diarias, los profesionales funcionarios deberán cumplir su jornada en forma continuada;
- si la jornada de trabajo es superior a cuatro horas diarias deberán cumplirla fraccionada en dos periodos.

En cuanto a los tipos de jornada de trabajo, conforme a las regulaciones de las leyes Nº 15.076 y Nº 19.664, podemos señalar que existen al menos tres jornadas de trabajo: la jornada ordinaria de trabajo, la jornada extraordinaria de trabajo y las jornadas especiales, como se verá a continuación.

- **La jornada ordinaria de trabajo** es aquella dispuesta en artículo 12 de la Ley Nº 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.
- **La jornada extraordinaria de trabajo**, por su parte, es aquella que se realiza 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. Son las denominadas "horas extraordinarias" o bien, "horas extras".

  Con relación a esta última, es decir, la jornada extraordinaria de trabajo, al ser toda jornada de trabajo ejecutada a continuación de la jornada habitual, podemos establecer una clasificación en dos tipos:

  - 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 Nº 19.664).
  - 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.

– **La jornada de los médicos que ejercen turnos de urgencia (jornada de 28 horas semanales):** es aquella 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, regulada en la Ley Nº 15.076. En el caso de estos profesionales funcionarios, la distribución de la jornada de trabajo será fijada por el director del establecimiento, de acuerdo con los preceptos reglamentarios en vigencia y no están fijados a las normas de fraccionamiento y distribución que se establecen para el cumplimiento de las demás jornadas de trabajo.

Mención especial merece lo preceptuado respecto a las suplencias y reemplazos en Asistencias Públicas, Servicios de Urgencias y Maternidades, por lapsos no superiores a cuatro meses en cada año calendario, en cuyo caso los profesionales funcionarios podrán excederse hasta cuatro horas diarias de la jornada máxima establecida en la Ley Nº 15.076. En el mismo sentido de proporcionar la atención debida a la población, 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.

Otro aspecto que destacar con relación a la regulación que esta ley establece para la jornada de trabajo, se refiere a la posibilidad de contratación de los médicos becarios para efectuar suplencias en Asistencias Públicas, Servicios de Urgencias y Maternidades[106], cuando las necesidades de los servicios lo requieran, en cuyo caso los directores de los Servicios de Salud podrán autorizarla.

2º. Incompatibilidades del profesional funcionario

Las incompatibilidades legales son las prohibiciones que tienen determinadas personas para ocupar ciertos cargos públicos debido a la calidad, cargo o posición que ostentan.

Los artículos 13 al 17 de la Ley Nº 15.076 regulan las incompatibilidades de los profesionales funcionarios, sujetos a dicha normativa. En la medida que un

106 En este punto la misma norma indica que aquella facultad es sin perjuicio de sus obligaciones como becarios, las que debemos, por tanto, entender que se mantienen plenamente mientras dure la suplencia.

médico está sujeto a las incompatibilidades de la Ley Nº 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 Nº 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y párrafo sexto de la Ley Nº 18.834 Estatuto Administrativo.

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

Así, en lo que nos compete, el artículo 13 de la Ley Nº 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 de que el cumplimiento de la jornada contratada se mantiene inalterable.

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, lo que debe necesariamente realizar 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 solo ministerio de la ley, a menos que el profesional rechace por escrito el nuevo cargo[107].

Así las cosas, en la práctica, los cargos diurnos de 11, 22, 33 son compatibles y, por tanto, pueden ejercerse junto a otros cargos, de la siguiente manera: 11-11/ 11-22/11-33/11-11-11-11/ 22-22/22-28.

Cabe agregar que el artículo 14 de la Ley Nº 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 este 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

107 Por ejemplo, si un funcionario tiene un cargo de 33 horas y luego asume uno de 44 horas, por el solo ministerio de la ley, pierde su cargo de 33 horas.

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.

Finalmente, respecto a las jornadas y compatibilidades, debemos tener presente la existencia de una regla especial de cómputo de las horas trabajadas para 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, para los cuales la Ley Nº 15.076 establece que se considerarán para su pago y previsión como 28 horas semanales, pero solo 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 de la población.

iii. Normas especiales sobre remuneraciones

Conforme a lo dispuesto en el Estatuto Administrativo, norma que se aplica supletoriamente a los profesionales funcionarios regidos por la ley que estamos analizando dice que: "Todo cargo público necesariamente deberá tener asignado un grado de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y, en consecuencia, le corresponderá el sueldo de ese grado y las demás remuneraciones a que tenga derecho el funcionario"[108].

De este modo, como primer aspecto debemos tener presente que el sueldo que corresponda al profesional funcionario será el que se encuentre asignado a ese grado. Otro aspecto es que además del sueldo, existen otras asignaciones

108 Art. 8° Ley Nº 18.834

–a las que la ley hace referencia con las demás remuneraciones"– que podrían corresponder a un profesional funcionario.

A modo de recordatorio, con la entrada en vigor de la Ley Nº 19.664, 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 contenidos en dicha ley, quedando excluidos de las normas de la Ley Nº 15.076, que es a la que nos referimos.

Luego de esas prevenciones, en este punto, enunciaremos brevemente las distintas asignaciones que le puede corresponder percibir a los profesionales funcionarios afectos a la Ley Nº 15.076. Dichas asignaciones pueden estar consagradas en la misma ley, en su Reglamento, contenido en Decreto Supremo Nº 110, de 1963, del Ministerio de Salud, o en disposiciones especiales, como se verá.

1. Sueldo base

De lo señalado en la ley al referirse al sueldo base, desprendemos que este es la retribución pecuniaria asignada a un empleo público de acuerdo con las horas contratadas mensualmente[109].

2. Asignación de antigüedad

Se trata de una asignación a la que tienen derecho los profesionales funcionarios consistente en un aumento del sueldo base por cada tres años servidos –hasta completar 39 años de antigüedad– como profesional funcionario en los servicios públicos, en las universidades estatales y particulares reconocidas por el Estado, en las Fuerzas Armadas o en Carabineros de Chile.

Para efectos de computar los trienios, se contabiliza el tiempo servido en las entidades señaladas, independiente del carácter en que se hayan prestado, sirviendo para estos efectos incluso el tiempo servido *ad honorem* y el tiempo de labores desempeñadas para empleadores particulares que cumplen funciones delegadas de un servicio público y que desempeñen funciones propias de profesional funcionario.

En virtud de esta asignación, el aumento del sueldo base, por cada tres años de antigüedad, se realiza en los porcentajes y orden que a continuación se indican:

109 Art. 7 Ley Nº 15.076 – Art. 20 D.S, Nº 110, de 1963.

- cuarenta por ciento de aumento por el primer trienio;
- veinte por ciento, por el segundo;
- veinte por ciento, por el tercero;
- quince por ciento, por cada uno de los trienios comprendidos entre el cuarto y el séptimo;
- diez por ciento, por el octavo;
- cinco por ciento, por el noveno, y este mismo porcentaje de cinco por ciento por cada uno de los siguientes, hasta completar 39 años de antigüedad.

3. Asignación de estímulo

Asignación de estímulo para profesionales funcionarios que tengan designación en cargos 28 horas, en servicios de urgencia, maternidades y Unidades de Cuidados Intensivos (85% del valor de horas contratadas) (Art. 27, letra h) D.S, Nº 110, de 1963).

4. Asignación artículo 1° Ley Nº 19.112

Art. 1°, letra a): 32% sueldo base.

Art. 1°, letra b): 20% de la suma del sueldo base y los siguientes valores: trienios, asignaciones de responsabilidad y estímulo del artículo 9° de esta ley, asignación de estímulo funcionario para horarios inferiores a 44 horas semanales; incremento del artículo 2° del Decreto Ley Nº 3.501, de 1980; asignación especial del artículo 8° ter; asignación especial de estímulo del artículo 8° bis; bonificaciones de los artículos 3° de la Ley Nº 18.566 y 10° y 11° de la Ley Nº 18.675; asignación única del artículo 4° de la Ley Nº 18.717 y el monto resultante de la aplicación de la letra a) precedente.

5. Asignación incremento profesional

Es una bonificación establecida para evitar la disminución de los estipendios de los trabajadores, con ocasión del aumento de las cotizaciones efectuadas por el art. 1° del DL 3501/1980, que las hizo de cargo exclusivo de ellos (Artículo 2° DL 3.501, de 1980).

6. Otras asignaciones que pueden corresponder a los profesionales funcionarios regidos por la Ley Nº 15.076

- Asignación estímulo art.65 Ley Nº 18.482. Normas complementaria de administración financiera y de incidencia presupuestaria.

- Asignación Art. 3 de la Ley Nº 18.566.
- Asignación Art. 10 de la Ley Nº 18.675.
- Asignación Art. 10 de la Ley Nº 20.261: Guardia Nocturna.
- Asignación de estímulo por competencias profesionales (Art. 10 Ley Nº 20.707).
- Asignación de estímulo por especialidades en falencia (art. 27, letra c) ds 110.
- Asignación jefatura de turno (art. 27, letra m DS 110).
- Asignación de urgencia (art. 2 Ley Nº 19.230).
- Asignación por cumplimiento anual de metas de producción y calidad (Artículo 11 y 12 de la Ley Nº 20.707).
- Asignación de zona (Letra b) del art. 5° y art. 7°, del D.L. Nº 249, de 1973, Art. 26 del D.L. Nº 450, de 1974, LEY Nº 19.354).

iv. Calificaciones de los funcionarios

Las calificaciones corresponden a una de las materias en que la Ley Nº 15.076 se aplica supletoriamente a los funcionarios regidos por la Ley Nº 19.664.

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"[110].

En este punto se aplican, además de las normas que hemos citado reiteradamente, la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que indica que la **calificación** se considerará para el ascenso, la eliminación del servicio y los estímulos al funcionario, en la forma que establezca la ley, y la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo, viene a precisar que el sistema de **calificación** tendrá por **objeto** evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de

110 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 26.002, de 2006.

su cargo, y servirá de base para la promoción, los estímulos y la eliminación del servicio[111].

A fin de tener a la vista la relevancia de las calificaciones para los profesionales funcionarios, destacaremos que este acto puede servir de base para:

a. la capacitación;

b. la promoción;

c. los estímulos;

d. la eliminación del servicio.

Un aspecto a tener en cuenta es que la calificación es de carácter anual, de lo cual se derivan diversas consecuencias:

– Se exceptuarán de la calificación los profesionales ingresados dentro de los últimos tres meses del período calificatorio.

– Se exceptúan también los profesionales funcionarios que tengan menos de seis meses de trabajo efectivo en el año[112].

– Los procesos calificatorios de periodos diversos son independientes entre sí.

Respecto a este último punto se ha pronunciado la Contraloría General de la República, indicando en su jurisprudencia 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"[113].

– Listas de calificación

La Ley Nº 15.076 establece que la calificación deberá hacerse en base a cuatro listas, lo que se reitera en igual tenor en la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto

111 Ley Nº 18.834, artículo 32.

112 En este caso el trabajador conservará la calificación obtenida el año anterior.

113 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 25.237, de 2005.

Administrativo, el que señala: "Todos los funcionarios, incluido el personal a contrata, deben ser calificados anualmente, en alguna de las siguientes listas..."[114].

1. Lista Nº 1, de Distinción.
2. Lista Nº 2, Buena.
3. Lista Nº 3, Condicional.
4. Lista Nº 4, de Eliminación.

– **Reglamentos de calificaciones**

La Ley Médica señala que la calificación anual de los profesionales funcionarios se realizará con arreglo a las disposiciones especiales que contenga el reglamento, que en lo que respecta a estos se contiene en el Decreto Nº 110, de 1963, del Ministerio de Salud Pública, reglamento para la aplicación de la Ley Nº 15.076, que en su título V, "De las Calificaciones "contiene las normas que regirán esta materia. En lo no regulado por este Decreto, se aplica, supletoriamente, el "Reglamento General de Calificaciones del personal afecto al Estatuto Administrativo", el cual se encuentra contenido en el Decreto Supremo Nº 1.825, de 1998, del Ministerio del Interior.

– **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 Nº 15.076, tampoco es sometido a calificación. Lo mismo ha de predicarse respecto de los servidores a honorarios y sujetos a las reglas del Código del Trabajo (salvo pacto en contrario).

114 Ley Nº 15.076, articulo 18 y Ley Nº 18.864, artículo 33 inciso 1°.

– Etapas del procedimiento de calificación

Un aspecto que suele generar confusiones es el proceso de calificación con relación a la calificación misma, siendo este último el acto en el que se plasma la evaluación final, el que ha sido precedido de diversas etapas.

El proceso administrativo de calificación o evaluación funcionaria, contempla, en rigor, tres etapas, a las que eventualmente se agregaría una cuarta, a saber:

1) La precalificación.

2) La calificación.

3) La apelación.

4) La reclamación ante la Contraloría General de la República.

A cada una de estas etapas haremos referencia a continuación.

1° 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 solo tienen el carácter de recomendaciones o pautas generales para la valoración que posteriormente realiza la Junta Calificadora, no siendo vinculantes para esta.

La precalificación, al ser una antesala de la 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.

El encargado de la precalificación es, por tanto, aquel funcionario de quien depende en forma inmediata la persona a calificar. Para realizar su función, deberá considerar instrumentos auxiliares, tales como, certificados, registros, anotaciones en la hoja de vida[115], definida como el documento en donde se anotarán todas las actuaciones del funcionario que impliquen una conducta o desempeño destacado o reprochable, debiendo considerarse las anotaciones

115 La hoja de vida es 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, dado el carácter anual de estas al que ya hemos hecho referencia.

En la hoja de vida encontramos las notas de mérito y demérito que se han aplicado al profesional funcionario.

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

El precalificador debe fundamentar sus precalificaciones. Así, las notas uno, dos o siete solo se podrán aplicar cuando estén respaldadas con anotaciones registradas en el informe de calificación del funcionario, durante el período calificatorio.

En el caso que el funcionario haya tenido dos jefes directos durante el período a evaluar, la precalificación 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

2° Calificación propiamente tal

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 –hoy artículo 34– del Estatuto Administrativo General.

Esta calificación, al igual que la precalificación, se hará en base a factores, 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.

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.

Posteriormente, cuando se tiene el puntaje final, se debe determinar la inclusión del funcionario en las listas de desempeño, de acuerdo al resultado de la suma de los puntajes asignados a los factores, lo que construirá finalmente la calificación:

- de 105 a 89 puntos, con ninguna nota inferior a 4: Lista Nº 1, de Mérito;
- de 88 a 60 puntos, con ninguna nota inferior a 3: Lista Nº 2, Buena;
- de 59 a 45 puntos, con ninguna nota inferior a 2: Lista Nº 3, Regular;
- menos de 45 puntos: Lista Nº 4, Mala.

El ente que se encuentra a cargo de determinar la calificación de los funcionarios y funcionarias en cada servicio de salud y demás organismos dependientes del Ministerio de Salud, es la Junta Calificadora, la que se conformará con 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 de 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, esta 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 los votos; los empates serán dirimidos por el presidente. Para todo esto, la Junta deberá cumplir su cometido dentro de los 20 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 N° 20.902, de 1993).

3° La Apelación

De acuerdo con el 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 del resultado ante el Jefe Superior del Servicio, dentro de los cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de aquella.

De acuerdo con el principio de *prohibición de reforma en perjuicio*, el Jefe Superior del Servicio, conociendo de un recurso de apelación, no podrá bajar la calificación, estando habilitado solo para 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, al igual que la generalidad de los actos administrativos, existe obligación de fundamentarla, es decir, deberán

exponerse los argumentos de hecho y de derecho tenidos a la vista para resolver el recurso interpuesto por el funcionario. 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 Nº 18.834, ésta debe satisfacerse siempre, pues tal imperativo se desprende del artículo 45, inciso segundo, de la Ley Nº 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 Nº 7.880, de 2006).

4° Reclamación ante la Contraloría General de la República

Una 4° etapa que podemos encontrar eventualmente en el proceso calificatorio es este recurso con que cuenta el funcionario para contravenir la evaluación que se le ha efectuado, el que, de conformidad con lo establecido en el Estatuto Administrativo debe ser presentado ante la Contraloría General de la República, dentro del plazo de diez días, posteriores a la notificación de la resolución que falla el recurso de apelación deducido en contra de la determinación de la Junta Calificadora, que es el momento en que la calificación se encuentra afinada[116].

Es, por tanto, esta entidad de control la facultada para conocer de esta reclamación, siempre que se funde en 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 solo puede revisar que el procedimiento se haya llevado a cabo sin irregularidades. Así, el Dictamen Nº 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".

116 Contraloría General de la República, dictámenes Nºs 25.059, de 2010 y 28.263, de 2011.

A su vez, debemos tener presente que el actuar de la Contraloría en estas materias presupone la petición de la parte interesada, personalmente o representada por una asociación de funcionarios, por lo que, si no se presenta reclamación ante ella, el procedimiento culmina en la etapa anterior.

En cuanto al procedimiento de esta reclamación, el inciso 2º del artículo 73 del Decreto Nº 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.

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 este 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 con los resultados obtenidos en calificaciones precedentes" (Dictamen Nº 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 con el artículo 38 inciso final del Decreto Supremo Nº 1.825.

Otro efecto de la calificación de los funcionarios dice relación con los requisitos de ingreso a la Administración del Estado, dado que el Estatuto Administrativo establece como presupuesto no haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una **calificación** deficiente, salvo que hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de expiración de funciones[117].

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

De acuerdo a lo señalado en el artículo 44 de la Ley Nº 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.

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.

Procedimiento

De acuerdo a lo señalado en el artículo 6° de la Ley Nº 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,

---

117 Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo, Contraloría General de la República, dictamen 15769 de 2021.

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 Nº 11 de fecha 2 de junio de 2017, Reglamento para la aplicación del inciso tercero del artículo 44 de la Ley Nº 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 1º 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.

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 1º 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, que dé cuenta de su financiamiento.

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 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.

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 juzgados civiles, en donde, por medio de testigos, se da cuenta de algún hecho que queda acreditado por el tribunal, previo informe del Defensor Público.

¿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 diez días hábiles, contemplado en el artículo 5° de la Ley N° 19.230.

De acuerdo a lo establecido en el reglamento para la aplicación del artículo 6° de la Ley N° 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.

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.

Transferencia del beneficio por cambio de servicio de salud

Según lo establecido en el inciso quinto del artículo 6° de la Ley Nº 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.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación Nacional citada referenciada

Código Civil.

Decreto Supremo Nº 110, del Ministerio de Salud Pública, que Deroga los Decretos que señala y aprueba el Reglamento para la Aplicación de la Ley Nº 15.076, que fija el nuevo Estatuto para los Médicos Cirujanos, Farmacéuticos o Químico-Farmacéuticos Bioquímicos y Cirujanos Dentistas. Publicado en el Diario Oficial 6 de julio de 1963.

Ley Nº 19.230 que Dicta Normas Relativas a Profesionales Funcionarios que indica regidos por la Ley Nº 15.076. Publicada en el Diario Oficial 16 de julio de 1993.

Ley Nº 19.432 que Concede Beneficios que indica a Profesionales Funcionarios y Beneficiarios de Becas de Perfeccionamiento que señala regidos por la Ley Nº 15.076. Publicada en el Diario Oficial 20 de diciembre de 1995.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Publicado en el Diario Oficial 17 de noviembre de 2001.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, del Ministerio de Salud, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley Nº 15.076. Publicado en el Diario Oficial 20 de noviembre de 2001.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, del Ministerio del Trabajo y Previsión social, que fija el Texto Refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.

Tópicos relevantes de la Ley Nº 19.664: *"Establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los servicios de salud y modifica la Ley Nº 15.076*

Abogado Matías León Silva[118]
Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy[119]

El presente trabajo tiene como objetivo esbozar las materias más relevantes de la Ley Nº 19.664, con un carácter introductorio, analizando su ámbito de aplicación y materias que regula; el desarrollo de la carrera funcionaria, con las particularidades de la Ley en relación al Estatuto Administrativo general; el sistema de remuneración adoptado y, en todas ellas, analizando jurisprudencia administrativa, clarificando algunos puntos que lo requieran.

Aborda las normas que regulan el ejercicio médico en el sector público, y las materias que específicamente trata la Ley Nº 19.664, tópico relevante para clarificar la estructura normativa que regula el ejercicio médico en el sector público.

Por otra parte, damos cuenta de las características especiales que detenta la carrera funcionaria que establece esta Ley, en contraste con la prevista en el Estatuto Administrativo general, observando sus etapas y requisitos para acceder a cada una de ellas, tratando brevemente los programas de becas que ofrece

---

118 Abogado Universidad de Chile (2023). Curso de Estado de Derecho, Constitucionalismo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Austral de Chile (2021). Diploma de postítulo en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales en la Empresa, Universidad de Chile (2023). Diploma de Postítulo en Litigación en Derecho Administrativo Sancionador, Universidad de Chile (2024). Actualmente se desempeña como Abogado en la Unidad de Defensa Laboral Médica en FALMED y como ayudante de la cátedra de Clínicas Jurídicas I, impartida por la profesora Lorena Lorca, en la Universidad de Chile.

119 Médico Especialista en Ginecología y Obstetricia. Máster en Gestión Sanitarias Universidad de Barcelona. Diplomado en Docencia en salud. Director del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Valparaíso de Chile. Vicepresidente del directorio de Falmed. Presidente del Colegio Médico Regional Valparaíso 2019-2025.

la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud o los Servicios de Salud respectivos para financiar programas de especialización médica.

También tratamos la clasificación de las remuneraciones previstas en la Ley Nº 19.664, las asignaciones comprendidas, sus porcentajes en relación al sueldo base y los requisitos para percibir cada una.

Por último, observamos las formas de capacitación, diferentes a las becas para financiar programas de especialización médica, comprendidas en este cuerpo normativo.

1. HISTORIA DE LA LEY Nº 19.664

La tramitación de la Ley Nº 19.664[120] se inició a través de mensaje a la Cámara de Diputados por parte del Presidente de la época, Eduardo Frei Ruiz Tagle, en fecha 30 de octubre de 1997.

Tras ella se encuentra el trabajo de diálogo constructivo de la autoridad con las organizaciones gremiales y laborales, destacando esta Ley como un ejemplo de solución a necesidades públicas a través del diálogo transversal, tanto de entidades públicas como privadas.

Esta buscó propiciar una mejor atención de salud y satisfacer a la población usuaria de la red asistencial de los Servicios de Salud; perfecciona los instrumentos de gestión local en materia de recursos humanos, de tal manera que las decisiones sean asumidas por los Servicios de Salud, fortaleciendo, de ese modo, la institución pública de salud en beneficio de los usuarios del sistema público.

La Ley fue concebida con el objetivo de fortalecer la carrera funcionaria, consagrada en la Constitución Política de la República, en el D.F.L. Nº 1 de 2001, del Ministerio de Salud[121] y el D.F.L. Nº 29 de 2005, del Ministerio de Hacienda[122]. En su mensaje es descrita como un instrumento eficaz para el logro de una salud pública moderna, eficiente, solidaria y equitativa. Apunta a generar incentivos pecuniarios y no pecuniarios que contribuyan a atraer y mantener en el sistema

120 En adelante la Ley.

121 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. En adelante: Ley Nº 18.575.

122 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo. En adelante Ley Nº 18.834.

público de salud a los profesionales de mayor calificación, desempeño e idoneidad, mejorando los estándares de desempeño en el servicio público de los médicos que, hasta ese momento, estaba regulado por la Ley Nº 15.076.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY Y MATERIAS QUE REGULA

El artículo 1° de la Ley establece su ámbito de aplicación, describiendo elementos distintivos de la función pública, detallando dos supuestos:

(1) Primer supuesto de aplicación:

(a) profesionales funcionarios[123]*;*

(b) que desempeñen cargos con jornadas de 11, 22, 33 y 44 horas semanales de la Ley Nº 15.076;

(c) en los establecimientos de los Servicios de Salud.

(2) Segundo supuesto de aplicación:

(a) cargos públicos de planta Directiva;

(b) con jornadas de 11, 22, 33 y 44 horas semanales de la Ley Nº 15.076;

(c) en los establecimientos de los Servicios de Salud.

La ausencia de los elementos antes mencionados obsta la aplicación de la Ley Nº 19.664. Analizando un caso, el dictamen Nº 49.433 del 2015, de fecha 22 de junio de 2015, de la Contraloría General de la República, reconsidera dictámenes anteriores resolviendo que, los profesionales funcionarios que se desempeñan en el Policlínico del Departamento de Bienestar de la Subsecretaría de Obras Públicas, perteneciente al Ministerio respectivo, no pueden estar regidos por la Ley Nº 19.664 ya que no prestan servicios a ningún Servicio de Salud –elemento determinante para su aplicación–, rigiéndose por la norma supletoria, la Ley Nº 15.076:

123 Concepto de "*profesional funcionario*": Los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químicos-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, que desempeñen funciones profesionales en cargos o empleos remunerados a base de sueldo, se denominan "profesionales funcionarios" (artículo 1°, del D.F.L. Nº 1 de 2001, del Ministerio de Salud, que "*Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 15.076*"). En adelante Ley Nº 15.076.

"Se ha dirigido a esta Contraloría General doña Mónica Pino Barreira, junto a otros profesionales funcionarios del Policlínico del Servicio de Bienestar de la Subsecretaría de Obras Públicas, para solicitar, respecto de esos servidores, la aplicación de la totalidad de los preceptos contenidos en la Ley Nº 15.076, y , por ende, la reconsideración de los dictámenes Nºs. 28.304, de 2000 y 1.499, de 2003, y en lo que proceda el Nº 37.169, de 2009, todos de este origen.

(...)

Al respecto, el inciso primero del artículo 69 del mencionado decreto con fuerza de ley Nº 850, de 1997, –que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas– previene, en lo que interesa, que los profesionales funcionarios del Servicio de Bienestar de la Subsecretaría de Obras Públicas que no se paguen a honorarios por la atención que prestan, serán remunerados en forma análoga a la de los profesionales de los Servicios de Salud.

Luego, el inciso primero del artículo 1° de la ley Nº 19.664 preceptúa que 'Los profesionales funcionarios que desempeñen cargos con jornadas de 11, 22, 33 y 44 horas semanales de la ley Nº 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'. Agrega, su inciso segundo que 'En lo no previsto en este Título y en los casos distintos de los señalados en el inciso anterior, continuará rigiendo la ley Nº 15.076.

Corresponde hacer presente que de la redacción del citado inciso primero del artículo 1° de la ley Nº 19.664, así como también aparece de la historia fidedigna del establecimiento de dicho texto legal, según da cuenta el respectivo Mensaje Presidencial, se desprende que esa norma fija el ámbito de aplicación y el universo de servidores destinatarios, dirigiéndose el mismo a los funcionarios que presten servicios en jornadas diurnas en los establecimientos de los Servicios de Salud, teniendo como uno de sus principales objetivos fortalecer y perfeccionar la carrera funcionaria consagrada en el ordenamiento jurídico, a partir de la Constitución Política de la República y la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Conviene precisar que el referido artículo 1° se inserta dentro del párrafo 1°–Del ámbito de aplicación–, del Título I de la ley Nº 19.664, sobre 'Normas especiales para los profesionales funcionarios que desempeñan cargos de 11, 22, 33 y 44 horas semanales en los establecimientos de los Servicios de Salud', de cuyos explícitos términos se deduce que las disposiciones que en él se contienen han de aplicarse solo a quienes se encuentren en esa especial condición.

Es por lo señalado que, al crearse un sistema remuneratorio en la ley Nº 19.664, dentro de las normas especiales aplicables a los profesionales funcionarios que se desempeñan en los Servicios de Salud, no puede entenderse incluido en ese sistema el personal que ejerce funciones en el mencionado Policlínico.

(...)

En razón de lo expuesto, procede reconsiderar los dictámenes Nºs. 28.304, de 2000 y 1.499, de 2003, y en lo que sea pertinente el Nº 37.169, de 2009, todos de este origen, en el sentido de señalar que las normas de la ley Nº 19.664 no son aplicables a los profesionales funcionarios del Policlínico del Servicio de Bienestar de la Subsecretaría de Obras Públicas, quienes se encuentran sujetos plenamente a la ley Nº 15.076".

Ya establecido su ámbito de aplicación, debemos determinar qué materias regula esta norma. La Ley Nº 19.664. A grandes rasgos, contempla las siguientes:

(1) carrera funcionaria;

(2) financiamiento de programas de perfeccionamiento o especialización médica por el Ministerio de Salud o Servicios de Salud;

(3) remuneraciones;

(4) contratación en base de honorarios de servidores públicos como personas naturales;

(5) trabajos extraordinarios, y

(6) comisiones de servicio para actividades de capacitación.

¿Qué ocurre cuando una materia relacionada con el desempeño de la función pública no se encuentra prevista en la Ley Nº 19.664? Aplicamos la regla de especialidad prevista en el artículo 4° del Código Civil, de acuerdo a la cual las leyes especiales son aplicadas preferentemente a las generales.

Esta fue la técnica legislativa prevista en la Ley Nº 19.664, ya que en su inciso 2° del artículo 1°, establece que en lo no previsto por ella, se aplica supletoriamente la Ley Nº 15.076: "*Artículo 1°.- (...) En lo no previsto en este Título y en los casos distintos de los señalados en el inciso anterior, continuará rigiendo la Ley Nº 15.076*".

La aplicación escalonada, con primacía de las leyes especiales sobre las generales, constituye una estructura lineal que permite facilitar la búsqueda de disposiciones que regulan materias específicas relacionadas con el desempeño de la función pública.

Las normas que debemos tener en cuenta, de acuerdo a la regla de especialidad, son las siguientes en este orden:

(1) Ley Nº 19.664;

(2) Ley Nº 15.076[124];

(3) Ley Nº 18.834;

(4) D.F.L.1 de 2003, del Ministerio del Trabajo, que "Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo";[125-126]

(5) Ley Nº 18.575[127], y

(6) Constitución Política de la República.

---

124 El artículo 1° de la Ley Nº 15.076, expresa: "*Artículo 1°.- Los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químicos-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, que desempeñen funciones profesionales en cargos o empleos remunerados a base de sueldo, se denominan "profesionales funcionarios" para los efectos de la presente ley, se regirán por sus disposiciones y, en subsidio, por el Estatuto Administrativo aplicable al Servicio, Institución o Empresa a que pertenezcan, o por el Código del Trabajo, según sea el caso. La presente ley no se aplicará al ejercicio de la profesión liberal de los profesionales funcionarios*".

125 En adelante Código del Trabajo.

126 La supletoriedad del Código del Trabajo respecto a las normas especiales que regulan la función pública, está determinada en los incisos 2° y 3° de su artículo 1°: "*Artículo 1. (...)Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos*".

127 La Ley Nº 18.575 establece los principios y disposiciones por las cuales se rigen los actos de los órganos pertenecientes a la Administración del Estado, centralizada como descentralizada, y también, la estructura orgánica de los órganos públicos centralizados. En este punto, prevé los principios que deben guiar la función pública (artículos 3 y 13); establece las normas que norman el ejercicio del empleo público (artículos 15, 16 y 17); da cuenta de la característica jerarquizada y disciplinada de la función pública (artículos 7, 11 y 12) e, indica, que los empleados públicos están sujetos a responsabilidad administrativa, que debe ser determinada a través de un justo y racional procedimiento (artículo 18).

DE LA CARRERA FUNCIONARIA

a. Introducción

La carrera funcionaria se encuentra regulada en el artículo 38 de la Constitución, mandatado que una ley orgánica constitucional garantizará la carrera funcionaria y los principios técnicos y profesionales por los cuales debe guiarse, asegurando la igualdad en el ingreso, capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes.

Si bien la disposición contempla términos generales y comprensivos, denotando que cualquier empleado público está sujeto a la carrera funcionaria y sus derechos, está reservada exclusivamente para los funcionarios nombrados en un cargo público de planta en calidad de titular, de acuerdo a la letra f) del artículo 2 de la Ley Nº 18.834:

> *"Artículo 3º.- Para los efectos de este Estatuto el significado legal de los términos que a continuación se indican será el siguiente: (...) f) Carrera funcionaria: Es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad"*.

Se extiende desde el nombramiento del personal en un cargo de planta como titular hasta los cargos inmediatamente inferiores a los de exclusiva confianza previstos en el Estatuto.

Los funcionarios que ejercen cargos de planta, pero en una calidad diversa a titular, no se encuentran sujetos a la carrera funcionaria. En este punto, el dictamen Nº 55.663-2008 de la Contraloría señala sobre la materia:

> "(...) *cabe tener presente que de acuerdo con lo previsto en la letra f), del artículo 3°, del citado Estatuto Administrativo, la carrera funcionaria es aplicable al personal titular de planta, distinguiendo la norma, de este modo, a los titulares, en relación con los suplentes y subrogantes, que son las otras dos modalidades de desempeño de un cargo de planta.*
>
> *A su vez, es dable acotar que de conformidad con el artículo 6° del mismo Estatuto Administrativo "La carrera funcionaria se iniciará con el ingreso en calidad de titular a un cargo de la planta, y se extenderá hasta los cargos de jerarquía inmediatamente inferior a los de exclusiva confianza"*.

Por lo tanto, cabe colegir que si bien los suplentes desempeñan un cargo de planta, no están sujetos a la carrera funcionaria, razón por la cual no se encuentran en el supuesto de desempeñar un cargo de carrera, que describe el artículo vigésimo primero transitorio de la ley Nº 20.212, en relación con el artículo sexto transitorio de la misma ley, hallándose impedidos, por ende, de percibir el beneficio que aquél consagra.

Ahora bien, en lo que respecta a los funcionarios que desempeñan reemplazos, es necesario manifestar que tales empleos no se encuentran contemplados en el Estatuto Administrativo como una figura jurídica específica y, en armonía con lo señalado por esta Contraloría General, a través del dictamen Nº 32.273, de 1997, entre otros, se trata de designaciones que corresponde efectuar a través de una contrata"[128].

La carrera funcionaria otorga ciertos derechos especiales a los funcionarios que ejercen estos cargos de planta, excluyendo, como hemos señalado, a los funcionarios a contrata, asegurando: 1.- El derecho a la función o estabilidad en el empleo; 2.- La promoción y, 3.-, el derecho a la capacitación[129].

El Derecho a la función pública o, en otras palabras, a la estabilidad en el empleo, previsto en el Estatuto, asegura a a los funcionarios públicos que su nombramiento en el cargo público respectivo permanecerá vigente y que solamente cesarán en aquel cuando concurran las causales previstas en el artículo 146 de la Ley Nº 18.834.

Esta no solo comprende el derecho a permanecer en el cargo público, igualmente se extiende al derecho a ejercer las labores propias del mismo. En dictamen Nº 40.661-2007, la Contraloría da cuenta de esta faz del derecho:

"*(...) corresponde anotar que el artículo 89 de la ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado mediante el DFL. Nº 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, establece el derecho a la función de los empleados públicos, principio que conlleva el legítimo derecho de estos servidores a ejercer las funciones propias del cargo para el cual han sido nombrados, lo que implica que no pueden ser separados de ellas sin que una causa legal lo permita, y que tampoco la autoridad administrativa puede legítimamente impedirles el desempeño de las mismas en forma arbitraria*".

---

128 En el mismo sentido: dictamen Nº 56.311-2014 de la Contraloría General de la República.

129 Celis Danzinger, G., *Derecho de la función pública*. Legal Publishing Chile, 2020, pp. 281-288; Valdivia Olivares, J., *Manual de Derecho Administrativo,* Tirant lo Blanch, 2018, pp. 122 y 123.

La carrera funcionaria comprende el derecho a acceder a cargos de grado superior, los cuales, de acuerdo al artículo 53 de la Ley Nº 18.575, pueden ser mediante la promoción o el ascenso. La promoción es una vía para acceder a cargos superiores mediante un concurso interno, en el cual se encuentran sometidas ciertas plantas y, a su vez, el ascenso corresponde a una vía secundaria pero sin pasar por un concurso interno, de acuerdo a los artículos 53 y siguientes del Estatuto Administrativo.

Igualmente, de esta se desprende el derecho de los funcionarios públicos a capacitarse, para fines de ascender a un puesto superior, para mejorar los servicios públicos ofrecido a través de él o en miras a su interés personal.

El artículo 26 del Estatuto Administrativo define las actividades de capacitación: "*Artículo 26.- Se entenderá por capacitación el conjunto de actividades permanentes, organizadas y sistemáticas destinadas a que los funcionarios desarrollen, complementen, perfeccionen o actualicen los conocimientos y destrezas necesarios para el eficiente desempeño de sus cargos o aptitudes funcionarias*".

Aun cuando la capacitación es un derecho de los funcionarios públicos sujetos a carrera funcionaria, esta también es un deber al Estado, pues propende a cumplir con su objetivo más básico, el servicio a la persona humana y promover el bien común[130], conceptualizado bajo el principio de Servicialidad, siendo reconocido por la Contraloría en el dictamen Nº 6.435-2000[131].

---

130 El artículo 1°, inciso 4°, de la Constitución Política de la República dispone: "*Artículo 1°.- (...) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*"; en el mismo sentido el artículo 3° de la Ley Nº 18.575: "*Artículo 3º.- La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal*".

131 " *(...) si se determina que ellos son necesarios para el adiestramiento y/o reforzamiento de los servidores en sus respectivos empleos, toda vez que la capacitación y el perfeccionamiento del personal constituye, por una parte, un derecho de los funcionarios públicos y por otra, es un deber de la Administración asegurar esas actividades, todo ello de conformidad con el artículo 38 de la Constitución Política del Estado, en relación con los artículos 17 de la Ley Nº 18.575, 46 y 49 de la Ley Nº 18.695 y 22 y siguientes de la Ley Nº 18.883*".

Por último, en reiterada jurisprudencia administrativa, se ha conceptualizado la carrera funcionaria, y los derechos que derivan de ella, como un derecho fundamental para los funcionarios públicos, dando cuenta de la relevancia de la misma para el ejercicio de la función pública y los deberes del Estado en relación a esta:

> "*La superioridad de cada entidad debe adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento, a través de los concursos internos o ascensos, a la carrera funcionaria, la que constituye un derecho fundamental de los empleados de la Administración, siendo, por consiguiente, un deber de los servicios públicos disponer, dentro de un término razonable, las promociones que correspondan (81.782/2011, 5.542/2012, 9.088/2015)*"[132].

b. Carrera funcionaria de la Ley Nº 19.664

La carrera funcionaria referida en la Ley Nº 19.664 es considerablemente más amplia en comparación a la comprendida en el Estatuto Administrativo. Recordemos que el Estatuto Administrativo solo establece que los funcionarios con cargos públicos de planta gozan de carrera funcionaria; a diferencia, esta Ley otorga a los funcionarios con nombramientos en cargos a contrata o de planta el derecho a gozar de carrera funcionaria.

Aun así, establece ciertos requisitos para que los funcionarios públicos gocen de la carrera funcionaria, de acuerdo al artículo 5°:

(1) deben ser profesionales funcionarios no directivos;

(2) que se desempeñen en jornadas diurnas, y

(3) en establecimientos de los Servicios de Salud.

Esta carrera funcionaria "especial" se encuentra estructurada en dos etapas, la Etapa de Destinación y Formación[133] y la Etapa de Planta Superior[134]: "*Artículo 5º.- Los profesionales funcionarios 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*".

---

132 Dictamen Nº 5.542-2012 de la Contraloría General de la República.

133 En adelante EDF o E.D.F., indistintamente.

134 En adelante EPS o E.P.S., indistintamente.

Para ingresar a cualquiera de las dos etapas, y como requisitos adicionales a los previstos en la Ley Nº 19.664 –que abordaremos posteriormente–, toda persona que ingrese a la Administración debe cumplir con los requisitos generales previstos en el Estatuto Administrativo:

(1) ser ciudadano o extranjero poseedor de un permiso de residencia;

(2) haber cumplido con la ley de reclutamiento y movilización, cuando fuere procedente;

(3) tener salud compatible con el desempeño del cargo;

(4) haber aprobado la educación básica y poseer el nivel educacional o título profesional o técnico que por la naturaleza del empleo exija la ley;

(5) no haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria, salvo que hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de expiración de funciones. Con todo, conforme lo establecido en el artículo 121 de este Estatuto, no será necesario el cumplimiento de dicho plazo cuando así lo determine el respectivo fiscal;

(6) no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado por delito que tenga asignada pena de crimen o simple delito.

En el caso que pierda cualquiera de los requisitos antes señalados, tal circunstancia habilita al órgano público respectivo a declarar la vacancia del cargo, de acuerdo al artículo 150 de la Ley Nº 18.834: "*Artículo 150.- La declaración de vacancia procederá por las siguientes causales: a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo; b) Pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos de ingreso a la Administración del Estado;(…)*".

En el dictamen Nº 11.172-2020, la Contraloría se pronuncia respecto al caso de un funcionario público condenado por apremios ilegítimos a una pena privativa de libertad, de la cual fue beneficiado por una pena sustitutiva respecto a la principal, pero no a la accesoria, referente a la inhabilidad de acceder y conservar cargos públicos. El Órgano determina que, si la pena sustitutiva solo alcanza la principal, la inhabilidad se encuentra vigente, salvo que el propio tribunal determine lo contrario:

> "*Así, conforme a las normas señaladas, la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en el dictamen Nº 77.312, de 2016, de este origen, ha concluido que la circunstancia de no ser condenado por crimen o simple delito es una de las*

condiciones establecidas por la ley, tanto para el ingreso como para la permanencia en un cargo público.

Expuesto lo anterior debe también tenerse presente que de conformidad con el artículo 1° de la ley Nº 18.216, la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga por las penas que indica, entre las que se encuentra la remisión condicional. Su artículo 3° expresa que ésta consiste en la "sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo (...).

A partir de esta última norma, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control contenida, entre otros, en el dictamen No 20.910, de 2018, ha manifestado que quien ha sido favorecido por sentencia ejecutoriada con alguno de los beneficios contemplados en la ley Nº 18.216, y no ha sido condenado previamente por crimen o simple delito, goza del beneficio de la omisión de antecedentes penales, por lo que debe ser considerado, para todos los efectos legales y administrativos, como si no hubiese sufrido condena alguna (...).

Así, y de acuerdo con el dictamen Nº 7.986, de 2018, de este origen, quien ha sido condenado a una pena privativa o restrictiva de libertad, que es sustituida por alguna de las que menciona el artículo 1° de la ley Nº 18.216, en principio, debe dar cumplimiento a las penas accesorias que le sean impuestas, salvo que el tribunal señale expresamente lo contrario (...)".

c. Etapa de Destinación y Formación

La Etapa de Destinación y Formación pertenece a los profesionales que se encuentran en períodos de perfeccionamiento y desarrollo de sus competencias y que sean contratados por los Servicios de Salud para desempeñar preferentemente funciones de carácter asistencial, conforme al artículo 5° de la Ley Nº 19.664.

Esta etapa se cumplirá mediante cargos públicos a contrata y, tiene una duración máxima de nueve años. Excepcionalmente el director del Servicio de Salud respectivo puede dictar una resolución fundada extendiéndose hasta por dos años en el supuesto que el profesional funcionario se encuentre cursando un programa de especialización.

El ingreso a EDF está determinado por un proceso de selección objetivo, técnico e imparcial, que se desarrolla a nivel nacional al menos una vez al año, conforme al artículo 8.

De acuerdo al Decreto Supremo Nº 788-2001, del Ministerio de Salud[135], es el Subsecretario de Redes Asistenciales quien debe, a solicitud de los Servicios de Salud, coordinar a nivel nacional la realización del proceso de selección, debiendo, para estos efectos, adoptar todas las medidas y resoluciones que estime necesarias. 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. 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.

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

Una vez que se haya resuelto el proceso de selección coordinado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, esta 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.

No obstante la forma de selección anterior a través de concurso, la ley establece que, sin perjuicio de aquellos médicos ingresados a la Etapa de

---

135 "Aprueba el reglamento sobre el ámbito de aplicación, dotaciones y plantas profesionales, e ingreso a la Etapa de Destinación y Formación de la carrera funcionaria de los profesionales funcionarios afectos a la Ley Nº 19.664". En adelante D.S. Nº 788.

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 períodos determinados.

¿Desde qué momento un profesional funcionario tiene certeza de que se encuentra en la EDF y, por tanto, obligado a cumplir sus obligaciones inherentes al cargo público? Esta es una pregunta frecuente, ya que en muchas ocasiones las resoluciones que contienen los nombramientos en un cargo público o el resultado del concurso, no señalan la fecha de ingreso de funciones.

Aquí se aplica supletoriamente el Estatuto Administrativo, la regla general consiste en que, una vez sea notificada la resolución de nombramiento, personalmente o por carta certificada, el acto rige desde tal fecha, o desde su completa tramitación en Contraloría; salvo que indique algo diverso en su contenido, el funcionario cuenta con el plazo de tres días dentro del cual debe asumir el cargo, ya sea aceptándolo expresamente o tácitamente, acudiendo a realizar las funciones del mismo[136].

Por tanto, tenemos tres elementos copulativos para que un profesional funcionario tenga la calidad de funcionario público: (1) la resolución que la nombra; (2), su debida notificación y, (3), la manifestación de la voluntad, expresa o tácita, de aceptación del cargo. Así ha sido establecido en el dictamen N° 54.302-2005 de Contraloría General de la República:

> "*(…) Una persona adquiere la calidad de funcionario público desde el día en que se le notifica el decreto o resolución de nombramiento y ha asumido el cargo respectivo. La asunción de funciones es el elemento de hecho que perfecciona la relación de empleo público. El derecho a la remuneración aparece solo desde el momento en que su nombramiento se perfeccionó, desde la data en que se le ordenó asumir sus funciones*"[137].

d. 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

136 Bermúdez Soto, J., *Derecho administrativo general*. Legal Publishing Chile, 2011, pp. 341-342.

137 Reiterado en los dictámenes N° 3.131- 2015 y 47.252-2016.

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 EPS se encuentra estructurada en tres niveles, asociados a la percepción de la asignación de experiencia calificada. El ingreso a esta se efectuará previamente mediante un concurso público al tenor de la Ley Nº 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 Nº 19.664, puede hacerse a partir del sexto año de la Etapa de Destinación y Formación. Esta se realiza a través de una convocatoria a concurso público para nombrar a un profesional funcionario en calidad de titular de un cargo de planta, en el Nivel I de la etapa.

Una vez que el profesional funcionario se encuentre en la Etapa de Planta Superior, deberá imperativamente someterse a un sistema de acreditación en el o los cargos que sirvan, cada nueve años, en virtud del artículo 16 de la Ley[138]. Este proceso de acreditación se encuentra regido por el Decreto Nº 128 del Ministerio de Salud[139]. 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.

En el caso de que no sean presentados estos antecedentes en la oportunidad establecida, la Ley lo sanciona con la pérdida de requisitos para continuar ejerciendo la función y se le declarará vacante el respectivo cargo, en el caso que sea de planta, o se le terminará el contrato según corresponda[140], dentro de los 15 días hábiles, contados desde que debió presentar sus antecedentes.

---

138 El periodo de nueve años se contabiliza desde la fecha de la designación de la resolución que los nombra en el cargo, de acuerdo al dictamen Nº 22.779-2010.

139 *Aprueba reglamento sobre sistema de acreditación a que se refieren los artículos 16 y siguientes de la Ley Nº 19.664*.

140 Posteriormente analizaremos que no solo es posible acceder a la EPS a través de un concurso público para ser nombrado como titular en un cargo de planta, sino que también es posible ser nombrado en un cargo a contrata.

En dictamen Nº 34.864-2010, el ente contralor determinó que estaba conforme a derecho el término de una contrata asimilada a Etapa de Planta Superior por el hecho de no presentar sus antecedentes a acreditación en la oportunidad establecida en la Ley Nº 19.664:

"(...) Sobre el particular, cabe anotar que el artículo 5° de la ley Nº 19.664, dispone que los profesionales funcionarios no directivos que desempeñen jornadas diurnas en los establecimientos de los Servicios de Salud quedarán sujetos a una carrera funcionaria estructurada en dos etapas: la Etapa de Destinación y Formación y la Etapa de Planta Superior.

Enseguida, el inciso primero de su artículo 16, indica que los profesionales funcionarios que pertenezcan a la Etapa de Planta Superior deberán someterse a un sistema de acreditación en el o los cargos que sirvan, cada nueve años, cuando corresponda (...).

Ahora bien, consta de los documentos acompañados, en especial el acta Nº 2, de 2009, de la Comisión de Acreditación, que los antecedentes de la recurrente fueron recibidos el día 23 de junio de 2009, por lo que se notificó a la interesada que quedó fuera del proceso de acreditación del año 2009, dejando establecido en esa misma acta que esta situación no se produjo por causa que pueda ser atribuida a la institución.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto resulta forzoso concluir que la decisión de la Comisión de Acreditación de excluir del proceso del año 2009 a la recurrente y la determinación de la autoridad de terminar su contrato, se encuentran ajustadas a la normativa vigente (...)".

En cuanto a los efectos de la acreditación, los profesionales que la aprueben accederán en el respectivo cargo al nivel inmediatamente siguiente, y se pagará la asignación de experiencia calificada de acuerdo al nuevo nivel, siempre que exista cupo o disponibilidad financiera 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.

Requerir tales estándares ha implicado que el proceso sea exigente en términos de tiempo de servicio, formación continua y de calidad funcionaria. Igualmente, al depender la asignación de experiencia calificada, asociada a la etapa de planta superior, como analizaremos después, de la disponibilidad presupuestaria del servicio de salud respectivo, que en muchas ocasiones genera importantes listas de espera de médicos que han pasado a esta etapa para gozar la asignación, termina tornando a la carrera funcionaria en una opción poco atractiva.

Finalmente, los profesionales funcionarios 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.

De todas formas la ley establece la opción para los funcionarios que se encuentran en la EPS de presentar voluntariamente sus antecedentes a acreditación una vez que cumplan, como mínimo, cinco años de desempeño en dicho nivel, denominándola "*acreditación de excelencia*", con el mismo objetivo que la acreditación ordinaria, pasar al siguiente nivel de la EPS. En el caso que no la aprueben seguirán sometidos al proceso de acreditación ordinaria.

El artículo 21 de la Ley Nº 19.664 prevé 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 efecto, a modo general, los únicos requisitos que pueden establecerse para asimilar a Nivel I son:

(1) que la asimilación la haga un director de Servicio de Salud;

(2) que el profesional contratado en un cargo asimilado al nivel I, tenga más de seis años de ejercicio profesional; y

(3) que se difundan públicamente las plazas a proveer.

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. Si no se exige contar con algún título de especialización para acceder al cargo a contrata asimilada a planta superior, ello no podrá ser requerido para el nombramiento.

De esta forma ha sido interpretado por la Contraloría, dando cuenta que contar con un título de postgrado no presume la idoneidad de un profesional funcionario para efectos de ser nombrado a contrata asimilada a EPS, reiterando el razonamiento del dictamen Nº 33.926-2009. Específicamente el dictamen Nº 16.714- 2014:

"*De esta manera, se desprende que la acreditación o el reconocimiento de la mencionada preparación no incide en la idoneidad de un profesional funcionario para ocupar a contrata una plaza del nivel I de la etapa de Planta Superior, sin perjuicio de lo cual la autoridad competente, considerando las necesidades que requieran sus usuarios, puede ponderar la especialidad obtenida por un médico cirujano en*

el extranjero como un antecedente al momento de resolver su designación, en la medida que esos estudios, según sea el caso, sean debidamente documentados o certificados mediante los mecanismos vigentes previstos al efecto, tal como se indicó por esta Entidad de Control en el dictamen Nº 33.926, de 2009".

La segunda de las cuestiones planteadas, a saber, si el tiempo que debe permanecer como prestador de servicios debe ser necesariamente en algún establecimiento de salud perteneciente a la Administración del Estado. 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.

3. DE LAS REMUNERACIONES

a. Introducción

En la Constitución Política de la República, en el artículo 19 Nº 16, inciso 1°, se establece como derecho fundamental la libertad de trabajo y su protección. Dando cuenta que toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, destacando la faz del empleador y del trabajador, pero bajo una justa retribución, que viene a constituir la remuneración[141].

En este punto Chile ha suscrito el convenio Nº 131 de la Organización Internacional del Trabajo que se refiere a la fijación nacional de salarios mínimos, adquiriendo un compromiso internacional para la mantención de un sistema de salario mínimo.

El Estatuto Administrativo prevé un concepto de remuneración en su artículo 3°, letra e): "*Es cualquier contraprestación en dinero que el funcionario tenga derecho a percibir en razón de su empleo o función, como, por ejemplo, sueldo, asignación de zona, asignación profesional y otras*".

141 Vivanco Martínez, A., *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile, tercera edición actualizada, 2021, pp. 760-762.

La remuneración del sector público se estructura bajo el principio de justa retribución y la reserva legal, ya que es una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República[142].

El derecho a percibir las remuneraciones se devenga desde el día que el funcionario asuma el cargo y se pagarán por mensualidades iguales y vencidas, de acuerdo al artículo 94 del Estatuto Administrativo.

Un funcionario público, en este caso, profesional funcionario, solo tiene derecho a percibir remuneración por los días trabajados una vez que la resolución que lo nombra en el cargo público sea completamente tramitada y notificada, previo a tal oportunidad no puede exigir su pago. Así lo determina el dictamen Nº 29.724-2005:

> "*Funcionario solo tiene derecho a percibir las remuneraciones y demás asignaciones desde la fecha en que, mediante resolución, fue nombrado para desempeñar sus funciones. Con anterioridad a la data en que un nombramiento surta efectos, el interesado no puede investir la calidad de funcionario público, y por lo mismo, no existe vínculo jurídico alguno que haga procedente el pago de remuneración en tal calidad. Igualmente, en el caso de una persona que solo contaba con la condición de egresada de una carrera, sin estar en posesión del correspondiente diploma profesional, solo procede designarla en un cargo inferior y pagar sus remuneraciones en atención a ello*"[143].

Una situación reiterada en los Servicios de Salud del país, como también en Municipalidades. corresponde al requerimiento de restitución de remuneraciones percibidas indebidamente. El artículo 101 del Estatuto Administrativo comprende específicamente el deber del funcionario público de restituir dichos montos, sin perjuicio de su correspondiente responsabilidad disciplinaria.

No obstante, el artículo 67 de la Ley Nº 10.336 permite solicitar a Contraloría la liberación total o parcial de la obligación de restitución o, en su perjuicio, solicitar facilidades de pago, dentro de los 30 días hábiles siguientes de su notificación, de acuerdo al procedimiento establecido en la resolución Nº 35 de 2019 de la Contraloría General de la República.

---

142 Celis (2020), p. 290.

143 En igual sentido, véase dictámenes Nº 65.121-2009 y 2.925-2011.

El dictamen Nº 2543-2013, refiriéndose al caso de un funcionario que percibió indebidamente remuneraciones, ordena el reembolso, pero menciona la posibilidad de interponer la solicitud del artículo 67 mencionada:

"*(…) cabe concluir que la señora (…) no tuvo derecho a percibir el sobresueldo por título profesional, al no haber acreditado que desarrollaba una jornada laboral de 44 horas semanales, debiendo, por ende, reintegrar la suma que adeuda por el pago erróneo de dicho estipendio; lo cual es, por cierto, sin perjuicio de que la peticionaria, si lo estima conveniente, pueda acogerse al beneficio previsto en el inciso final del artículo 67 de la ley Nº 10.336, que entrega al Contralor General la facultad de liberar total o parcialmente a los funcionarios o exfuncionarios de los Servicios sometidos a su fiscalización, de la restitución de los valores que hubiesen recibido en exceso, cuando concurran las circunstancias ahí previstas*".

Frente al caso que exista deuda respecto a las remuneraciones estas deben ser exigidas dentro de los plazos de prescripción[144] previstos en el Estatuto Administrativo. Por una parte, la regla general es que todos los derechos consagrados en la Ley Nº 18.834 prescriben en el plazo de dos años desde que se han hecho exigibles, de acuerdo al artículo 161; por otra, el derecho al cobro de las asignaciones prescribe en un plazo desde seis meses desde la misma oportunidad, conforme al artículo 99.

De acuerdo al tenor literal de ambas disposiciones, el plazo de prescripción de dos años se aplica para todos los derechos establecidos en el Estatuto, incluido el sueldo, ya que no constituye una asignación. El plazo de los seis meses de prescripción se aplica a todas las demás asignaciones adicionales al sueldo[145]. Como veremos más adelante, gran parte de la remuneración de los profesionales funcionarios está constituida por asignaciones, en consecuencia una parte considerable de todos los elementos que constituyen la remuneración prescriben estrictamente en seis meses.

La Contraloría General de la República así lo ha establecido en el dictamen Nº 65.801-2014:

"*Los profesionales funcionarios sujetos a las leyes Nos. 15.076 y 19.664, se rigen en materia de prescripción por las disposiciones de la ley No 18.834, cuerpo*

144 Modo de extinguir las obligaciones, que consiste en la pérdida del derecho a exigir la prestación por parte del órgano público respectivo si el acreedor no ejerce su derecho dentro de un plazo determinado, desde que la obligación sea exigible (artículo 2492 y s.s. del Código Civil).

145 Dictámenes Nº 33.109-2013, 84.907-2013, 62.712-2014.

normativo que señala en sus artículos 99 y 161, que el derecho al cobro de las asignaciones contenidas en leyes especiales prescribe en el plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, mientras que el sueldo, a su turno, lo hace en dos años, contabilizados de la misma manera"[146].

Centrándonos nuevamente en la Ley Nº 19.664, su artículo 25 señala: "*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*".

Los únicos cargos públicos que conservan su remuneración regulada aún en la Ley Nº 15.076, corresponde a los cargos públicos de 28 horas semanales.

La primera clasificación que estableció el legislador para las remuneraciones de un médico en la Ley Nº 19.664, son: Remuneraciones Permanentes y Remuneraciones Transitorias.

b. 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, no dependen de resoluciones vigentes dictadas por un Servicio de Salud determinado o de otras circunstancias transitorias, como el cumplimiento de metas en un establecimiento de salud.

Dentro de las remuneraciones permanentes, se incluyen:

1.- Sueldo Base. El artículo 27, letra a) de la Ley Nº 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*".

Con el objeto de analizar correctamente la liquidación de remuneración, es crucial que el sueldo base se encuentre bien determinado, de acuerdo a la ley de reajuste de remuneraciones del sector público de la anualidad respectiva y las horas semanales asignadas al cargo público.

Un error en la determinación del sueldo base conlleva también un error en el cálculo de gran parte de las asignaciones adicionales, ya que la técnica legislativa adoptada por la ley para el cálculo de las asignaciones –que analizaremos más adelante– corresponde a porcentajes de este.

146 En el mismo sentido, véase dictamen Nº 77.884-2014.

El sueldo base depende de la jornada semanal del médico. En dicho contexto, los montos vigentes a enero del año 2025, de acuerdo a la Ley Nº 21.724, al son:

1. 11 horas semanales: $328.466.
2. 22 horas semanales: $656.925.
3. 33 horas semanales: $985.387.
4. 44 horas semanales: $1.313.851.

2.- Asignación de antigüedad. El artículo 27, letra b) de la Ley Nº 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% y, Trienio 13 : 72%.

Solo ciertos períodos de trabajo permiten ser calculados para efectos de esta asignación. Por regla general deben ser servicios prestados como profesional funcionario[147], en cualquier calidad jurídica, en los servicios de salud o en la atención primaria de salud municipal, de acuerdo a los funcionarios que se desempeñan en los términos de la Ley Nº 19.378.

En el dictamen Nº 8.487-2003, se determina que el tiempo servido por un médico cirujano en el Hospital de La Habana, Cuba, no puede ser considerado para efectos de esta asignación, ya que no fue prestado en los organismo previstos por el artículo 31 de la Ley:

> "*Sobre el particular, cabe señalar, primeramente, que el oficio cuya reconsideración se solicita concluyó que a la interesada le asistiría el derecho a percibir su primer trienio solo a contar del 1° de noviembre de 2002 y que el tiempo durante el cual realizó una especialización en la Habana, Cuba, no es útil para efectos de trienio (...).*
>
> *Enseguida, el artículo 31 de la ley precitada señala que serán válidos para el reconocimiento de trienios los servicios que hayan sido prestados como profesional*

147 Los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químicos-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, que desempeñen funciones profesionales en cargos o empleos remunerados a base de sueldo, se denominan "profesionales funcionarios" (artículo 1° de la Ley Nº 15.076).

funcionario en cualquier calidad jurídica, en los Servicios de Salud o en sus antecesores legales, en organismos considerados en la ley Nº 19.378 o en cargos directivos regidos por el decreto ley Nº 249, de 1973(...).

Sin perjuicio de lo anterior, es menester reiterar que el tiempo durante el cual la interesada realizó la especialización en el extranjero, no es útil para efectos trienales. (Aplica dictamen Nº 10.915, de 1993)".

3.- Asignación de Experiencia Calificada El artículo 27 letra c) de la Ley Nº 19.664 lo define como el "*estipendio que se otorga en reconocimiento al nivel de calificación técnica y de competencia de los profesionales*".

Esta asignación solo 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.

Existe un porcentaje para cada nivel de esta etapa: (1) Nivel I: 40% del sueldo base; (2), Nivel II: 82% del sueldo base y, (3), Nivel III: 102% del sueldo base.

4.- 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 EPS, en porcentajes de 28% y 108% del sueldo base, respectivamente.

5.- Asignación de Permanencia para especialistas o subespecialistas: 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 EPS, en los porcentajes que a continuación se señalan: (1) 40% del sueldo base para las jornadas de 44, 33 o 22 horas semanales y, (2), 10% del sueldo base para las jornadas de 11 horas semanales.

La asignación se devengará a contar del día primero del mes siguiente a la fecha en que el profesional funcionario presente el certificado emitido de la Superintendencia de Salud a su empleador que dé cuenta de la especialidad o subespecialidad. Por tanto, para que se devengue el derecho a la asignación, es menester: (1) contar con una especialidad o subespecialidad inscrita

en la Superintendencia de Salud y, (2), presentar el certificado de inscripción al empleador.

En el dictamen Nº 36.596-2017, la Contraloría determina que un profesional funcionario tenía derecho a esta asignación por cumplir los requisitos previstos en la Ley Nº 19.664 para su percepción:

> "*Luego, es útil destacar que el artículo 27 de la referida ley Nº 19.664, en su letra e) –introducida por la citada ley Nº 20.982–, establece una asignación de permanencia para especialistas y subespecialistas, 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 a que se refiere el número 6 del artículo 121 del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud (...).*
>
> *Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista aparece que la señora Bolados Álvarez se desempeñó en el Hospital de Copiapó, dependiente del Servicio de Salud Atacama, hasta el 31 de marzo de 2016, comenzando a cumplir funciones, sin solución de continuidad, el 1 de abril del mismo año, en el Hospital San Juan de Dios, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Occidente, con una jornada de 44 horas semanales y que se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud, con la especialidad certificada de anatomía patológica.*
>
> *De esta manera, atendido que la interesada se encontraba ejerciendo funciones en el Hospital San Juan de Dios, en el momento en que entró en vigencia la citada ley Nº 20.982, y que cuenta con una especialidad certificada e inscrita en el registro respectivo, es preciso concluir que el Servicio de Salud Metropolitano Occidente debe pagar las asignaciones reclamadas por la recurrente por el lapso comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2016, informando de ello a esta Contraloría General en el plazo de 15 días hábiles, contados desde la recepción del presente oficio (...)*".

c. 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:

1.- Asignación de Responsabilidad. El artículo 28, letra a) de la Ley Nº 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".

El artículo 34 de la Ley consagra tres presupuestos en los cuales un profesional funcionario tiene derecho a percibir esta asignación:

(1) aquellos que desempeñen cargos en la Planta de Directivos, en alguna de las jornadas del artículo 1º de la Ley Nº 19.664;

(2) aquellos que desempeñen funciones, en cargos públicos a contrata o de planta, desempeñando funciones de dirección de las contempladas en Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, siempre que las horas dedicadas sean iguales o superiores a 22 horas semanales distribuidas de lunes a viernes y,

(3) aquellos que desempeñen, en cargos públicos de planta o a contrata en funciones en los Servicios Clínicos o Unidades de Apoyo, cualquiera sea su denominación en la estructura orgánica del establecimiento específico, siempre que las horas dedicadas sean iguales o superiores a 22 horas semanales, distribuidas de lunes a viernes. Adicionalmente, señala que el nombramiento para realizar esta función debe ser resultado de un concurso interno en el establecimiento, en los términos del artículo 3° de la Ley Nº 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, pero solamente respecto a las horas dedicadas a las labores de dirección o coordinación antes referidas.

Al momento de aceptar cargos de jefatura se debe tener en cuenta los requisitos que establece cada una de las hipótesis previstas en el artículo 34 de la Ley Nº 19.664 pues, a pesar de que en la materialidad se desempeñe funciones de jefatura, solo tendrá derecho a percibir la asignación de responsabilidad cumpliendo los elementos previstos en cada uno de los supuestos.

En este punto, por ejemplo, el dictamen Nº 40.181-2001 de la Contraloría determina que un profesional funcionario que recibió una encomendación de funciones del Jefe de la Unidad de Farmacia del respectivo establecimiento, sí tiene derecho a percibir la asignación de responsabilidad, ya que realiza funciones directivas prevista en el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud:

"*Se ha dirigido a esta Contraloría General doña M.U., Químico Farmacéutica, titular, del Servicio de Salud Araucanía Norte, con desempeño en el Hospital de*

Victoria, solicitando un pronunciamiento que determine si le asiste el derecho a percibir la asignación de responsabilidad prevista en la Ley Nº 19.664, correspondiente a los Jefes de Sección Farmacia de Hospital Tipo 2, por desempeñar funciones encomendadas de Jefe de la Unidad de Farmacia del citado Hospital. En el mismo orden de ideas, el citado Servicio de Salud requiere un pronunciamiento sobre la situación de la peticionaria, toda vez que existen otros funcionarios que han solicitado el referido pago aduciendo desempeñar cargos de jefaturas en calidad de encomendados (...).

Enseguida, los artículos 34 de la Ley Nº 19.664 y 3° de su Reglamento, indican que el aludido beneficio corresponderá a quienes ocupen cargos en la Planta de Directivos y a quienes desempeñen en calidad de planta o a contrata las precitadas funciones que se contemplen en el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud (...).

(...) del análisis de las normas citadas se desprende que la asignación de responsabilidad ha sido prevista no solo para aquellos funcionarios que desempeñan cargos en la Planta de Directivos, sea en calidad de titulares o suplentes, sino también para aquellos personales que teniendo un nombramiento genérico como profesional funcionario cumplen alguna de las funciones que establece el artículo 5° del reglamento, por la vía de la encomendación o asignación de funciones y que corresponden a funciones que han sido contempladas en el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud y que eventualmente podrían no encontrarse previstas como cargos denominados en la planta del Servicio de que se trate, como acontece precisamente en este caso con el cargo de Jefe de Sección Farmacia, que no se contempla en el DFL Nº 3, de 1996, del Ministerio de Salud, que fija la planta del Servicio de Salud Araucanía Norte (...)"[148].

2.- Asignación de Estímulo. El artículo 28, letra b) de la Ley Nº 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 tres conceptos:

(1) Jornadas prioritarias: que corresponden al desempeño de funciones en los horarios diurnos que cada Servicio de Salud defina como necesarios

148 En el mismo sentido, véase dictámenes Nº 24.259-2002, 6467-2003.

para una mejor atención al público usuario, exclusivamente respecto a las horas establecidas como jornadas prioritarias;

(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" y,

(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 (solo para los médicos en EDF ingresados por el artículo 8º de la Ley Nº 19.664, con jornada de 28 horas en establecimientos de baja complejidad), EDF artículo 8º en misión de estudios, etc.

Este estipendio se formaliza a través de una resolución fundada del Servicio de Salud respectivo, en virtud de la cual se informan los criterios 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 tres años, momento en que valora si han cambiado las condiciones que la generaron, de acuerdo al Decreto Nº 847 de 2001, del Ministerio de Salud.

En cuanto al porcentaje, esta asignación no podrá exceder de un 180% del sueldo base, según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 35 de la Ley Nº 19.664.

Para tener certeza de los porcentajes de esta asignación, de los requisitos para percibir y en base a qué motivos de los previstos en la disposición es otorgada, debemos solicitar las resoluciones a la Institución que las establecen. Solamente se devengará el derecho a su percepción en la medida que la resolución que las reconoce se encuentre vigente y que el profesional funcionario cumpla con los requisitos previstos en ella.

Con el objeto que un profesional funcionario pueda percibir y exigir el pago de las asignaciones de estímulo, deben concurrir dos actos administrativos: (1) una resolución general que fija las causales y el porcentaje que se pagará y (2), la resolución que conceda específicamente el beneficio a un determinado funcionario. En este punto, el dictamen Nº 72.471-2016 de la Contraloría estableció:

"(...) *Sobre el particular, es menester recordar que los citados preceptos disponen que la asignación de estímulo podrá otorgarse en atención a las condiciones y*

lugares de trabajo, esto es, al 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, tales como turnos de llamada en establecimientos de baja complejidad.

Por su parte, el artículo 3°, inciso segundo, del decreto Nº 847, de 2000, del Ministerio de Salud, prescribe que le corresponderá a los directores de los Servicios de Salud, a través de un acto fundado, establecer las causales y porcentajes específicos asignados para cada uno de los conceptos que componen ese emolumento, dejando constancia tanto de la cantidad de cargos de la planta de directivos y del número máximo de horas de la dotación a las cuales se les podrá conceder el beneficio, como también el monto máximo del gasto definido para su pago.

Enseguida, el aludido precepto agrega, en su inciso cuarto, que las resoluciones que otorguen en forma específica el citado estipendio, deberán sujetarse tanto a los cargos de la planta de directivos y a la cantidad de horas, como las disponibilidades presupuestarias fijadas en la referida resolución fundada.

Ahora bien, y en concordancia con el criterio contenido en el dictamen Nº 48.223, de 2016, se colige que para que un funcionario adquiera el derecho a percibir la referida asignación de estímulo, es necesaria la concurrencia de dos actos administrativos: uno en el cual se determinen las causales y los porcentajes que se pagarán, y otro que conceda dicho beneficio en forma específica al empleado de que se trate (...)"[149].

3.- 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 aquel en que se efectúe el pago, siempre que hayan sido calificados en Lista 1 o Lista 2, Buena, de acuerdo al artículo 36 de la Ley Nº 19.664.

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.

149 En igual sentido dictamen Nº 85.218-2016 y 48.223-2016.

Esta asignación se pagará en dos cuotas a los profesionales funcionarios que se encuentran en servicio a la fecha del pago, específicamente, durante los meses de julio y diciembre de cada anualidad, inmediatamente posterior al proceso de evaluación anual.

Al respecto, la Contraloría General de la República, en dictamen N.° 34.456-2002, se pronuncia sobre una solicitud presentada por un profesional funcionario, en la que consulta sobre si le asiste el derecho a percibir la bonificación por desempeño individual. La cual es rechazada pues, como hemos señalado, uno de los elementos para determinar su procedencia es la calificación del funcionario dentro de los rangos previstos, circunstancia que en el caso en comento no se cumple, pues el funcionario no fue evaluado:

> "*A su vez, el artículo 36° de la ley en estudio establece que la bonificación por desempeño individual estará asociada al proceso de calificaciones. Se pagará anualmente al 30% de los profesionales funcionarios de cada establecimiento mejor evaluados durante el año inmediatamente anterior a aquel en que se efectúe el pago, siempre que hayan sido calificados en Lista 1, de Distinción, o en Lista 2, Buena, y su monto se fijará de acuerdo a la siguiente distribución : a) 10% para el 15% de los profesionales mejor evaluados, y b) 5% para los profesionales que les sigan en orden ascendente de evaluación, hasta completar el 30% (...).*
>
> *En este orden de ideas, es dable recordar que el artículo 44° del decreto Nº 110, de 1963, de Salud, reglamento de la ley 15.076, previene que los Servicios Públicos calificarán anualmente a sus profesionales funcionarios de acuerdo con las normas que al efecto establece (...).*
>
> *En estas condiciones, entonces, al no haber podido ser evaluado el desempeño de la interesada, por haber ingresado al Servicio de Salud Coquimbo dentro de los últimos tres meses del período calificatorio, acorde a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 45° del mencionado decreto Nº 110, de 1963, de Salud, forzoso es concluir que no le asiste el derecho a percibir la bonificación por desempeño individua*l (...)".

4.- Bonificación por desempeño colectivo. De acuerdo al artículo 37 de la Ley, esta asignación tiene por objeto: "(...) *reconocer el cumplimiento de las metas establecidas en el programa de trabajo elaborado por cada establecimiento y que haya sido acordado con la Dirección del respectivo Servicio de Salud (...)*".

Para conceder el beneficio requiere que los directores de establecimientos de salud suscriban una convención con el respectivo director del Servicio de Salud, antes del 30 de noviembre de cada año, fijando las metas para la

anualidad siguiente en atención a unidades específicas de trabajo de cada uno de los establecimientos o para estos últimos en su totalidad.

Los directores de los Servicios de Salud, considerando el cumplimiento de las metas comprometidas, fijarán anualmente los porcentajes a pagar por concepto de esta bonificación para cada establecimiento o unidad de trabajo, según corresponda, de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias asignadas.

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 fijado en el convenio. Esta se pagará en una sola cuota dentro del primer semestre siguiente a la definición de disponibilidades presupuestarias por parte del director del Servicio de Salud.

Aquí la Contraloría ha establecido que, a pesar de que en un determinado Servicio de Salud no cuente con el presupuesto disponible para pagar esta bonificación, y las unidades o establecimientos de salud hayan cumplido las metas comprometidas, este debe de todas formas pagarlo solicitando la suplementación de fondos al Fisco. Al respecto el dictamen Nº 63.039-2004, es lo importante, indica:

"*Se ha solicitado un pronunciamiento a esta Contraloría General sobre el derecho que asistiría a los profesionales que se desempeñaron como Dentistas Generales de Zona durante el año 2001, para percibir la Bonificación por Desempeño Colectivo Institucional contemplada en el artículo 37 de Ley Nº 19.664, estipendio que hasta la fecha no se les ha pagado (…).*

Por su parte, la Subsecretaría de Salud, sostiene, en síntesis, que uno de los supuestos de hecho que la ley y el reglamento establecen para el pago de la bonificación, es la definición de las disponibilidades presupuestarias, exigencia que no se ha cumplido en el caso planteado por la recurrente, debido al severo plan de ajuste en materia de gasto y servicio de las deudas de los Servicios de Salud, durante todo el segundo semestre de 2002 (…).

En primer término, cabe recordar que el artículo 37 de Ley Nº 19.664 establece que 'los profesionales funcionarios tendrán derecho a percibir una bonificación por desempeño colectivo institucional, la que tendrá por objeto reconocer el cumplimiento de las metas establecidas en el programa de trabajo elaborado por cada establecimiento y que haya sido acordado con la Dirección del respectivo Servicio de Salud', ascendente hasta un 10% de la base de cálculo que indica (…).

Como es dable apreciar, la disposición legal aludida contempla un beneficio remuneratorio a los profesionales funcionarios regidos por Ley Nº 19.664, sujeto a la condición de que se cumplan las metas contempladas en los programas de trabajo respectivos, y cuyo monto va a depender de las disponibilidades presupuestarias fijadas.

Cabe agregar que si bien la fijación de las disponibilidades presupuestarias, constituye un requisito para la determinación de los porcentajes a pagar anualmente, tal determinación no es, sin embargo, un supuesto de hecho necesario para que se genere el derecho al beneficio, el cual, por esta razón, se devenga desde el momento en que se cumplen las metas contempladas en los programas de trabajo respectivos, teniendo por tanto la autoridad la obligación de pagarlo a los profesionales funcionarios que con su desempeño han contribuido a ese logro (...).

En cuanto dice relación con la insuficiencia de recursos presupuestarios a que alude la Subsecretaría de Salud en su informe, es dable hacer notar que es la propia Ley Nº 19.664, en su artículo 17 transitorio, la que prevé un mecanismo para suplir la falta de recursos en los presupuestos de los correspondientes servicios de salud, al disponer que 'el gasto que involucre esta ley será financiado con el presupuesto de los Servicios de Salud, y en la parte no cubierta, con cargo a la asignación 50-01-03-25-33.104, de la Partida Tesoro Público de la ley de presupuestos vigente', correspondiente al ítem 'Provisión para Financiamientos Comprometidos'.

Como puede advertirse, en conformidad con esta norma, la insuficiencia de fondos presupuestarios del servicio respectivo, debe ser solventada con aportes del Fisco, provenientes de la referida asignación (...)".

4. PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN DE LA LEY Nº 19.664

Además de las becas otorgadas para cursar programas de especialización médica, la Ley Nº 19.664 permite que los Servicios de Salud otorguen 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, impartidas dentro del país o en el extranjero[150], materias que son objeto de consulta recurrente en la Unidad de Defensa

150 Específicamente para el caso de las comisiones concedidas por los Servicios de Salud a actividades de capacitación en el extrajero, el artículo 47 de la Ley Nº 19.664, prevé requisitos adicionales para su otorgamiento: *"a) Que las actividades a desarrollar contribuyan al perfeccionamiento profesional de los solicitantes, redundando en el desempeño de sus funciones públicas y*

Laboral Médica respecto a la forma de su otorgamiento y las condiciones de estas, de acuerdo a los artículos 46 y 47 de la Ley.

Los Servicios de Salud tienen el deber de estructurar planes anuales sobre actividades de capacitación, con el fin de que los profesionales funcionarios se perfeccionen o actualicen los conocimientos necesarios para el eficiente desempeño de sus funciones profesionales.

Las capacitaciones son el conjunto de actividades permanentes, organizadas y sistemáticas, destinadas a que los funcionarios desarrollen, complementen, perfeccionen o actualicen los conocimientos y destrezas necesarios para el eficiente desempeño de sus cargos o aptitudes funcionarias. Si son otorgadas por el Servicio deben ser financiadas por aquel.

El Estatuto Administrativo distingue tres tipos de capacitación: (1) la capacitación para la promoción, que corresponde a aquella que habilita a los funcionarios para asumir cargos superiores, seleccionando a los postulantes de acuerdo a su escalafón; (2) capacitación de perfeccionamiento, que tiene por objeto mejorar el desempeño del funcionario en el cargo que ocupa, seleccionando a través de concurso y, por último, (3), capacitación voluntaria que corresponde a aquella de interés para la institución, y que no está ligada a un cargo determinado, ni es habilitante para el ascenso, que es concedida también a través de concurso.

Estas deben ser otorgadas previo concurso convocado por el director del Servicio de Salud, de acuerdo a las disposiciones del Reglamento sobre concursos del Estatuto Administrativo[151].

Otorgar estas capacitaciones sin sujeción al procedimiento previsto determina la ilegalidad de las mismas, por vulnerar la forma establecida por la ley y la garantía de igualdad de oportunidades que establece la carrera funcionaria, pudiendo constituir una especial contravención al principio de probidad[152]. Tales infracciones dan lugar a responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la

---

en el logro de las metas de los Servicios; b) Que la ausencia de los interesados no perjudique objetivamente el funcionamiento de las unidades o servicios a que pertenezcan (...); c) Que la medida no signifique para los Servicios de Salud un gasto adicional a la mantención de las remuneraciones de que gozan los profesionales en sus cargos (...)y d) Que los profesionales se comprometan, a su regreso, a presentar las materias tratadas en los establecimientos en que se desempeñan".

151 Decreto Nº 69 de 2004, del Ministerio de Hacienda, "*Reglamento sobre concursos del Estatuto Administrativo*".

152 En este punto, la Ley Nº 18.575.

responsabilidad en algunos casos del beneficiado, y la obligación de restitución de los beneficios pecuniarios otorgados a este último; recordemos que, de acuerdo a lo visto en la sección de remuneraciones, los funcionarios tienen el deber de restituir las remuneraciones percibidas indebidamente.

En el supuesto que la capacitación otorgada al profesional funcionario impida desempeñar las labores de su cargo, conservará el derecho a percibir sus remuneraciones. A su vez, asistir a cursos fuera de su jornada ordinaria de trabajo solamente dará derecho a un descanso complementario por el mismo tiempo en el cual asistió a clases.

Otorgada una capacitación, el profesional funcionario tiene la obligación de asistir a su impartición y los resultados obtenidos en la actividad serán considerados para las calificaciones del funcionario.

Igualmente, de la misma forma que los programas de especialización médica financiados con fondos del Estado, los profesionales funcionarios se encuentran obligados a desempeñarse en la Administración del Estado durante la capacitación y, al menos el doble del tiempo de duración de la misma, una vez terminada, en el establecimiento de salud respectivo o en cualquier otro órgano perteneciente a la Administración del Estado. Frente a su incumplimiento, estos deben reembolsar el gasto que se hubiese incurrido con motivo de la capacitación y, mientras ese reembolso no se efectúe, quedarán inhabilitados para volver a ingresar a la Administración del Estado.

Distintos dictámenes de la Contraloría General de la República han determinado que los diferentes tipos de capacitaciones reguladas en el Estatuto son voluntarias para los funcionarios, no pudiendo ser compelidos a postular en los concursos respectivos[153].

Referente a la obligación del funcionario beneficiado con la capacitación de asistir a la misma, es prevista bajo la figura de la comisión de servicios, cuyo cumplimiento debe ser evaluado en el procedimiento calificatorio respectivo; el dictamen 10.317-1999, al respecto:

> "*Los funcionarios que participan de un proceso de instrucción y capacitación durante un período de evaluación funcionaria, deben ser calificados, porque las excepciones al proceso calificatorio son de derecho estricto y tales situaciones no están consideradas en la ley No 18.834, no pudiendo sostenerse que la actividad*

153 Véase dictámenes N° 32.557-1995 y 19.040-2000, ambos de la Contraloría General de la República.

de capacitación sea ajena al cumplimiento del deber funcionario y, por ende, exenta de calificación. La capacitación debe entenderse como una comisión de servicio, y como tal es obligatoria para el empleado, cuyo cumplimiento puede y debe ser evaluado mediante los procedimientos clasificatorios establecidos por la legislación estatutaria (...)".

El periodo que debe desempeñar el funcionario una vez terminada la capacitación que, como ya hemos dicho, al menos debe ser el doble de su duración, no es impedimento para el cese de funciones en su cargo público, circunstancia que también extingue la obligación de desempeño. El dictamen Nº 22.338-1994, lo consagra expresamente:

"*La obligación de continuar desempeñándose en la institución respectiva o en otra de la Administración del Estado, por a lo menos el doble del tiempo de extensión del curso de capacitación, no puede significar que el servicio deba renovar los contratos del personal que se desempeña bajo esta modalidad. Por lo tanto, si esto último no sucede, el funcionario contratado que fue capacitado no debe cumplir esa obligación*".

A diferencia de los programas de especialización médica financiados por el Estado, en los cuales debe ser constituida una garantía suficiente para caucionar las obligaciones posteriores, en el caso de estas capacitaciones no existe tal deber, siendo ilegal su requerimiento[154]. No obstante, frente al incumplimiento de las obligaciones que impone el otorgamiento de una capacitación, el órgano público debe adoptar las medidas concernientes a obtener el reembolso de los montos invertidos, sin perjuicio de la inhabilidad para ingresar nuevamente a la Administración del Estado; el dictamen Nº 46.025-2010, indica:

"*Respecto de quienes presentaron su renuncia voluntaria al empleo que servían en una entidad sin reembolsar el costo de la actividad de capacitación en que participaron y que correspondía a la ejecución del plan anual de capacitación de ese año, aquella debe adoptar las medidas pertinentes para el cobro de las sumas adeudadas, ello sin perjuicio de que los exservidores quedarán inhabilitados para volver a ingresar a la Administración, en la medida que no efectúen el reembolso en los términos previstos en el artículo 31 del Estatuto Administrativo, debiendo la autoridad que corresponda informar este hecho a la Contraloría General de la República para efectos de su registro (...)*"[155].

---

154 Véase dictamen Nº 30.770-1991, de la Contraloría General de la República.

155 En el mismo sentido dictamen Nº 43.557 -2011 de la Contraloría General de la República.

5. BIBLIOGRAFÍA

a. Doctrina

i. Celis Danzinger, G., *Derecho de la función pública*. Legal Publishing Chile, 2020, pp. 281-288.

ii. Valdivia Olivares, J., *Manual de Derecho Administrativo,* Tirant lo Blanch, 2018, pp. 122 y 123.

iii. Bermúdez Soto, J., *Derecho administrativo general*. Legal Publishing Chile, 2011, p. 341-342.

iv. Vivanco Martínez, A., *Curso de derecho constitucional, Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile, tercera edición actualizada, 2021, pp. 760-762.

b. Jurisprudencia administrativa

i. Dictamen Contraloría General de la República N° 10.317-1999.

ii. Dictamen Contraloría General de la República N° N° 32.557-1995.

iii. Dictamen Contraloría General de la República N° 19.040-2000.

iv. Dictamen Contraloría General de la República N° 63.039-2004.

v. Dictamen Contraloría General de la República N° 34.456-2002.

vi. Dictamen Contraloría General de la República N° 85.218-2016.

vii. Dictamen Contraloría General de la República N° 48.223-2016.

viii. Dictamen Contraloría General de la República N° 72.471-2016.

ix. Dictamen Contraloría General de la República N° 24.259-2002.

x. Dictamen Contraloría General de la República N° 6467-2003.

xi. Dictamen Contraloría General de la República N° 40.181-2001.

xii. Dictamen Contraloría General de la República N° 36.596-2017.

xiii. Dictamen Contraloría General de la República N° 49.433 del 2015.

xiv. Dictamen Contraloría General de la República N° 46.025-2010.

xv. Dictamen Contraloría General de la República N° 65.801-2014.

xvi. Dictamen Contraloría General de la República N° 33.109-2013.

xvii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 84.907-2013.
xviii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 62.712-2014.
xix. Dictamen Contraloría General de la República Nº 77.884-2014.
xx. Dictamen Contraloría General de la República Nº 8.487-2003.
xxi. Dictamen Contraloría General de la República Nº 30.770-1991.
xxii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 43.557-2011.
xxiii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 51.466-2015.
xxiv. Dictamen Contraloría General de la República Nº 40.661-2007.
xxv. Dictamen Contraloría General de la República Nº 6.435-2000.
xxvi. Dictamen Contraloría General de la República Nº 55.663-2008.
xxvii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 56.311-2014.
xxviii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 6.435-2000.
xxix. Dictamen Contraloría General de la República Nº 11.172-2020.
xxx. Dictamen Contraloría General de la República Nº 54.302-2005.
xxxi. Dictamen Contraloría General de la República Nº 3.131-2015.
xxxii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 47.252-2016.
xxxiii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 22.779-2010.
xxxiv. Dictamen Contraloría General de la República Nº 34.864-2010.
xxxv. Dictamen Contraloría General de la República Nº 16.714-2014.
xxxvi. Dictamen Contraloría General de la República Nº 29.724-2005.
xxxvii. Dictamen Contraloría General de la República Nº 2543-2013.

6. COMENTARIOS DESDE UNA MIRADA GREMIAL

Dr. Luis Ignacio de la Torre Chamy

A casi 30 años de la publicación de la Ley Nº 19.664, es posible dar cuenta de las dificultades en su aplicación e implementación, ya sea a raíz de problemas administrativos a nivel de Servicios de Salud o de Ministerio de Salud; al igual que la fricción constante que provoca contar con presupuestos públicos limitados, la creciente demanda usuaria de las redes asistenciales y la necesidad de perfilar, como una opción atractiva, el servicio público para el ejercicio médico, evitando su fuga al sector privado.

Una de ellas es la forma de entregar asignaciones de estímulo por competencias profesionales. Pese a tener un carácter transitorio se han transformado en asignaciones que, en la práctica, perduran varios años, y su modificación ha sido sumamente compleja. Por esta razón aquellas especialidades que han obtenido el máximo de la asignación (180%) no tienen ningún estímulo posterior y las que se encuentran en niveles menores (40-170%) no son modificadas por falta de presupuesto.

Otro aspecto relevante de esta Ley es la asignación de responsabilidad para las jefaturas de servicios clínicos, hospitales o Servicios de Salud. Con el paso del tiempo ha demostrado ser insuficiente para atraer y retener a médicos expertos en gestión clínica, que deseen integrarse a los equipos de salud, pues los montos asociados a esta asignación no compensan la dedicación exclusiva de muchos de los cargos directivos, pero además muchos cargos de jefatura no tienen un financiamiento para la asignación establecida, por lo que no se incorporan a la remuneración. Otro aspecto negativo es que para aquellos colegas especialistas, con asignación de estímulo por competencias profesionales, si se dedican enteramente a la gestión, pierden la primera asignación, lo cual para algunas especialidades implica una reducción salarial y por ende un desincentivo.

Respecto a la Etapa de Planta Superior, pese a reglamentar lo relativo a la acreditación que se exige para subir a este nivel, y que el sistema ha probado ser bastante exigente en términos de los requisitos requeridos (tiempo de servicio, producción, formación continua y calidad funcionaria) para alcanzar los niveles superiores, es necesario que exista disponibilidad presupuestaria para acceder a la mejora remuneracional relativa al ascenso de nivel de la planta superior. En la mayoría de los Servicios de Salud, al no existir disponibilidad financiera, cada profesional queda en un cupo de lista de espera, de acuerdo al orden de procedencia, del proceso en que resultaron acreditados. Esta nómina, en algunos

Servicios de Salud, ha demorado más de cuatro años en acceder al pago efectivo de la mejora remuneracional determinada de acuerdo a su nuevo nivel de la planta superior, y eso sin lugar a dudas desincentiva esta forma de carrera funcionaria.

Esta Ley fue presentada en su momento como una estrategia que permitiría atraer y retener especialistas en la red pública de salud, contando los gestores sanitarios con un cuerpo normativo, que permitiría mejorar la remuneración de especialistas y subespecialistas debidamente certificados, potenciando a aquellos colegas con cargos de 22, 33 o 44 horas y a quienes concentren al menos la mitad de sus horarios en las tardes (jornadas prioritarias). También buscó generar estímulos transitorios en determinadas especialidades que de manera fundada el gestor de red (Director de Servicio de Salud) pudiera justificar como estrategias para enfrentar de mejor forma las necesidades de salud de la población, y apuntó a mejorar la remuneración de especialistas en determinados centros de salud de la red, ya fuera por condiciones de alejamiento geográfico o por condiciones laborales de riesgo. Finalmente y reconociendo la educación médica continua contempló espacios de capacitación y perfeccionamiento para los especialistas.

Ha quedado en evidencia desde su implementación que debe ser mejorada y contar con un sistema continuo de evaluación y perfeccionamiento, dado los vertiginosos cambios de la atención en salud y las diversas necesidades de la red. Uno puede ser crítico respecto de la incapacidad de esta Ley en conseguir, por ejemplo, reducir las brechas de especialistas en el sector público, pero podemos afirmar que esta brecha tiene múltiples causales que no pueden ser modificadas solo por este cuerpo normativo. Dicho lo anterior, si debiéramos priorizar las áreas de mejora, podemos nombrar las asignaciones de estímulo, de jornada prioritaria, de condiciones laborales de riesgo y sobre todo las de responsabilidad, todas las cuales deben ser estudiadas y mejoradas para permitir que cumplan uno de sus objetivos primordiales: "atraer y retener especialistas, tanto en gestión clínica como en las distintas áreas de la medicina, odontología, química y farmacia y bioquímica". Otro punto a considerar, es que en los escenarios modernos de gestión, es posible pensar en que la ley incluya nuevas formas de remuneración basadas en el cumplimiento de metas u objetivos programáticos, basados en rendimientos de atención clínica o producción de procedimientos o cirugías o resolución de problemas de salud complejos en un contexto de eficiencia.

Es imperativo avanzar mediante estrategias de trabajo colaborativo entre el Ministerio de Salud y los colegios profesionales afectos a esta Ley, en las mejoras,

tanto en el diseño como en su implementación, y sobretodo, contar con los recursos sanitarios suficientes para poder al menos remunerar de acuerdo a los criterios establecidos a cada profesional, y no postergar sus mejoras salariales al espacio virtual de la disponibilidad presupuestaria, que ha demostrado ser un limbo del cual muchas veces se tarda años en lograr la asignación que por mérito se ha alcanzado previamente.

Derechos fundamentales de los trabajadores sujetos al Código del Trabajo y su protección

Abogado Ignacio Avendaño Leyton[156]
Dr. Álvaro Llancaqueo Valeri[157]

I.

Con la publicación de la Ley Nº 20.087 se modificó el procedimiento laboral con el objeto principal de agilizar los juicios, trayendo consigo la oralidad al proceso. En este entendido, se introdujeron tres nuevos tipos de procedimientos, a saber, el procedimiento de aplicación general u ordinario[158], procedimiento monitorio[159] y el que nos ocupa, esto es, el procedimiento de tutela laboral[160].

Esta incorporación en la ley, en lo que dice relación al resguardo de los derechos fundamentales, fue toda una innovación en nuestro ordenamiento jurídico y, además, una tendencia actual de nuestro legislador, produciéndose lo que se conoce como la *constitucionalización del derecho*, es así como vemos que en otras ramas del derecho igualmente se establecen procedimientos especiales de tutela o de vulneración de derechos, por ejemplo, en materia tributaria[161]. Este

156 Abogado, cursó el Diplomado en Normativa Laboral y Laboral en la Empresa. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Procesal. Actualmente Abogado a cargo de Código del Trabajo en UDELAM, Santiago.

157 Médico Universidad de Chile. Especialista en Medicina Interna PUC. Especialista en Enfermedades Infecciosas y microbiología clínica Hospital Universitario Gregorio Marañon Madrid España Profesor Asociado Departamento de Medicina Interna Universidad de Concepción.

158 Artículos 446 y siguientes del Código del Trabajo.

159 Artículos 496 y siguientes, *ibídem*.

160 Artículos 485 y siguientes, *ibídem*.

161 Artículos 155 y siguientes del Código Tributario, incorporado por la Ley Nº 20.322, publicada en el Diario Oficial el día 27 de enero de 2009.

cambio se produce al extraer de la norma fundamental ciertos derechos o garantías para situarlos dentro de nuestra legislación común u ordinaria, lo que algunos autores explican como el desembarco de la CPR a todas las ramas o rincones del derecho[162].

Esta misma idea expresaba el Ejecutivo en su Mensaje de fecha 22 de septiembre de 2003, señalando lo siguiente: "*Uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no solo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas.*

Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no solo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. Como nos señala el insigne jurista italiano Norberto Bobbio, el "problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos".

Teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas, se ha estimado de vital importancia, siguiendo muy de cerca las experiencias comparadas, diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento especial que de cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección[163]", lo que dejaba de manifiesto la necesidad de consagrar la ciudadanía en la empresa en nuestra legislación, por medio de un procedimiento que permitiera una protección efectiva de dicha condición.

A consecuencia de ello, nuestro legislador sustrae el conocimiento de la conculcación de ciertos derechos constitucionales de las Cortes de Apelaciones hacia los tribunales inferiores (especiales), como son los Juzgados del Trabajo.

Por otra parte, si bien es cierto en el Código del Trabajo se establece en su artículo 5º una limitante al ejercicio de las facultades del empleador, siendo estas las garantías constitucionales de los trabajadores, también es cierto que dicha limitante estaba dirigida a proteger especialmente la intimidad, vida privada o

---

162 En este sentido, Ugarte, José Luis en *La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo, de Erizo a Zorro*, Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XX - Nº 2 - diciembre de 2007, pp. 49 a 67.

163 Historia de la Ley Nº 20.087.

la honra, pero no existía un mecanismo específico de protección que abarcara explícitamente otros derechos o garantías consagrados en la CPR.

Cabe explicar que, cuando nos referimos a los derechos fundamentales en materia laboral, debemos distinguir entre dos grandes grupos. Por una parte, tenemos los derechos de carácter eminentemente laboral, consagrados a nivel constitucional y denominados **derechos fundamentales específicos** de naturaleza laboral[164]. Por otro lado, tenemos una serie de derechos cuyo contenido no está expresamente delimitado, y que en los hechos pueden verse vulnerados por una mala práctica relacionada con el ámbito laboral, aquí hablamos de **derechos fundamentales inespecíficos**[165]. Nos referimos a aquellos que tiene el trabajador en cuanto ciudadano en su sentido amplio, relacionado con la noción de persona[166]. Es así como llegamos al concepto de *ciudadanía en la empresa*[167]. En términos generales, se refiere al hecho de que, al entrar la persona a trabajar dentro de una organización, generándose de esta manera una relación laboral, lo hace protegida por el respeto que todo particular, en este caso el empleador

164 Por ejemplo: la libertad de trabajo, la libre elección, y libre contratación y los trabajos prohibidos (art. 19 Nº 16 CPR), la libertad sindical (art. 19 Nº 19 CPR).

165 Aquellos que sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 Nº 1); derecho de igualdad y de no discriminación (19 Nºs 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 Nº 6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 Nº 4), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 Nº 5), libertad de opinión –expresión– e información (artículo 19 Nº 12), derecho de reunión (artículo 19 Nº 13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 Nº 21), etc.; así, como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política). Dictamen Nº 2856/0162, Dirección del Trabajo, 30 de septiembre de 2002.

166 Munilla, Verónica, *Mobbing y Constitución: lectura del acoso moral, a la luz de las garantías constitucionales*. Apunte de clases Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez.

167 Según Caamaño Rojo, Eduardo: "es un ámbito en el que también tiene cabida y pleno reconocimiento la ciudadanía de los sujetos que interactúan en este especial ámbito de la vida social, esto es, la aceptación de la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales emanados de su condición de persona, particularmente, derechos civiles y políticos que, en cierta forma quedaban amagados en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador", en *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, Semestre I, 2006, p. 19.

y compañeros de trabajo, debe a sus derechos fundamentales de contenido inespecífico[168].

II.

El tema de que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución tienen vigencia además de las relaciones Estado-individuo[169], en las relaciones jurídicas entre particulares, es un asunto ya resuelto por nuestros tribunales de justicia, conociéndose este fenómeno como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales[170].

En concordancia a lo señalado precedentemente, es necesario exponer ciertos conceptos generales sobre la materia. Definir qué son los **derechos fundamentales** es una cuestión absolutamente condicionada a las diversas ideologías que sobre este tipo de derechos existe. De este modo, varias denominaciones se utilizan para referirse a aquellos derechos que se considera que pertenecen a todas las personas por el solo hecho de ser tales o existir. Se habla así de derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, garantías individuales, etc. Nuestra Constitución Política los considera como derechos constitucionales.

Aun cuando en el lenguaje ordinario los términos *derechos humanos* y *derechos fundamentales* se usan como sinónimos, el primero tiene una connotación más amplia que el segundo, pues se incluyen entre los derechos humanos supuestos no incorporados como tales al derecho positivo, en tanto que los segundos –los derechos fundamentales– serían aquellos derechos humanos reconocidos por el derecho positivo nacional o internacional[171].

---

168 En este mismo sentido, Walker Errazuriz, Francisco, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Editorial Universitaria, 2003, p. 253.

169 Eficacia vertical.

170 Es decir "la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor". Ugarte, José Luis, *loc. cit.*

171 Serey Torres, Gonzalo, *Derecho Constitucional*, *Separata Nº 2 de los Derechos Básicos*, Universidad Central de Chile, 2007, p. 11.

De esta manera, según este criterio, son derechos fundamentales solo los derechos humanos positivizados, es decir, reconocidos por una norma jurídica nacional o internacional.

En conclusión podemos afirmar que los derechos fundamentales deben entenderse como "*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*"[172].

En este entendido, una de las evoluciones más interesantes en el derecho del trabajo contemporáneo ha sido la denominada aplicabilidad directa o inmediata de las normas constitucionales en las relaciones entre particulares, doctrina proveniente del derecho europeo, de la jurisprudencia alemana del año 1958[173] y que ha permitido una mejor tutela de los derechos ciudadanos del trabajador dentro de la empresa. Tal doctrina, elaborada por el Tribunal Constitucional alemán, señala que los derechos fundamentales rigen inmediatamente como derechos subjetivos en las relaciones privadas, derechos que no solo informan a los derechos del ciudadano en sus relaciones con el poder público, sino en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado[174]. La doctrina hace referencia a la "*Drittwirkung der Grundrechte*[175]", que amplía la protección del trabajador, haciendo oponibles al empleador los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados que puedan verse afectados por su parte en el uso de las facultades de organización, dirección y administración de su empresa[176].

En nuestro país, con la reforma al Código del Trabajo introducida por la Ley Nº 19.759, la *Drittwirkung* encuentra por primera vez reconocimiento normativo expreso en el ámbito laboral. En efecto, el artículo 5º, inciso 1º, de dicho cuerpo legal dispone que "*el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial*

---

172 Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Citado por Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte Cataldo, *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Santiago de Chile, Editorial Conosur, 1998.

173 A raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán en la sentencia dictada en el caso Lüth.

174 Mella Cabrera, Patricio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 215-216, año LXXII (enero-junio 2004).

175 Literalmente, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales.

176 En este mismo sentido, Ugarte, José Luis, *loc. cit.*

cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos". Con esta reforma, la resolución de conflictos jurídico-privados con base en normas constitucionales ya no solo compete a los tribunales superiores, por vía los recursos contemplados en la Carta Fundamental, sino que se le otorga esta competencia también a la jurisdicción laboral, cuando se trata de la lesión de derechos fundamentales con ocasión de una relación de trabajo.

La justificación de este reconocimiento normativo es bastante evidente y dice relación con la lógica tutelar del Derecho Laboral. Se trata de extender la protección de los trabajadores dependientes, reconociendo la llamada "*ciudadanía laboral*" o plena vigencia que los derechos fundamentales tienen dentro de la relación de trabajo[177]. Estos derechos pueden verse especialmente afectados por normas internas de la empresa. En efecto, la discusión sobre si la *Drittwirkung* había de reconocerse en forma expresa en el ámbito laboral, parte de la doctrina establecida por la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo que, a través de una serie de dictámenes, se pronunció favorablemente en cuanto a reconocer que los derechos fundamentales constituyen un límite infranqueable para las facultades del empleador[178].

En este entendido, la relación laboral, al existir un marco de subordinación, es un terreno muy propicio para que se presenten conflictos por la vulneración de los derechos fundamentales, principalmente por parte del empleador en desmedro del trabajador. En efecto, por su esencia, el contrato de trabajo importa la ejecución de los servicios personales del trabajador, intelectuales o materiales, con sujeción a la dependencia o subordinación de su empleador[179].

En razón de ello, el reconocimiento normativo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en nuestro orden jurídico no había significado hasta ahora la vigencia efectiva de los mismos, cuestión que la doctrina había destacado, anotando profundo divorcio entre las normas y la realidad.

El problema era que, a pesar de la existencia de diversas normas que apuntan en la línea de reconocer la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, nuestro orden jurídico presentaba un evidente déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, lo

177 En igual sentido, Gamonal Contreras, Sergio, *El procedimiento de tutela de los derechos laborales*, Editorial LexisNexis, 2007, p. 3.

178 Ver dictamen N° 2856/0162 de fecha 30 agosto de 2002.

179 Ver artículos 3 y 7 del Código del Trabajo.

que se expresaba, precisamente, en la falta de cauces procesales idóneos y específicos, situación que lo aleja considerablemente del nivel de aquellos países que se han tomado en serio la idea de otorgar tutela efectiva a dicho derechos[180].

En tanto, la vía estándar que nuestro ordenamiento jurídico contempla para la tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, la denominada *acción de protección*, se había mostrado absolutamente inútil para la tutela de dichos derechos en la relación laboral.

Ahora lo que el trabajador no obtenía de la acción de amparo constitucional, tampoco lo obtenía de las normas procesales del Derecho del Trabajo. La razón era simple: nuestro Derecho Procesal del Trabajo se había mantenido fijo en su parte funcional durante un buen período de tiempo.

La concepción patrimonial de la tutela procesal laboral, propia del nacimiento del Derecho del Trabajo, sobre la cual se construía la mayor parte de la estructura procedimental de nuestro Código, entendía que el único conflicto o litigio jurídico laboral digno de amparo judicial es el que involucra el ejercicio de derechos avaluables en términos económicos. Y además lo hacía sobre una estructura procedimental que no reconocía la debilidad procesal del trabajador, siendo, más bien, una extensión del proceso civil con un juez especial para fallar[181].

Obviamente que, así entendidas las cosas, no había existido en nuestra legislación laboral espacio para la creación de los cauces procesales necesarios para la protección de "*derechos no patrimoniales*", vinculados, más que el intercambio de servicio por salario, a la dimensión moral del sujeto, entendido como ciudadano.

En ese sentido, la reforma procesal laboral implementada por la Ley Nº 20.087 y, en particular, el procedimiento de tutela, es el primer paso del orden jurídico laboral nacional por tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando a desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos solo quedaba restringida el cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al

180 En este mismo sentido, Flores Monardes, Álvaro, en *Algunas Notas sobre Derechos Fundamentales y Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda, publicado el 08 de septiembre de 2004, disponible en: www.iej.cl

181 En este mismo sentido, Ugarte Cataldo, José Luis, *loc. Cit.*

efecto expansivo de los derechos fundamentales. Idea esta última, a la que por fin comienza a confluir, tanto la ley como la jurisprudencia judicial[182].

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales va, precisamente, en esta dirección. Se trata de un avance, el primer paso de un camino que recién comienza a recorrerse. Viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados, y en este particular caso, al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no solo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata o directa, en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado en la relación laboral, el empleador[183].

Por lo tanto, es la tutela laboral que viene a acentuar una protección efectiva hacia los trabajadores. Lo cual se plasma en un procedimiento breve y con innovaciones, especialmente, en la sentencia que se pronuncia sobre este.

III. DERECHOS GARANTIZADOS O TUTELADOS

De conformidad al artículo 485 del Código del Trabajo, el procedimiento de tutela laboral se aplicará respecto de cuestiones que se susciten en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por estos[184]:

a) Artículo 19, Nº 1, inciso primero de la CPR, esto es "*El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*", siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.

Lo anterior implica la prohibición de todo tipo de tratos denigrantes en contra de la persona del trabajador que pudieran afectar de manera directa su integridad psíquica. Además, agrupa, por ejemplo, varias de las causales de término del contrato de trabajo del artículo 160, como las vías de hecho entre trabajador y empleador.

---

182 En igual sentido, Gamonal Contreras, Sergio, *loc. Cit.*

183 En el mismo sentido Flores Monardes, Álvaro, *loc. Cit.*

184 Este catálogo de derechos protegidos es de carácter taxativo, sin embargo, también será aplicable el procedimiento de tutela a cualquier tipo de prácticas antisindicales y desleales.

Encontramos necesario recordar en forma sucinta lo que protege nuestra carta fundamental. En primer término, la protección constitucional se preocupa de asegurar *el derecho a la vida*, esto es, que todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida y de exigir que el ordenamiento jurídico se la proteja contra atentados de la autoridad o de particulares, y obviamente del empleador.

En este sentido, nuestros Tribunales superiores han precisado los alcances del derecho a la vida, sosteniendo que: "...es de derecho natural que el derecho a la vida es el que tenemos para que nadie atente contra la nuestra, pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos, sino en la facultad de exigir de los otros la inviolabilidad de ella"[185].

Siguiendo el principio anterior, la magistratura ha declarado ilegal cualquier hecho que atente contra la vida de un sujeto, aunque la causa provenga de él mismo, como ocurre, por ejemplo, con la huelga de hambre[186].

En segundo término, y estrechamente vinculado con el derecho a la vida, está el *derecho a la integridad física y psíquica*; ellas no pueden ser atropelladas por el legislador ni por autoridad o persona alguna, menos por los empleadores.

En sentido natural y obvio, **integridad** es la cualidad de íntegro, o sea, de algo que reúne todos sus miembros, o que no carece de ninguna de sus partes que lo componen[187].

El derecho a la integridad física consiste en el derecho que tiene todo individuo a que no se le ocasione daño, lesión o menoscabo en su persona física; aquí podemos situar a las mutilaciones o cercenamiento de partes del cuerpo, las lesiones, o daños provocados en el cuerpo.

---

185 Considerando 10º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 9 de agosto de 1980, reproducida en la XII Revista Chilena de Derecho Nº 1 (1983) Pág. 148.

186 Ver sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Copiapó el 24 de marzo de 1992, rol 3569.

187 Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, disponible en www.rae.es.

Según LINARES, mientras que el bien de la vida consiste pura y simplemente en la existencia, la integridad física, que presupone la vida, agrega la incolumidad[188] física, cuya jerarquía indudablemente es inferior al presupuesto. La integridad y la incolumidad física son afectadas cuando se ocasiona un daño en el cuerpo o en la salud[189].

Por otra parte, el constituyente agregó expresamente el derecho a la integridad psíquica, es decir, aquella integridad psicológica o espiritual de las personas.

En este ámbito, uno de los asuntos que asegura el Código Político al trabajador, es protegerlo del acoso, ya sea sexual o laboral (*mobbing*). Debiendo entender por **acoso,** a la acción y efecto de acosar, es decir, perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos[190].

En este entendido, encontramos plenamente aplicable este procedimiento de tutela al **acoso sexual,** no obstante, su regulación especial en el Código del ramo[191]. Este tipo de acoso es definido por el legislador laboral como "el que realiza 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 de empleo[192]".

Por otra parte, el **acoso laboral** se define a partir de entrada en vigencia de la Ley Nº 20.607 como 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

b) Artículo 19, Nº 4 de la CPR, esto es "*El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*", o también conocido en doctrina como el derecho a la intimidad y a la honra.

---

188 Estado o condición de incólume, es decir, sano, sin lesión o menoscabo. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, disponible en www.rae.es.

189 Linares Quintana, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo III, p. 526.

190 Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, disponible en www.rae.es

191 Artículos 211-A y siguientes del Código Laboral.

192 Inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo.

En este ámbito, se entiende a la vida privada relacionada directamente con la intimidad. En el contexto laboral no es posible por cláusulas contractuales violentar la garantía de protección de la vida privada de las personas, por ejemplo, en ciertos supuestos relativos a las cámaras de videovigilancia instaladas en el lugar de trabajo, toda vez que existe una colisión entre las funciones administrativas del empleador y la privacidad de los trabajadores, inclinándose en forma prácticamente unánime la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo y de los tribunales de justicia a favor de la protección de esta forma de intimidad basada en el principio de dignidad de la persona[193].

La *vida privada*, que es aquella que comprende la vida familiar entre cónyuges, entre padres e hijos; comprende la vida sentimental, y en general aquellas actividades propias de la intimidad de la persona. También puede ser definida como el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento[194]. La intrusión en ellos quebranta, en consecuencia, el bien jurídico constitucionalmente protegido.

A mayor abundamiento, el artículo 22 inciso final de la Ley Nº 19.048 sobre abusos de publicidad, proporciona un concepto descriptivo de la vida privada, al señalar que "se considerarán, en todo caso, pertenecientes a la vida privada los hechos relativos a la vida sexual, conyugal o doméstica de una persona, salvo que ellos fueran constitutivos de delito". Complementa aún más el concepto lo preceptuado en el artículo 2º letra g) de la Ley Nº 19.628 sobre protección de la vida privada, al definir **datos sensibles**, como "aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de la vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físico o psíquico y la vida sexual".

Por otro lado, la *honra* es la buena opinión, la buena fama, adquirida por la virtud y el mérito, es decir, el prestigio o la reputación que una persona goza en el ambiente social, ante el prójimo o los terceros en general[195]. Como se desprende, la honra se halla íntima e indisolublemente unida a la dignidad de la persona y a su integridad, sobre todo de naturaleza psíquica.

---

193 Ver Ordinario: Nº 2328/130 de fecha 19 de julio de 2002, Dirección del Trabajo.

194 Cea Egaña, José Luís, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 178.

195 Cea Egaña, José Luis, *loc. cit.*

El respeto y protección se extiende a la familia, principal grupo intermedio y célula básica de la sociedad[196], con lo cual se protege incluso a las personas fallecidas.

Señala SORIA que la protección jurídica no puede articularse de un modo directo sobre el honor. Ha de partir sin duda del honor, pero debe construirse sobre el concepto de la honra. En otras palabras: lo que puede y debe protegerse en primer término es el derecho a la honra, ya que en él adquiere su encarnación social y su trascendencia el honor. Por otra parte, al proteger jurídicamente la honra, queda protegido también el honor que es, en definitiva, el objeto del respeto y el reconocimiento de la honra[197].

En tanto, la jurisprudencia ha definido los conceptos de vida privada y honra en los términos siguientes: "Por *vida privada* se entiende aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento. (...). Por su parte, el término *honra* tiene dos acepciones: a) subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por sí mismo, y b) objetivo: que es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno, amparando la Constitución este segundo aspecto, pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y esta es la que regula el Derecho, toda vez que constituya la proyección de la dignidad del ser humano"[198].

c) Artículo 19, Nº 5 de la CPR, en lo relativo a *la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada*.

Esta garantía dice relación con la imposibilidad de que a través de cláusulas del contrato de trabajo, el empleador pueda interceptar comunicaciones privadas del trabajador. Más allá de la discusión referida al alcance de la expresión "comunicación privada", es claro que la única forma a partir de la cual es posible establecer una excepción a esta garantía, es a través de una norma de nivel legal y no a partir de instrumentos particulares. Así, por ejemplo, en el controvertido caso de acceso al contenido de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores[199].

---

196 Ver artículo 1º inciso 2º de la Constitución Política de la República.

197 Soria S., Carlos, *Derecho a la información y derecho a la honra*. Editorial A.T.E. Barcelona, 1981, p. 26.

198 Considerando 7º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 31 de mayo de 1993, rol 983-93, confirmada por la Corte Suprema el 15 de junio del mismo año.

199 En este sentido, ver Ordinario Nº 260/19, Dirección del Trabajo, 24 de enero de 2002.

En esta garantía, la expresión utilizada por el constituyente es deliberadamente amplia y protege cualquier forma de comunicación "privada". Aquí caben, por cierto, la correspondencia, las cartas, papeles, e-mails que se despachan o reciben, etc.

En este ámbito, consideramos que están comprendidas las comunicaciones telegráficas, las telefónicas, visuales, audiovisuales o cualquiera otra comunicación privada, es decir, cualquiera hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada solo al conocimiento de ambos y no del público ni terceros más circunscritos.

La inviolabilidad comprende tanto el aspecto material como el contenido. La Constitución garantiza la inviolabilidad material, puesto que los documentos privados no pueden abrirse, ni registrarse o interceptarse.

Esta inviolabilidad es una proyección de los atributos personalísimos del individuo en la familia, el trabajo y otras expresiones de su personalidad. Trátase de un atributo muy cercano a la dignidad humana. Por ende, es la intimidad, unida a la libertad, la base o cimiento de este derecho.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado: "Nuevamente, estima esta Magistratura oportuno destacar el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial, pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia"[200].

d) Artículo 19, Nº 6 inciso primero de la CPR, esto es "*La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público*".

Desde el punto de vista de la relación laboral, es importante señalar que existiendo una jornada laboral que incluye el día sábado, la garantía de libre manifestación de todas las creencias dentro del ambiente laboral no implica en ningún caso que el empleador esté obligado a otorgar un día de descanso adicional al del día domingo a quien considera el sábado un día de cierta significancia religiosa[201]. En otras palabras, el alcance del derecho implica la posibilidad de

200 Considerando 19º de la Sentencia pronunciada por el TC el 28 de octubre de 2003, rol Nº 389.

201 Ver Ordinario Nº 5100/193 de la Dirección del Trabajo, de fecha 09 de diciembre de 2004.

ejercer con toda libertad los cultos a que pertenezcan los trabajadores, siempre que se realice en términos de asegurar el debido cumplimiento de las normas y leyes que regulan la relación laboral de que se trate.

Según los constitucionalitas, este derecho contiene tres valores que el Poder Constituyente reconoce o asegura a todas las personas.

En primer término, la disposición reconoce una libertad que excede a la índole solo religiosa, pues se refiere a la conciencia de la persona. La *libertad de conciencia* mira el derecho de pensar sin coacción externa, en este sentido, conciencia es la facultad del intelecto humano de percatarse de algo, sea interno o externo al sujeto o al yo. De lo expuesto, se desprende que la conciencia es una cualidad íntima y, por lo tanto, irregulable por el Derecho mientras no se exteriorice o manifieste, de modo sensible a través de conductas observables o perceptibles.

La conciencia se hace patente de múltiples maneras, de las cuales aquí mencionamos solo la libertad religiosa. Existen, por lo mismo, otras concreciones de ella, por ejemplo, en la obediencia o no al Derecho, en la objeción de conciencia ante el servicio militar, etc..

En segundo término, tenemos *la manifestación de creencias*, estas se refieren a la fe, o al credo que la persona tiene sobre la divinidad. Nos situamos aquí en un tema más concreto y que se caracteriza por la existencia de una adhesión, íntima y sincera, a los principios de la fe en Dios, cualquiera sea la religión o iglesia.

Ciertamente, las creencias son una secuela de la libertad de conciencia en ligamen con la religión. La manifestación posterior de tales creencias coincide, por lo mismo, con la exteriorización de la libertad de conciencia, esto es, el derecho de expresar libremente las convicciones religiosas.

Ampara, por lo tanto, la opinión, difusión, propagación, de ideas de carácter religioso que pueda tener el trabajador.

Por último, tenemos el *ejercicio libre de todos los cultos*, puesto que la libertad religiosa asegura al creyente que pueda practicar su religión, mediante las ceremonias con que se tributan homenajes a Dios, cualquiera sea la creencia. Observamos aquí como se va circunscribiendo el significado de la libertad de conciencia, pues ahora se trata de la profesión pública de un culto, de la adhesión libre a una confesión religiosa y al rito con que se expresa la adoración a

Dios. Quedando todos los actos externos que muestran la existencia de una fe religiosa amparados por esta garantía[202].

En cuanto a las limitaciones de estas libertades, es menester señalar que todos los derechos no son absolutos y este en un claro ejemplo, pues el derecho en análisis tiene las tres limitaciones siguientes: la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Según EVANS, la **moral** es la conformidad de lo que hace el ser humano con los imperativos que derivan de su naturaleza racional, y el concepto de **buenas costumbres** se refiere a las prácticas sociales generalmente aceptadas como procedentes en el plano de la ética. Por otro lado, el **orden público** es la concordancia entre el comportamiento de los gobernados y la institucionalidad que, legítimamente, regula la convivencia colectiva[203]. Sin embargo, tales limitaciones no son copulativas, por lo cual la presencia de una de ellas deslegitima el ejercicio del culto respectivo.

e) Artículo 19, Nº 12, inciso primero de la CPR, esto es "*La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado*".

---

202 Se dejó constancia por parte de la C.E.N.C. que todas las Iglesias y confesiones religiosas tienen personalidad jurídica de derecho público. En esta materia se hace una clara distinción por cuanto ya el Constituyente de 1925 reconocía dicha calidad a la Iglesia católica, en cambio, para las restantes iglesias requerían del reconocimiento por parte de la autoridad.

Con el fin de regularizar esta materia, se publicó en el diario oficial el 14 de octubre de 1999 la Ley Nº 19.638, la cual *establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas*.

Para los efectos de esa ley, *se entiende por iglesias, confesiones o instituciones religiosas las entidades integradas por personas naturales que profesen una determinada fe*. (art. 4º). La propia ley establece un procedimiento especial de constitución de Iglesias (art. 10º), asimismo, señala expresamente que estas no podrán tener fines de lucro (art. 9º).

Esta ley con el objeto de evitar faltar al principio de igualdad, señala en su artículo 17 que "Las personas jurídicas de entidades religiosas regidas por esta ley tendrán los mismos derechos, exenciones y beneficios tributarios que la Constitución Política de la República, las leyes y reglamentos vigentes otorguen y reconozcan a otras iglesias, confesiones e instituciones religiosas existentes en el país". Serey Torres, Gonzalo, *Derecho Constitucional*, *Separata Nº 8*, Pág. 3, 2007.

203 Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 262.

Esta es la forma en que nuestra Constitución asegura la garantía de libertad de expresión, derecho fundamental que también debe ser especialmente respetado en el ambiente de trabajo, en términos tales de ser uno de los fundamentos previos de la existencia de la sindicalización en la empresa, elemento fundamental del equilibrio entre las fuerzas del empleador y los trabajadores en el proceso de negociación colectiva, además de garantizar de esta forma la existencia de diarios murales por parte de los sindicatos y de boletines informativos respecto de actividades y derechos.

La libertad de expresión es un concepto genérico, en el cual quedan incluidas las libertades de emitir opinión y de informar.

Es preciso señalar que los conceptos aludidos, son diferentes y no deben ser confundidos. La **opinión** es un juicio de valor pronunciado por quien tiene un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia. En consecuencia, opina aquella persona que no está segura de lo que expresa, pero que tampoco desconoce por completo el asunto sobre el cual emite un juicio[204].

Se garantiza la libertad de emitir opiniones en cualquier forma y por cualquier medio. En esta fórmula amplia se quiere comprender todo medio técnico susceptible de transmitir el pensamiento, ya sea de palabra, por escrito, mediante imágenes, a través de la radio, la televisión, internet, el teléfono, el telégrafo, cintas grabadas, el cine o cualquier otra modalidad.

Se garantiza también que esta libertad de emitir opiniones es sin censura previa[205], esto es, que no hay un control preventivo de esta libertad, el sistema más bien es represivo, o sea, hay plena libertad pero con responsabilidad, así nos señala la parte final del inciso primero de esta garantía.

Por otra parte, la **información** es el caudal de conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos, caricaturas, estadísticas, relatos y comentarios, sean subjetivos o no. La información es, sin duda, el supuesto o base de las opiniones, porque estas requieren la libre difusión de mensajes, para llegar a ser emitidas. Sin

204 Cea Egaña, José Luis, *loc. cit.*

205 *Censura*: cualquier impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, disponible en www.rae.es

información previa, libremente emitida y recibida también así, resulta inconcebible la posibilidad de formar opiniones[206].

La regulación, garantías y limitaciones son las mismas que en la libertad de opinión.

Por otra parte, afirmamos que, aunque el derecho a recibir información no se encuentre en la norma constitucional, forma parte integrante de ella, porque de nada sirven las libertades de opinión y de comunicación garantizadas si ellas no tienen destinatarios reales con derecho a exigir su recepción y conocimiento. Por ello concluimos que las tutelas y las limitaciones que la institucionalidad brinda a estas garantías se extienden, por su naturaleza, al derecho de toda persona a recibir las noticias y las informaciones[207].

f) Artículo 19, Nº 16 de la CPR en lo relativo a *la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección* y lo establecido en el inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

El inciso cuarto señala: "*Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley*".

En esta garantía el Poder Constituyente establece las bases y finalidades del derecho laboral, teniendo esta disciplina como objeto de estudio el trabajo como un atributo de la persona inherente a su dignidad.

Siguiendo al profesor SEREY, *la libertad de trabajo* constituye una manifestación de la libertad personal, si se es libre lo es porque se es libre para elegir su trabajo como, también, los bienes que se obtengan por medio de ese trabajo. El

206 Ver considerando 7º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 31 de mayo de 1993, rol 983-93.

207 En este mismo sentido, ver Verdugo M., Pfeffer E. y Nogueira H., *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1994, p 257.

trabajo permite la subsistencia de la persona, pero también el pleno desarrollo personal[208]. En otras palabras, lo que persigue esta libertad es garantizar que a nadie pueda impedírsele la realización de un trabajo que desee hacer, salvo las propias limitaciones contenidas en la norma. En este mismo sentido han fallado nuestros Tribunales superiores al disponer: "Que la jurisprudencia es unánime al señalar que el citado artículo 19 en su Nº 16 no protege el empleo en sí mismo, sino que resguarda el derecho de todo individuo a ejercer cualquier actividad u oficio lícito, sin perjuicio de proteger además el derecho a su libre elección"[209].

Ahora bien, en la Comisión de Estudio quedó claro que lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que se asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor, esto debido a las causales taxativas que establece el legislador para poner término a la relación laboral.

En cuanto al *derecho a la libre elección del trabajo*, lo que se asegura es la libertad para escoger un trabajo, sin que nadie pueda imponérsele un trabajo determinado. Sin embargo, este derecho es relativo, pues depende de las condiciones del país en el ámbito laboral. Con índices elevados de cesantía es difícil que el derecho pueda ser ejercido. En la medida que existen oportunidades reales de trabajo, entonces se vuelve posible la libre elección en función del progreso del trabajador.

Estas libertades se refieren tanto a los trabajadores dependientes, es decir, a los que se realizan con sujeción o de acuerdo a un contrato de trabajo, como también al trabajador independiente o efectuado por cuenta propia, sin estar laborando sometido a un horario, ni a las instrucciones de un empleador.

El inciso cuarto del artículo 19 número 16, en palabras del profesor SEREY, consagra las excepciones a la libertad de trabajo. Siendo estas limitaciones las siguientes:

---

208 Serey Torres, Gonzalo, *Derecho Constitucional*, *Separata Nº 5 de las libertades materiales*. Universidad Central de Chile, 2007, p. 11.

209 Considerando 3º de la Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción el 15 de septiembre de 2005, rol 1535-2005.

a) las contrarias a la moral, a la seguridad, a la salubridad pública y al interés nacional en la medida en que la ley lo establezca;

b) la ley, la cual determinará las profesiones que requieren título universitario y las condiciones que deban cumplirse para exigirlas. Asimismo, establece que, ni la ley ni disposición de autoridad alguna puede exigir como condición para realizar un trabajo la afiliación a alguna organización ni la desafiliación para mantenerse en esta.

Asimismo, la reforma constitucional de 2005, agregó el texto relativo a los colegios profesionales, del cual se puede desprender lo siguiente:

1. Que se mantiene la libertad de afiliación a los colegios profesionales, no existiendo obligación de permanecer en ellos.

2. Que el Constituyente derivado manifiesta una preocupación por el control ético del ejercicio profesional, empero, solo lo podrá materializar con los afiliados a los colegios profesionales y que hayan sido constituidos en conformidad a la ley, y ello por cuanto no puede obligar su afiliación.

3. Que, sin perjuicio de lo anterior, existe una discriminación actual entre quienes se encuentran colegiados de quienes no lo están, por cuanto el proceso que se llevará en contra del afiliado lo determinará el respectivo colegio profesional, aún cuando sus resoluciones serán apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva, pero dejará al legislador la creación de tribunales especiales para quienes no están afiliados, situación que ya significa una discriminación por cuanto, frente a un mismo hecho de una misma profesión, existirán procedimientos y, por qué no decirlo, sanciones disímiles[210]. Sin embargo, en lo relativo a la creación de tribunales especiales, esto aún sigue siendo letra muerta, no existiendo ningún proyecto al respecto, lo cual necesariamente nos hace recordar lo acontecido a propósito de la creación de tribunales contenciosos administrativos.

g) *Los actos discriminatorios* a que se refiere el artículo 2º del Código del Trabajo, estos son: "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, género, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación

210 Serey Torres, Gonzalo, *Derecho Constitucional, Separata Nº 5 de las libertades materiales.* Universidad Central de Chile, 2007, p. 13.

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".

Las modificaciones a la ley han reforzado y desarrollado el principio de la no discriminación. Además de prohibir los actos de discriminación que puedan tener lugar durante el desarrollo de la relación laboral[211], el legislador pretende evitar la discriminación en etapas anteriores al momento en que nace el vínculo laboral entre trabajador y empleador, al considerar como actos de discriminación las ofertas de trabajo que establezcan como requisitos para postular distinciones, exclusiones o preferencias basadas en los motivos señalados precedentemente[212]. En otras palabras, el derecho a no ser discriminado se traduce, en que el empleador no puede establecer diferencias entre los trabajadores que no estén basadas en la capacidad o idoneidad personal, como lo sería, por ejemplo, diferenciar el pago de remuneraciones por igual función entre hombres y mujeres[213].

h) Garantía de indemnidad.

La acción de tutela protege un derecho originado en la propia Ley Nº 20.087. En efecto, lo interesante es que la ley viene a dar lugar a un derecho fundamental no expresamente previsto por el texto constitucional, aunque fundado en un derecho fundamental constitucional –el de tutela judicial efectiva[214]–, y prote-

211 En este entendido: "En cuanto al ámbito material en que puede ejercerse el derecho a la no discriminación, éste no solo se refiere a las conductas ligadas al acceso al empleo (ofertas de trabajo y selección de personal), sino también a aquellas referidas al desarrollo de la relación laboral propiamente tal, es decir, a las condiciones de trabajo y a la causa de término de la misma". Dictamen Ordinario Nº 3.704/134 de la Dirección del Trabajo, de fecha 11 de agosto de 2004.

212 En tal sentido: "Es ilícito exigir certificaciones de la empresa Dicom para postular a un trabajo, asimismo, es igualmente ilícito que la conservación de un empleo quede sujeta a certificaciones provenientes de dicha empresa o de otras de similar giro". Dictamen Ordinario Nº 3.448/168 de la Dirección del Trabajo, de fecha 12 de septiembre de 2001.

213 Es menester señalar que al menos este tipo de discriminación se encontraría erradicada con la dictación y pronta publicación de la Ley Nº 20.348 sobre igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

214 Definida en forma *estricta*, como "el derecho que garantiza al ciudadano el acceso a los tribunales de justicia y la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones substantivas y a través de un proceso equitativo", y puede ser definida en forma *amplia*, es decir no solo comprensiva del derecho a la pretensión jurisdiccional, sino también comprensivo de todas las garantías procesales constitucionalizadas que comprenden el "debido proceso". Peña

gido por la acción de tutela del nuevo procedimiento: el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocida técnicamente como **garantía de indemnidad**[215]. El artículo 485 señala en este sentido –de conducta lesiva de derechos fundamentales– "*se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por la interposición de denuncias o por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo*".

En este caso, el derecho vulnerado –conocido en el derecho comparado como garantía de indemnidad[216]– corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza (fundamentales específicos o inespecíficos, legales o contractuales), de resultas o como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos. Como ha destacado la doctrina, la garantía de indemnidad "*vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos*"[217].

Ahora bien, respecto de esta garantía el Tribunal Constitucional de España ha señalado repetidamente que: "En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe de ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos básicos de todo trabajador se encuentra

---

González, Carlos, *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno*, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, Nº 6, Universidad Diego Portales, p. 661.

215 Ugarte Cataldo, José Luis, *loc. cit.*

216 Estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, disponible en www.rae.es

217 Ugarte Cataldo, José Luis, *loc. cit.*

el de ejercer individualmente las accionas derivadas de su contrato de trabajo" (STC, Nº 120/2006, de 24 de abril del 2006).

En este sentido, el procedimiento de Tutela Laboral se estableció para proteger la actuación del trabajador ante los organismos fiscalizadores y, si se tiene en cuenta el tenor literal del artículo 485 inciso tercero segunda parte del Código del Trabajo, se le asimila a una verdadera lesión de Garantías Constitucionales. Y no puede ser de otro modo, toda vez que para que impere el Estado de Derecho no basta solo con que los derechos sustantivos se encuentren establecidos por las leyes, sino que es necesario que estos puedan ser ejercidos por sus titulares y que quienes se vean vulnerados en sus derechos estén amparados por mecanismos eficientes de carácter adjetivo, sean estos administrativos o judiciales, para exigirlos y hacerlos valer.

En efecto, el elemento esencial de la relación laboral es la subordinación y dependencia del trabajador respecto de su empleador, por lo que se trata de una forma de relación especialmente propicia para la comisión de abusos por parte del empleador, frente a los cuales la legislación protege al trabajador tanto a través de normas sustantivas como adjetivas.

IV. CONCLUSIONES

Resulta claro que el legislador se apartó del modelo cautelar constitucional a la hora de establecer un mecanismo que garantice la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. La explicación de este apartamiento se halla seguramente en el pobre desempeño de la acción de protección como remedio a la vulneración de las garantías constitucionales de los trabajadores.

La propuesta procesal parte de una concepción diversa al cautelar constitucional. En efecto, el tutelar se encuentra intensamente impregnado del carácter protectorio del Derecho sustantivo laboral, colocando al juez en una posición de garante no solo de la resolución pronta y eficaz de la pretensión de tutela, sino de la persona misma de quien pide esa tutela, a quien la legislación considera la parte débil del contrato de trabajo y, en cuanto tal, necesitada de acciones correctivas de esa debilidad.

Con todo, no debe olvidarse que también el empleador es titular de derechos fundamentales, y particularmente, del derecho a un racional y justo procedimiento.

Si la especial naturaleza protectoria traiciona la esencia misma de todo proceso, en cuanto compromete la imparcialidad e imparcialidad del juez, es cuestión que desborda el tema objeto de estudio, pero que sin duda merece especial atención de la doctrina.

Por otra parte, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales ha quedado con un evidente déficit jurídico, ya que la nulidad solo opera para un caso de despido lesivo (el discriminatorio grave) –¿acaso las demás garantías no valen lo mismo?–; y que la estructura procedimental no sea sino un reenvío al procedimiento ordinario, desprovista de la necesaria rapidez propia de la tutela que requiere este tipo de derechos.

Pese a todo esto, el principal atractivo de este procedimiento es que hoy podemos señalar que la idea de la eficacia directa de los derechos fundamentales comenzó en Chile a ingresar a la empresa. De seguro, en los años que vienen será necesario corregir y profundizar esta andadura que se ha comenzado a caminar.

La noticia en este punto es que los trabajadores tienen por primera vez en la historia de nuestra legislación laboral una herramienta a su disposición. Modesta y deficiente en diversos aspectos, pero que inaugura una senda nueva y sin retorno en la protección del trabajador en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.
- Código de Procedimiento Civil, Editorial LexisNexis, 2007.
- Código del Trabajo, Boletín Laboral Ediciones Ltda., 2009.
- Código Tributario, Editorial Jurídica de Chile, 2009
- Constitución Política de la Republica, Editorial LexisNexis, 2007.
- Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomos I, II y III, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2002.
- Gamonal Contreras, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007.
- Lizama Portal, Luis, *Derecho del Trabajo*, Editorial LexisNexis, 2004.
- Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, Jose Luis, *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Editorial Conosur, Santiago, 1998.
- Verdugo Mario, Pfeffer Emilio y Nogueira Humberto, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 1994.
- Orellana Torres, Fernando, *Comentarios al nuevo proceso laboral*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2008.
- Walker Errazuriz, Francisco, *Derecho de las Relaciones Laborales*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003.
- Walter Diaz, Rodolfo y Lanata Fuenzalida, Gabriela, *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2008.

Revistas

- La Semana Jurídica Nº 382, noviembre de 2008.
- Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, Semestre I, 2006.
- Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Vol. XXX, Nº 1, 2008.

– Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 193, año LXI, 1993.
– Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 202, año LXV, 1997.
– Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 209, año LXIX, 2001.
– Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 215-216, año LXXII, 2004.
– Revista de Derecho Valdivia Vol. XX - Nº 2 - diciembre de 2007.
– Revista Estudios Constitucionales, Año 4, Nº 2, 2006.
– Revista Estudios Constitucionales, Año 5, Nº 2, 2007.

Apuntes

– Maturana Miquel, Cristian, *Apuntes de clases de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, 2004.
– Munilla, Verónica, *Mobbing y Constitución: lectura del acoso moral, a la luz de las garantías constitucionales.* Apunte de clases Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez.
– Palomo Vélez, Rodrigo, *Apuntes de Derecho del Trabajo Nº 3*, Universidad de Talca, 2006.
– Serey Torres, Gonzalo, *Derecho Constitucional*, *Separata Nº 2 de los Derechos Básicos*, Universidad Central de Chile, 2007.
– Serey Torres, Gonzalo, *Derecho Constitucional*, *Separata Nº 5 de las Libertades Materiales*, Universidad Central de Chile, 2007.
– Serey Torres, Gonzalo, *Derecho Constitucional*, *Separata Nº 8*, Universidad Central de Chile, 2007
– Peña González, Carlos, *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno*, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, Nº 6, Universidad Diego Portales.

Dictámenes de la Dirección del Trabajo

– Ordinario Nº 3.448/168 de fecha 12 de septiembre de 2001.
– Ordinario Nº 260/19 de fecha 24 de enero de 2002.
– Ordinario Nº 2328/130 de fecha 19 de julio de 2002.
– Ordinario Nº 2856/0162 de fecha 30 de septiembre de 2002.
– Ordinario Nº 3.704/134 de fecha 11 de agosto de 2004.
– Ordinario Nº 5100/193 de fecha 09 de diciembre de 2004.

Funcionarios Fuerzas Armadas

Abogado Pablo Pérez Ojeda[218]
Dr. Kurt Cárcamo Clunes[219]
Dr. Julio Lagos Kretschmer[220]

PROLEGÓMENOS

El desarrollo del trabajo médico puede darse por parte del profesional funcionario, tanto a nivel del sector público como a nivel del sector privado, incluso mezclando el trabajo médico en ambos estadios.

En la siguiente presentación se intentará dar una visión completa que abarque el trabajo médico en los distintos institutos militares que forman parte de las Fuerzas Armadas y de Orden, el régimen jurídico al cual está sujeto el profesional médico que desempeñe funciones profesionales dentro de las Fuerzas Armadas, como a su vez los derechos y obligaciones a los cuales están sujetos en virtud de este carácter, según se trate de un funcionario civil que desempeñe funciones profesionales médicas dentro de las Fuerzas Armadas, o bien según se trate de un profesional médico con grado militar dentro de las Fuerzas Armadas, pudiendo adelantar, además, que ambas condiciones o figuras contractuales o de trabajo médico pueden darse simultáneamente dentro del mismo profesional, según se desarrollará en parte de esta presentación.

---

218 Abogado, Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile.

219 Médico Ginecólogo Hospital Naval Almirante Nef. Ex Vicepresidente del Colmed - Regional Valparaíso.

220 Médico Traumatólogo Hospital Naval Almirante Nef. Almirante (R) Ex Director del Hospital Naval. Ex Director de Sanidad Naval (DIRECSAN).

I
UBICACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS Y LAS FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA DENTRO DEL ORGANIGRAMA DEL ESTADO DE CHILE

Previo al análisis del fondo del tema propuesto, es menester ubicar a las Fuerzas Armadas dentro de Estado de Chile, para determinar su estatuto jurídico aplicable, y consecuentemente, a los funcionarios que presentan funciones dentro de las mismas.

Al respecto cabe puntualizar que las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, constituidas por el Ejército, La Armada, la Fuerza Aérea (Defensa Nacional) más Carabineros e Investigaciones de Chile (Fuerzas de Orden y Seguridad Pública) tiene reconocimiento constitucional en el Capítulo XI[221] de la Constitución Política de la República (artículos 101 al 105) y constituyen una institución permanente de la República cuya existencia se justifica en la defensa de la patria y la mantención del orden público y la seguridad interior del Estado de Chile, que ejercen una función pública tanto armada como sanitaria.

Por otro lado, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 del 17 de noviembre del año 2001 que establece la Ley Nº 19.653, la cual a su vez fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, señala en su inciso segundo del artículo 1°[222] que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y de Seguridad Pública,

---

221 Artículo 101 Constitución Política de la República: "Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas solo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas".

222 Artículo 1°, inciso segundo del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1/19.653: "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".

forman parte de la Administración del Estado. Lo anterior implica que dentro de la clásica división de poderes del Estado, al formar parte de la Administración, las Fuerzas Armadas forman parte del poder ejecutivo, puesto que claramente no forman parte ni del poder legislativo ni del poder judicial, de forma tal que la función pública que ejercen es meramente administrativa, y que como tal está sujeta a los imperativos que emanan de la Constitución Política de la República[223], de las leyes y reglamentos o estatutos propios, debiendo observar y guiar su acción solo en virtud de lo que ordenan los preceptos constitucionales y legales vigentes, en lo que se conoce como respeto al principio de legalidad o juridicidad.

En virtud del sometimiento de la Administración pública, y por ende las Fuerzas Armadas al referido principio de legalidad, su actuar debe observar el respeto de determinados principios de la Administración pública en su actuar, tales como el principio de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes[224].

Finalmente, es útil tener presente que el marco normativo de las Fuerzas Armadas está dado por las disposiciones del Capítulo XI de la Constitución Política de la República, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 del 17 de noviembre

---

223 Artículo 2° Decreto con Fuerza de Ley Nº 1/19.653: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes". En el mismo sentido el inciso primero del artículo 6° de la Constitución Política de la República: "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".

224 Artículo 3° inciso segundo del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1/19.653: "La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

del año 2001 que establece la Ley Nº 19.653, la cual a su vez fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, contemplada en la Ley Nº 18.948 del año 1990 y el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 1997, el cual establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, y finalmente, de forma supletoria, el Estatuto Administrativo, contemplado en el D.F.L. Nº 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

II
PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES MÉDICOS AL INTERIOR DE LAS FUERZAS ARMADAS

El ejercicio de la profesión médica, en virtud de la garantía constitucional de la libertad de trabajo[225], puede llevar al profesional a desempeñar funciones profesionales al interior de las Fuerzas Armadas y de Orden, dado el hecho

225 La libertad de trabajo está contemplada en el artículo 19 Nº 16° de la Constitución Política de la República en los siguientes términos: "La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 16: La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

que además de la función constitucional de velar por la defensa de la patria y de la defensa de la seguridad nacional, también desempeñan una importante función pública sanitaria a través de los hospitales institucionales[226], también desempeñan una importante función pública sanitaria a través de los hospitales institucionales, tales como: Hospital Militar de Santiago, Hospital Militar del Norte, Hospital Naval Almirante Nef de Viña del Mar, Hospital Naval de Talcahuano, Hospital de las FFAA de Punta Arenas, Hospital de la Fuerza Aérea de Chile (FACH) y Hospital de Carabineros de Chile (HOSCAR)., sin contar con los distintos centros de especialidades médicas de cada uno de los institutos armados.

De esta forma, se distinguen dos grandes grupos donde pueden desempeñar funciones profesionales los médicos cirujanos:

A. Como FUNCIONARIO o EMPLEADO MILITAR: correspondiente a personal uniformado en la categoría de Oficial de Sanidad, cuyo estatuto jurídico corresponde al DFL N° 1 de 1997, que establece Estatuto del Personal de las FFAA. De esta forma, este tipo de funcionarios cotiza en Capredena, y no en el sistema civil de las AFP.

B. Como EMPLEADO CIVIL, no militar, no uniformado. Acá hay que distinguir entre dos categorías:

    a) EMPLEADO CIVIL FFAA: Funcionario con contrato indefinido cuyo estatuto jurídico corresponde al DFL N° 1 de 1997, que establece Estatuto del Personal de las FFAA. De esta forma, este tipo de funcionarios cotiza en Capredena, y no en el sistema civil de las AFP.

    b) EMPLEADO CIVIL "FONDOS PROPIOS": Este tipo de funcionario se contrata con cargo a la Ley Nº 18.476 de 1985, que dicta normas

---

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que 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. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso".

226 Dictamen Contraloría General de la República Nº E115353 Fecha: 17-VI-2021 : "Al respecto, se advierte que dentro de las necesidades propias de los hospitales en general, está la de contar con personal médico competente para el desempeño de sus tareas y objetivos institucionales, o suscribir los pertinentes convenios, para entregar una atención y satisfacción oportuna y eficiente a los requerimientos de sus beneficiarios de salud, según la normativa reseñada".

> respecto a Hospitales de las Instituciones de la Defensa Nacional Civil. Estos empleados se contratan de acuerdo a las normas laborales y previsionales propias del sector privado; a saber: contratación indefinida, a plazo fijo o a honorarios. Adicionalmente, este tipo de empleado puede ser contratado de acuerdo al régimen de remuneraciones de la Ley Nº 15.076, cuando corresponda.

Al ser contratados de acuerdo a las normas laborales y previsionales del derecho privado, estos funcionarios cotizan en el sistema civil de las AFP, y no gozan de los beneficios de cotización en Capredena.

Así las cosas, la forma de vinculación jurídica del médico en relación con las FFFAA se resume a ser empleado militar o empleado civil, pudiendo incluso mezclar ambas calidades. Por ejemplo, se puede tener una jornada laboral de 22 horas como empleado civil de las FFAA, y una jornada de 28 horas con cargos fondos propios.

De estos dos grandes grupos analizaremos las tres formas clásicas de prestar funciones profesionales como médico cirujanos dentro de la organización de las Fuerzas Armadas y de Orden:

Desempeño de la calidad de Oficial de los Servicios de Sanidad (S).

Desempeño como empleado civil no militar conforme a la normativa de la Ley Nº 18.476.

Desempeño como trabajador a honorarios.

Identificar la forma de cómo se prestan los servicios por parte del médico en los institutos armados es de vital importancia, para determinación del régimen jurídico aplicable, los derechos y obligaciones que subyacen al mismo, como por ejemplo el sistema de las remuneraciones a las cuales estará afecta el profesional funcionario, y también respecto de las normas sobre seguridad social, en especial las relativas a jubilación y demás derechos previsionales.

A continuación, desarrollaremos el estudio de las tres formas de vinculación jurídico laboral del médico con las instituciones armadas:

Identificar la forma de cómo se prestan los servicios por parte del médico en los institutos armados es de vital importancia, para determinación del régimen jurídico aplicable, los derechos y obligaciones que subyacen al mismo, como por ejemplo, el sistema de las remuneraciones a las cuales estará afecto el profesional funcionario, y también respecto de las normas sobre seguridad social, en especial las relativas a jubilación y demás derechos previsionales.

A continuación, desarrollaremos el estudio de las tres formas de vinculación jurídico laboral del médico con las instituciones armadas:

1. Desempeño de la calidad de Oficial de los Servicios de Sanidad (S): corresponde a la única categoría de funcionario o empleado militar de la Defensa Nacional o de Orden y Seguridad. En esta forma de trabajo profesional, el médico ingresa a formar parte del Escalafón de Oficiales de Servicios Profesionales de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas. Se requiere para estos efectos acreditar el título profesional de médico cirujano y de esta forma se incorpora al profesional a la dotación de Planta del Escalafón Militar de Sanidad, donde el profesional médico adquiere un grado militar, según lo dispuesto en los artículos 5°, 6 y 7° del D.F.L Nº 1 del año 1997, correspondiente al Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas[227] . En estos casos, el médico, primeramente, pasa a convertirse en funcionario público, esto es la persona natural que desempeña un cargo o empleo público, en este caso como Oficial de Sanidad de alguna de las ramas de las Fuerzas Armadas.

El estatuto jurídico aplicable en este caso, está dado básicamente por el Estatuto particular del Personal de las Fuerzas Armadas, contenido en el DFL Nº 1 de 1997, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, contenida en la Ley Nº 18.948 de 1990, y en lo pertinente el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 del 17 de noviembre del año 2001, que establece la Ley Nº 19.653, la cual a su vez fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575 la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y el Estatuto Administrativo contemplado en el D.F.L. Nº 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

Sin embargo, en el caso del Oficial de Sanidad, el estatuto principal aplicable es el DFL Nº 1 de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Este cuerpo normativo es aplicable tanto al personal que integre las plantas del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como Oficial de Sanidad, como también al empleado civil y al personal a contrata.

---

227 En el caso del Ejército, el grado militar parte en Capitán y puede comprender hasta el grado militar de General de Brigada; en el caso de la Armada de Chile, el grado militar parte en Teniente 1° y puede comprender hasta el grado de Contraalmirante y finalmente, en el caso de la Fuerza Aérea de Chile, el grado militar parte en Capitán de Bandada y puede comprender hasta el grado de General de Brigada Aérea.

El referido Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas contempla la regulación de los tópicos fundamentales de la carrera funcionaria militar, tales como el sistema de calificaciones, las obligaciones, deberes, prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidad administrativa del personal, jornada de trabajo, sistema de cauciones para efectos del otorgamiento de becas formación académica, denominadas para este caso como cauciones de permanencia[228], las cuales permiten a médicos oficiales de justicia o bien médicos empleados civiles de las distintas instituciones armadas de la Defensa Nacional, acceder a becas de formación de especialidad médica a cambio del cumplimento de un determinado tiempo de permanencia en la institución patrocinante; jornada de trabajo, probidad administrativa, derechos del personal y causales de cesación de funciones.

En definitiva, toda la regulación funcionarial de un Oficial de Sanidad de las Fuerzas Armadas está contemplado en el referido DFL Nº 1 de 1997, el cual constituye el principal y directo estatuto jurídico aplicable a su función profesional.

2. Desempeño como empleado civil no militar conforme a la normativa de la Ley Nº 18.476: a diferencia del caso anterior, acá el desempeño profesional del médico no es como profesional con grado militar de Oficial de los Servicios de Sanidad (S), sino que, por el contrario, su desempeño como médico es en calidad de profesional civil, sin grado militar.

En este grupo se pueden comprender tanto el vínculo jurídico del médico con las Fuerzas Armadas a través de una lógica pública, tal como la contrata, al modo de lo que entiende por contrata el artículo 10° del Estatuto Administrativo[229], como aquel de carácter transitorio hasta el 31° de Diciembre de cada año, salvo posterior renovación; como también el vínculo jurídico del médico a través de lógica privada de la contratación a plazo fijo o la contratación de carácter indefinida.

---

228 Artículo 161: "La caución por permanencia es aquella que deben rendir los alumnos de las escuelas de las Fuerzas Armadas al ingresar a estos establecimientos y al egresar de ellos y ser nombrados como personal, como asimismo la que deben otorgar los alumnos becados por estas Instituciones que no sean personal. También deberá rendir caución por permanencia, el personal comisionado para efectuar cursos de perfeccionamiento o de especialización profesional o técnica, en cualquier establecimiento, ya sea en el país o en el extranjero".

229 Artículo 10° Ley Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo: "Los empleos a contrata durarán, como máximo, solo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos".

De esta forma, lo relevante de este grupo más allá de que el vínculo jurídico sea a través de una contrata, un contrato a plazo fijo o un contrato de carácter indefinido, lo relevante y definitorio es que acá el médico desempeña sus funciones no como militar, sino como un profesional de carácter civil.

Otro punto relevante para los funcionarios civiles contratados bajo la lógica privada de contratación a plazo fijo o indefinido, es que el régimen jurídico laboral aplicable al profesional médico en este caso será el Código del Trabajo. En efecto, el artículo 24° del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas señala expresamente que: "Los Comandantes de Unidades o Jefes de Reparticiones podrán contratar trabajadores a trato, a plazo fijo o indefinido, previa autorización de la Dirección del Personal o Comando de Personal". Estos contratos se regirán por las disposiciones del Código del Trabajo y por las normas pertinentes del Reglamento señalado en el artículo anterior, sin que les sea aplicable este Estatuto.

El personal a que se refiere este artículo no tendrá derecho a sindicalizarse, ni derecho a huelga, no podrá negociar colectivamente y no le será aplicable lo previsto en la Ley Nº 19.296". Esta es la contratación conocida coloquialmente como contratación o contratos de fondos propios de los institutos castrenses.

Llama la atención de la norma en comento que para los funcionarios civiles contratados a plazo fijo o con carácter indefinido, se les aplique el Código del Trabajo y siendo este el estatuto aplicable, se le prohíba el derecho a huelga y el derecho a formar parte de asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado.

La aplicación del Código del Trabajo a este tipo de funcionarios es plenamente concordante con lo prescrito por la Ley Nº 18.476, la cual permite a los directores y el jefe de los establecimientos de salud correspondientes al Hospital Militar de Santiago y Antofagasta, al Jefe de la Central Odontológica del Ejército, al Director del Hospital de la Fuerza Aérea de Chile, al Director de Sanidad Naval en el caso del Hospital Naval de Viña del Mar y al Director del Hospital de Carabineros, la contratación de personal para esos establecimientos, con cargo a los recursos financieros de que dispongan por venta de bienes y servicios, incluidos los provenientes de la Ley Nº 12.856, los cuales constituirán entradas propias de esas entidades. Dicho personal se regirá por las normas laborales y previsionales propias del sector privado, que para el caso concreto es el Código del Trabajo, con excepción de las normas propias del Estatuto Administrativo contenidas en su Título III, relativas a las obligaciones funcionarias, las cuales son plenamente aplicables a este tipo de funcionarios, a pesar de que su estatuto jurídico de aplicación directa es la legislación privada del Código del Trabajo.

En síntesis, los empleados civiles a plazo fijo y de carácter indefinido, se someten a la aplicación del Código del Trabajo, y además a las normas estatutarias públicas de las obligaciones funcionarias contempladas en el Estatuto Administrativo de la Ley N° 18.834.

En esta parte se asimila la labor profesional médica al régimen de la Ley médica N° 15.076, pues el artículo 172° inciso final del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas señala que: "Los empleados civiles nombrados para ocupar cargos horarios como profesionales del área de la salud, percibirán las remuneraciones que correspondan al régimen de la Ley N° 15.076, sobre Estatuto Médico Funcionario".

En la práctica, los profesionales funcionarios que desempeñen una jornada de 28 horas semanales, pueden ser nombrados en carácter de titular en la planta de profesionales asimilados al Régimen de Remuneraciones de la Ley Médica N° 15.076, siendo objeto el funcionario de un acto administrativo de nombramiento por parte de la dirección del hospital institucional o por el director de sanidad de la Armada de Chile, según sea el caso. En el caso de Carabineros de Chile, esta modalidad se conoce con el nombre de contratación de personal bajo la modalidad de C.P.R. o contratos por resolución.

Por otro lado, es el propio estatuto de los funcionarios de las Fuerzas Armadas el que permite la convivencia o compatibilidad del desempeño de una jornada de trabajo parcial como Oficial de Sanidad y el desempeño civil de otra jornada en algún establecimiento de salud dependiente de las Fuerzas Armadas. En efecto, el artículo 152, letra e) de dicho cuerpo normativo señala que: "Los oficiales de sanidad y sanidad dental con jornada parcial, podrán contratar dentro de la misma Institución, sea bajo el régimen de la Ley N° 15.076 o de la Ley N° 18.476, hasta un máximo de 54 horas semanales reales, incluida la jornada parcial, considerándose para este efecto su jornada efectiva de trabajo como oficial". De esta forma, no excediendo el límite impuesto por la ley de 54 horas semanales, se pueden desarrollar labores profesionales complementarias en el ámbito de Oficial de Sanidad y en el ámbito civil de profesionales asimilados a la Ley Médica N° 15.076 o a la contratación civil con fondos propios de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile.

3. Desempeño como trabajador a honorarios: finalmente existe la posibilidad de que el médico pueda vincularse laboralmente con las Fuerzas Armadas y de Orden, no a través del vínculo militar propio de un Oficial de Sanidad ni tampoco a través del vínculo de una contrata o de una contratación a plazo fijo o de carácter indefinido. En este caso, estamos ante la presencia de un vínculo de

naturaleza civil de prestación de servicios, correspondiente a la contratación a honorarios. En este orden de ideas, el artículo 21°[230] del estatuto del personal de las Fuerzas Armadas permite la contratación a honorarios para el desarrollo de cometidos específicos, accidentales o no permanentes. En este caso, el complejo de derechos y obligaciones de este profesional no viene dado por un estatuto jurídico, como en los dos casos anteriores, sino solo por lo indicado en el propio contrato de honorarios. Es decir, el médico en este caso solo tendrá los derechos y obligaciones que indique el respectivo contrato a honorarios.

4. Conclusión: en conformidad a la naturaleza de la función asistencial clínica brindada por los diversos hospitales institucionales de las Fuerzas Armadas y de Orden, y a las distintas relaciones jurídico laborales existentes entre los cuerpos armados y los distintos profesionales funcionarios que laboran en dichos centros de salud, es que se produce una superposición o convivencia de distintos cuerpos normativos o estatutos profesionales, existentes para los profesionales médicos de las distintas instituciones de salud castrense.

En efecto, dependiendo del grado de vinculación del funcionario médico con las Fuerzas Armadas y de Orden, puede tener aplicación y vigencia el DFL Nº 1 del año 1997, denominado Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, es el caso de los médicos que desempeñan funciones profesionales como Oficiales de Sanidad; la Ley Nº 15.076 que corresponde al Estatuto de los médicos cirujanos, farmacéuticos o químicos-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, en el caso de los médicos regulados bajo la figura de la contrata o de la contratación a plazo fijo o indefinido para el desempeño de 28 horas semanales, y finalmente, el Código del Trabajo, para los casos de contratación bajo la figura de fondos propios de la Ley Nº 18.476.

Esta superposición de normas jurídicas viene autorizada por el propio Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y por la Ley Nº 18.476, que dicta

---

230 Artículo 21°: "Los Comandantes en Jefes podrán también contratar, sobre la base de honorarios, a profesionales, técnicos de nivel superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la Institución.

Asimismo, se podrá contratar sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean el título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Podrá también contratarse la prestación de servicios para un cometido específico.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las disposiciones establecidas en el respectivo contrato.

La facultad de contratar sobre la base de honorarios que poseen los Comandantes en Jefe es sin perjuicio de las atribuciones que otras leyes confieren a distintas autoridades institucionales".

normas respecto de los hospitales de las instituciones de la Defensa Nacional, pues en su artículo 1° inciso final y en su artículo 3° dicho cuerpo normativo, faculta a los directores y jefes de establecimiento a contratar personal civil con cargo a los denominados fondos propios. En la práctica, esta facultad la ejerce en propiedad el jefe de sanidad naval, y en el caso concreto de los médicos cirujanos, ellos pueden ser contratados con la figura de fondos propios, de acuerdo al régimen de remuneraciones previsto en la Ley Nº 15.076, cuando corresponda. En este caso se denominan empleados civiles de las Fuerzas Armadas, asimilados o afectos al régimen impuesto y sancionado por la Ley Nº 15.076, tanto a nivel de remuneraciones como a nivel de feriados, permisos y licencias médicas.

III
PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES MÉDICOS EN CARABINEROS DE CHILE

De la misma forma como el trabajo médico se puede desarrollar en las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), se puede llevar a cabo en Carabineros. En este caso, las formas de vinculación laboral son las mismas que se observaron en el caso de las Fuerzas Armadas, es decir: vínculo castrense como Oficial de Sanidad, vínculo civil a través de prestación de servicios profesionales bajo contrata, contrato a plazo fijo o indefinido, o bien prestación de servicios a honorarios.

Respecto de los estatutos aplicables a los médicos que desempeñen funciones en Carabineros de Chile, primeramente, tenemos a la Constitución Política de la República de Chile, la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado y el Código del Trabajo. Además, a los profesionales que se desempeñen en esta institución, le son aplicables las siguientes leyes:

- Ley Nº 18.961 que fija la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.
- Decreto Nº 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 Nº 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) es 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)Nº 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 Nº 15.076, con fondos de la Ley de Presupuestos.

IV
DERECHOS DE LOS PROFESIONALES FUNCIONARIOS QUE PRESTAN SERVICIOS EN LAS FUERZAS ARMADAS Y EN ESPECIAL DE LAS REMUNERACIONES

Finalmente, abordaremos un tópico de mucha relevancia para el trabajo médico en las Fuerzas Armadas, el cual dice relación con los Derechos Funcionarios o del Personal, los cuales se contemplan mayormente en el Capítulo VI del Decreto Nº 1 de 1997, que contempla el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

1. DERECHO A LAS REMUNERACIONES

A partir del artículo 167, se regulan los derechos funcionarios, uno de los cuales constituye el derecho a sueldo y a las demás remuneraciones del personal. El personal tendrá derecho, como retribución de sus servicios, a percibir en forma regular y completa, el sueldo y demás remuneraciones y beneficios

económicos correspondientes a su empleo, que determine la ley. Tanto el sueldo como las demás remuneraciones y beneficios económicos que perciba el personal serán imponibles.

Las remuneraciones se devengarán para el personal de planta desde la fecha de nombramiento, y respecto del resto del personal, desde la fecha de asunción de sus funciones, y se pagarán por mensualidades iguales y vencidas, en las fechas efectivas de pago que para las Fuerzas Armadas establezca el Presidente de la República.

Los empleados civiles percibirán el sueldo base correspondiente al grado de empleo que se indique en la planta respectiva, de acuerdo con la escala de sueldos de las Fuerzas Armadas. Este personal no podrá tener un encasillamiento superior al grado siete ni inferior al grado 14 de dicha escala.

Sin embargo, los empleados civiles que estén en posesión de un título profesional universitario de una carrera con ocho o más semestres lectivos de duración, podrán alcanzar hasta el grado cuatro, cuando los escalafones correspondientes contemplen dichos grados. Podrán existir empleados civiles afectos al régimen de la escala única de sueldos, para servir los cargos de colaboración médica que consulte la planta respectiva, a los que les serán aplicables, exclusivamente, las normas que rigen ese régimen remuneracional.

Los empleados civiles nombrados para ocupar cargos horarios como profesionales del área de la salud, percibirán las remuneraciones que correspondan al régimen de la Ley Nº 15.076, sobre Estatuto Médico Funcionario.

El personal afecto a este estatuto, además del sueldo, tendrá derecho a las siguientes remuneraciones, en la forma y de acuerdo con las modalidades que se señalan en cada caso:

a) **Trienios**: el personal afecto a la escala de remuneraciones de las Fuerzas Armadas gozará de trienios calculados sobre el sueldo en posesión con los siguientes porcentajes: ocho por ciento para el primero, cuatro por ciento para el segundo y tercero, tres por ciento para los trienios cuarto al séptimo y dos por ciento para los restantes.

b) **Asignación de especialidad al grado efectivo**: el personal afecto al sistema de remuneraciones de las Fuerzas Armadas tendrá derecho a percibir una asignación mensual de especialidad al grado efectivo, de acuerdo a su grado jerárquico en el caso de los oficiales y personal del cuadro permanente y de gente de mar y de tropa profesional; de encasillamiento tratándose de empleados civiles o de nombramiento en el caso

del personal a contrata, de acuerdo con el D.L. Nº 3.551, de 1981, la cual será reajustable en conformidad con las normas que rijan para el sector público.

c) **Asignación de zona**: el personal afecto a este estatuto tendrá derecho a percibir asignación de zona, no imponible, en conformidad a las normas que rigen al personal de la Administración Civil del Estado.

d) **Asignación por cambio de residencia**: el personal de planta y el de reserva llamado al servicio activo, que para asumir un cargo o cumplir una destinación se vea obligado a dejar su residencia habitual, tendrá derecho a percibir la asignación por cambio de residencia. Esta asignación, no imponible, comprenderá un mes de las remuneraciones asignadas a su nuevo empleo, cargo o destinación.

   Sin embargo, para el personal con menos de 20 años de servicios que sea soltero o viudo sin hijos, o que siendo casado o viudo con hijos se radique en el lugar de su nueva residencia sin su grupo familiar, la asignación por cambio de residencia ascenderá a un 25% de su remuneración mensual imponible.

e) **Asignación de casa**: el personal de planta y el de reserva llamado al servicio activo casado y el soltero o viudo que tenga cargas familiares legalmente reconocidas, percibirá mientras no ocupe casa fiscal o proporcionada por el Fisco, una asignación mensual, no imponible, ascendente al 14% del sueldo en posesión.

f) **Horas extraordinarias**: el personal que se encuentre en la situación prevista en el artículo 140 de este estatuto, tendrá derecho al pago de horas extraordinarias, cuyo monto será determinado en conformidad a las normas que rigen para los profesionales afectos a la Ley Nº 15.076, cuando se trate de médicos, dentistas y químico farmacéuticos.

   El personal regido por otros sistemas de remuneraciones, percibirá los beneficios que en esta materia establezcan las respectivas leyes especiales.

g) **Bonificación de riesgo y bonificación especial**: los oficiales, el personal del cuadro permanente y de gente de mar y de tropa profesional, los empleados civiles y el personal a contrata percibirán una bonificación de riesgo, no imponible, en la forma y montos previstos en la Ley Nº 18.589, con excepción del porcentaje para los Sargentos 1º que será de 38%.

• Remuneraciones de profesionales funcionarios de Carabineros de Chile

Se encuentran reguladas en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de 1968, del Ministerio del Interior, que establece el Estatuto del Personal de Carabineros de Chile.

En su artículo 1° establece la planta y grados de la institución, contemplando una sección de personal civil, entre los cuales se encuentran el personal del servicio médico, el cual es personal de nombramiento supremo.

Asimismo, se prevén cargos afectos al régimen de remuneraciones de la Ley Nº 15.076. Los cargos a contrata, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° serán fijados anualmente por el Presidente de la República en el Proyecto de Ley de Presupuesto y no excederá de 25.000 hombres.

A su vez, el artículo 6° dispone que la dotación de médicos, dentistas, enfermeras universitarias, psicólogos, kinesiólogos, técnicos laborantes y demás personal paramédico del hospital de la Institución será determinada por la dirección general de Carabineros, de acuerdo con las necesidades del servicio.

El personal tiene derecho, como retribución por sus servicios, al sueldo asignado a la categoría o grado que corresponda a su empleo.

Conforme al artículo 34, el Presidente de la República podrá disponer que el médico director del Hospital de Carabineros cumpla jornada completa de trabajo. En este caso, gozará del mismo sueldo base y de las mismas asignaciones y remuneraciones que correspondan a un director de Hospital Tipo A del Servicio Nacional de Salud, quedando fuera del régimen de sueldos y remuneraciones aplicables al personal de Carabineros. En la situación prevista en el inciso anterior, el médico director no podrá desempeñar otros empleos públicos, fiscales o municipales rentados, con excepción de los cargos docentes que ejerza.

Los sueldos del personal a contrata o contratados no pertenecientes a la planta de la institución, exceptuados los indicados en el inciso final del artículo 1º de la Ley Nº 15.076, de 27 de septiembre de 1967, que se paguen con fondos del presupuesto, con cargo a leyes especiales o con fondos propios de las reparticiones o unidades, deberán corresponder a las categorías y grados de la escala de sueldos en que está encasillado el personal de Carabineros.

El personal de Carabineros gozará, además, del sueldo y mayores sueldos asignados a su grado, de los siguientes beneficios y derechos:

a) El personal de la institución, de planta, a contrata o contratado, pagado con fondos fiscales contemplados en la Ley de Presupuestos o con fondos

propios de determinados servicios, gozará de aumentos quinquenales, con los siguientes porcentajes sobre el sueldo base de que está en posesión: 30% para cada uno de los dos primeros, 20% para cada uno de los dos siguientes y 15% para los demás.

b) De una bonificación profesional no imponible, equivalente a un porcentaje del sueldo de que se está en posesión, el que se determinará por ley y calculará sobre el sueldo base y quinquenios, y estará exenta de todo gravamen e impuesto, con excepción del impuesto a la renta.

c) A viáticos, gastos de movilización y pérdida de Caja, de acuerdo con la ley aplicable al personal de la Administración Civil del Estado.

d) A asignación familiar, feriado, permisos y licencias, en conformidad, también, a la ley aplicable al personal de la Administración Civil del Estado.

e) De asignación por cambio de residencia y gratificación de zona, de acuerdo con la ley aplicable al personal de la Administración Civil del Estado, con las siguientes modalidades especiales.

f) El personal de planta de Carabineros, casado, viudo con hijos, y el soltero que tenga una o más cargas familiares que vivan exclusivamente a sus expensas, percibirán mientras no ocupen casa fiscal, una asignación mensual que se determinará anualmente por decreto supremo, en relación con los encasillamientos en categorías y grados del personal.

g) El personal de Carabineros que presta servicios en especialidades peligrosas o nocivas para la salud, gozará de un sobresueldo sobre sus remuneraciones imponibles del 10 al 20%.

h) El personal médico y paramédico del hospital de Carabineros y que preste servicios en las guardias médicas, tendrá derecho a remuneraciones por concepto de horas extraordinarias de acuerdo con las normas aplicables al personal de la Administración Civil del Estado.

2. OTROS DERECHOS DEL PERSONAL: DERECHOS MISCELÁNEOS

Estos derechos adicionales del personal médico afecto al estatuto de funcionarios de las Fuerzas Armadas están contemplados en el artículo 209[231] del estatuto, y son los siguientes:

231 Artículo 209.- El personal tendrá derecho a feriados, permisos y licencias; a recibir asistencia médica, en conformidad a la ley, en caso de accidentes ocurridos en acto del servicio

- derecho a feriados: conforme a las disposiciones del Estatuto Administrativo,
- derecho a permisos administrativos, con y sin goce de sueldo, conforme a las disposiciones del Estatuto Administrativo,
- derecho a la presentación de licencias médicas, conforme a las disposiciones del Estatuto Administrativo,
- derecho a recibir asistencia médica de parte de la institución armada respectiva,
- derecho a la vivienda fiscal,
- derechos emanados del sistema propio de seguridad social, tanto previsionales como de salud,
- derechos de protección a la maternidad y vida familiar emanados del Código del Trabajo,
- derecho a defensa jurídica,
- derechos a la protección y coberturas por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto en la Ley Nº 18.948, DFL Nº 1 de 1997 y demás reglamentos institucionales propios de las ramas de las Fuerzas Armadas,
- derecho a ser patrocinado y financiado para el curso de becas institucionales de formación académica en medicina, con cargo al cumplimiento de la obligación de permanencia en la institución armada respectiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 260°[232] del DFL Nº 1 de 1997. También aplica al post grado para el desarrollo de especialidades médicas,

---

o de enfermedad contraída a consecuencia del desempeño de sus funciones y a ocupar vivienda fiscal de acuerdo con las disposiciones del presente Estatuto.

Asimismo tendrá derecho a gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemple su sistema legal de previsión y de seguridad social, y de protección a la maternidad establecidas en la ley.

Al personal de las Fuerzas Armadas le será aplicable el derecho a fuero laboral establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo, conforme a este estatuto. Respecto de quienes sean comprendidos en retiro por contraer enfermedad declarada incurable o enfermedad curable que los imposibilite temporalmente para el servicio, les será aplicable el referido fuero. En estos casos se procederá en la forma prevista en el artículo 246 de este estatuto.

232 Artículo 260: " Anualmente se incluirá en la Ley de Presupuesto la provisión de fondos necesarios para financiar becas en las Fuerzas Armadas para estudiantes universitarios que

- derecho a la liberación de guardia, para los empleados civiles afectos al régimen asimilado a la Ley Nº 15.076, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 261º[233].
- derecho al desempeño simultáneo de cargo de Oficial de Sanidad en las Fuerzas Armadas, con cargo 22/28 horas en servicio de salud de la Administración Civil del Estado, conforme al criterio fijado por la Contraloría General de la República en Dictamen Nº 101.052 de fecha 29-XII-2014[234], en virtud del cual no se produce incompatibilidad para desempeñar empleos de 22 y 28 horas semanales en el Hospital San Juan de Dios de Los Andes, con un puesto de Oficial de Sanidad del Ejército, ya que no excede el máximo previsto en el artículo 12 de la Ley Nº 15.076,

---

cursen los seis últimos semestres de las carreras de derecho, medicina, odontología, sicología, ingeniería y veterinaria, con una asignación por beca equivalente al sueldo base grado 14 de la escala de sueldos de las Fuerzas Armadas, con el objeto de que al recibir su título profesional ingresen a prestar servicios en la Institución que le otorgó la respectiva beca".

233 Artículo 261: "Los empleados civiles afectos al régimen de remuneraciones de la Ley Nº 15.076 tendrán derecho a la liberación de servicios de guardia nocturna y en días festivos a que se refiere el artículo 44 de ese cuerpo legal. Para estos efectos regirá el procedimiento establecido en el artículo 6º de la Ley Nº 19.230".

234 En lo medular, el Dictamen Nº 101.052 del año 2014 de Contraloría General de la República señala que el artículo 16 de la Ley Nº 15.076, expresa que para los efectos de las incompatibilidades aplicables a los profesionales funcionarios que presten servicios en las Fuerzas Armadas y en Carabineros de Chile, se considerará que el desempeño de un cargo profesional en estas instituciones equivale a 11 horas semanales de trabajo profesional, disposición que beneficia a los Oficiales de Sanidad, de acuerdo a lo señalado en el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 5, de 1968, del Ministerio de Defensa Nacional.

Por su parte, la jurisprudencia contenida, entre otros, en el dictamen Nº 35.896, de 2005, de este origen, ha manifestado que quienes ocupan en un servicio de salud un cargo de 28 horas semanales, pueden acceder, en otro organismo de naturaleza diversa, a cualquier otro puesto regido por la Ley Nº 15.076, con una jornada que, sumada a la anterior, no exceda las 44 horas a la semana, teniendo presente que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 de dicho texto legal, los empleos de 28 horas solo incompatibilizan 11 horas a la semana.

De esta manera, dado que el horario de trabajo total del recurrente, considerando tanto su plaza de 22 horas semanales, como aquella de 28 horas semanales y su designación como Oficial de Sanidad -desempeños estos últimos que, según se indicó, deben ser contabilizados como de 11 horas semanales-, alcanza a las 44 horas semanales, es dable concluir que no supera el máximo que establece el artículo 12 de la Ley Nº 15.076.

- pago de remuneraciones[235] a los médicos de las instituciones de la Defensa Nacional que deban cumplir comisiones de servicio fuera del lugar de su residencia habitual, consistente en pagarles con cargo a la Defensa las remuneraciones que dejaren de percibir como profesionales funcionarios en otras entidades, se extiende a todos aquellos que laboran en las instituciones de la Defensa Nacional, inclusive a aquellos que ostentan la calidad de Oficiales de Sanidad o Sanidad Dental.

---

235 Dictamen Contraloría General de la República Nº 8.006 Fecha: 18-II-2009, que en lo medular señala que: "..el decreto con fuerza de ley Nº 5, de 1968, de la misma cartera ministerial, dispone que el Personal de Médicos y Dentistas funcionarios, señalados en el artículo 2° del decreto con fuerza de ley Nº 5, de 1968", norma que establece la planta de profesionales asimilados al régimen de remuneraciones de la Ley Nº 15.076-, tendrá derecho a percibir el beneficio señalado en el artículo 5° de dicho Decreto con Fuerza de Ley, siempre que se trate de comisiones de servicio fuera del lugar de residencia habitual del profesional y de una duración superior a seis días, disponiéndose en los incisos siguientes una serie de reglas de procedimiento en orden al ejercicio del mencionado beneficio".

Como se puede advertir de la norma contenida en el artículo 5° del Decreto con Fuerza de Ley Nº 5, de 1968, del Ministerio de Defensa Nacional, esta estableció como destinatarios del beneficio contenido en ella a todos los "médicos y dentistas de las instituciones de la Defensa Nacional", sin distinguir ni precisar la calidad o estatuto jurídico de dichos profesionales, debiendo subsumirse en aquel concepto, por lo tanto, a los Oficiales de Sanidad y de Sanidad Dental.

En relación a la materia, es dable anotar que el artículo 11 del referido texto con fuerza de ley le da la denominación de "profesionales funcionarios" a los Oficiales de Sanidad y Sanidad Dental de las Fuerzas Armadas, alusión genérica a los médicos y dentistas funcionarios, razón por la cual se entiende que el legislador delegado no excluye a dichos oficiales de ese concepto.

Seguidamente, cabe agregar que cuando el Decreto con Fuerza de Ley Nº 5, de 1968, del Ministerio de Defensa Nacional se refiere en sus disposiciones a aquella especial categoría de médicos y dentistas de las instituciones de la Defensa Nacional, afectos a la Ley Nº 15.076, lo ha hecho taxativamente, empleando denominaciones específicas, como "profesionales asimilados al régimen de remuneraciones del Estatuto Médico Funcionario a que se refiere el artículo 2° del presente decreto con fuerza de ley", según consta de sus artículos 4°, 9° y 15°, lo cual refuerza el criterio referido precedentemente en orden a reconocerle un alcance general al concepto empleado por el citado artículo 5° del Decreto con Fuerza de Ley Nº 5.

En este contexto, mal puede entenderse que la disposición contenida en el artículo 10 del decreto Nº 31, de 1969, del Ministerio de Defensa Nacional, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución, pueda restringir o limitar la aplicación de una norma de rango legal, como la contenida en el artículo 5° del aludido Decreto con Fuerza de Ley Nº 5, cuya aplicación, según se desprende de su tenor literal, es de alcance general, en cuanto rige para todos los médicos y dentistas de las instituciones de la Defensa Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Dictamen Contraloría General de la República N° E 115353, de fecha 17 de Junio del año 2021. Disponible en sitio web: https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#.
2. Dictamen Contraloría General de la República N° 101.052 Fecha: 29-XII-2014. Disponible en sitio web: https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#.
3. Dictamen Contraloría General de la República N° 8.006 Fecha: 18-II-2009. Disponible en sitio web: https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#.
4. Decreto 100. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. Disponible en sitio web: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302.
5. Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, primera edición, enero 2004.
6. Celis Danzinger, Gabriel Enrique, *La función pública*. Editorial El Jurista, segunda edición actualizada, julio 2018.
7. Cea Cienfuegos, Sergio, *La constitucionalización de las Fuerrzas Armadas*, en Revista de Actualidad Jurídica Nº 23, Universidad del Desarrollo, enero 2011.
8. Estatuto Administrativo Interpretado y Concordado. Ley N° 18.834. Texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el D.F.L. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Edición Actualizada Diciembre 2023. Santiago, Chile. División Jurídica Unidad de Publicaciones y Bases de Jurisprudencia de la Contraloría General de la República Contraloría General de la República. Año 2024.
9. D.F. L N° 1 de 1997. Establece Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Disponible en sitio web: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=76465.
10. D.F.L. Nº 1 de 2001. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.075. Disponible en sitio web: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=191879.

11. Ley N° 18.961 de 1990. Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile. Disponible en sitio web: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30329.

El periodo asistencial obligatorio

Abogado Gabriel Nieto Muñoz[236]
Dr. Carlos Becerra Verdugo[237]

LEY Nº 19.664

ART. 12, INCISO PRIMERO

Los profesionales funcionarios que accedan a programas de especialización financiados por las entidades empleadoras o por el Ministerio de Salud tendrán la obligación de desempeñarse en los organismos a que pertenecen, a lo menos, por un tiempo similar al de duración de los programas.

ART. 13

Un reglamento fijará las condiciones y modalidades por las que se regirá el acceso a los programas de perfeccionamiento y de especialización y la

236 Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2013). Graduado en Ciencias Jurídicas y Sociales con mención en Derecho Civil e Historia Contemporánea. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca (2023). Completó Diplomados en Derecho de Familia y Sociedad (2013), Litigación Administrativa (2016), ambos en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Derecho Laboral Administrativo y Sancionador (2017) en la Universidad de Chile. Se ha desempeñado durante más de una década en la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, ocupando el cargo de Jefe de la Unidad de Defensa Laboral Médica.

237 Médico Especialista en Salud Pública Universidad de Chile. Ex directivo en diversos roles del Sistema Nacional de Servicios de Salud y Ex Seremi Salud de la Región de los Lagos, Docente de Salud Pública en la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile. Amplia trayectoria gremial como Presidente Agrupación de Médicos Generales de Zona, Secretario Consejo Regional Rancagua, Presidente Consejo Regional Puerto Montt, Miembro Directorio Falmed, Secretario Técnico UDELAM y actualmente Tesorero Nacional del Colegio Médico de Chile.

permanencia en ellos, sea que se cumplan a través de comisiones de estudio o de becas, el que deberá considerar al efecto procedimientos objetivos, técnicos e imparciales.

DECRETO SUPREMO N° 91, DE 2001, DEL MINISTERIO DE SALUD

ART. 17, INCISO PRIMERO

Los profesionales funcionarios ingresados a través del proceso de selección a que se refiere el artículo 8 de la ley y que accedan y cumplan programas de especialización, tendrán la obligación de desempeñarse en los organismos a que pertenecen por un tiempo similar al de duración de los programas.

DECRETO SUPREMO N° 507, DE 1991, DEL MINISTERIO DE SALUD

ART. 17, INCISO PRIMERO

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.

IDEAS GENERALES

Los profesionales médicos que se han formado en especialidades primarias o subespecialidades, financiadas por el Ministerio de Salud, algún Servicio de Salud del país, alguna entidad edilicia, una corporación municipal u otra entidad empleadora estatal, adquieren, bajo ciertas condiciones (que se han visto ya en la presente obra), la obligación correlativa de ejecutar con posterioridad, en el órgano de la Administración del Estado que determine dicho empleador, el desempeño obligatorio, como especialista, con el fin de que despliegue sus conocimientos adquiridos en favor de la población usuaria del sistema de salud público.

Es importante considerar que de la misma reglamentación, es posible determinar la finalidad que han de tener los programas de especialización y el posterior periodo asistencial obligatorio, en cuanto, el artículo 3° del Decreto Supremo N° 91, de 2001, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento sobre Acceso y Condiciones de Permanencia en Programas de Especialización a que se refiere la Ley N° 19.664 (desde ahora solamente D.S. 91), señala claramente que "*[l]os programas de especialización que ofrezcan los Servicios de Salud o el Ministerio de Salud corresponderán a aquellos que se requieran para la satisfacción de las necesidades del Sistema Nacional de Servicios de Salud y el cumplimiento de las políticas de salud, según los estudios realizados por dichas instituciones (…)*". Lo anterior, relacionado con lo dispuesto en el artículo 21 del D.S. 91 que establece que "*para cumplir con la obligación de regular la capacidad formadora de especialistas en el sector, la Subsecretaría de Redes Asistenciales deberá adoptar las medidas tendientes a lograr que la oferta de dichos programas corresponda a las necesidades del país. Esta atribución se ejercerá de acuerdo con las políticas de salud fijadas por el Ministerio y con la asesoría de las comisiones docente asistenciales de las respectivas profesiones*".

En otras palabras, el Ministerio de Salud, los respectivos Servicios de Salud u otras entidades empleadoras, deben realizar el debido estudio, análisis, de las especialidades en falencia, para efectos de propender a la debida capacitación de profesionales, con el eminente fin de contar, en los diversos establecimientos de la red asistencial de los Servicios de Salud del país, con personal especializado para la atención de la población usuaria de manera eficiente y eficaz como lo ha de exigir nuestra preceptiva nacional.

De esa manera –como hemos observado en el capítulo sobre los programas de formación– los diversos órganos de la Administración del Estado que tienen esa facultad celebran convenios entre sí o con otros centros formadores a fin de establecer los programas de especialización que requieran para satisfacer sus necesidades de atención, los que pondrán a disposición de los interesados.

CONCEPTO DE PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

Es importante considerar que la alusión al "periodo asistencial obligatorio", la podemos encontrar en diversos cuerpos normativos, a saber, el artículo 12 de la Ley Nº 19.664 que señala que "*[l]os profesionales funcionarios que accedan a programas de especialización financiados por las entidades empleadoras o por el Ministerio de Salud tendrán la obligación de desempeñarse en los organismos a que pertenecen, a lo menos, por un tiempo similar de duración de los programas*"; asimismo, en el artículo

43 de la Ley Nº 19.378 que establece el Estatuto de Atención Primaria de salud municipal, alude a la obligación de los profesionales respectivos, a "retornar a su cargo de origen, por lo menos por el doble del tiempo que esta [la formación] haya durado". Asimismo, el artículo 17 del Decreto Supremo N° 507, de 1991, del Ministerio de Salud (desde ahora, Reglamento de Becarios) indica que el "*término de la beca, implica el compromiso u obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo 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*". Y, finalmente, encontramos alusión a este concepto en el artículo 17 del D.S. 91, que reitera lo indicado por el artículo 12 de la ley antes aludido.

En ese entendido, la ley y los reglamentos nos dan luces acerca de qué se trata el asunto que nos atañe, y a partir de esta preceptiva puede sostenerse que el periodo asistencial obligatorio es una obligación especial, emanada de la ley, que adquieren los profesionales que han sido beneficiados con el financiamiento de un programa de especialización por parte de las entidades empleadoras estatales, y que implica que deban desempeñarse en calidad de funcionarios públicos y como especialistas en actividades asistenciales y aplicando plenamente los conocimientos adquiridos, en dichas entidades u otras que determine la autoridad competente, por un lapso de tiempo establecido por el legislador y la reglamentación respectiva.

En relación a la "actividad asistencial" que deben desarrollar los profesionales en comento, conviene puntualizar que la ley no define derechamente qué ha de entenderse por dicha actividad, pero podemos construir una idea de aquello, tomándonos de algunas disposiciones, tales como el artículo 113 del Código Sanitario que señala que "se considerará 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…", de modo que, si bien, habla de ejercicio ilegal de la profesión, se puede tomar de ese precepto que un acto médico y la labor asistencial consiste en el mencionado acto ejecutado para determinar un diagnóstico, pronóstico o tratamiento en los términos indicados por el artículo antes mencionado. Por su parte, dable es considerar también que se desprende del inciso tercero del artículo 3° de la ley, cuando se refiere a los prestadores individuales de salud señala que "…son las personas naturales que, de manera independiente, dependiente de un prestador institucional o por medio de un convenio con éste, otorgan directamente prestaciones de salud a las personas o colaboran directa o indirectamente en la ejecución de éstas". Luego, el inciso cuarto menciona que

los prestadores pueden ejecutar acciones de "prevención, promoción, protección, recuperación y rehabilitación de las personas…", de modo que estos actos pueden considerarse como la actividad asistencial, que dice relación especialmente con la atención directa de los usuarios del sistema público.

Conforme a todo lo señalado, creemos importante resaltar que el profesional que ha de cumplir la obligación en comento es un funcionario público con todos los derechos, obligaciones, deberes y prohibiciones que ello significa y no tiene una calidad diversa a otros funcionarios, como suele pensarse y se ha manifestado en la práctica. Lo anterior resulta importante, pues, como se ha visto en otros capítulos de este libro, hay algunos profesionales que al ingresar a programas de formación, no detentan un cargo o empleo, teniendo la calidad de becarios. Lo distinto respecto de estos profesionales funcionarios en ejecución de su desempeño obligatorio, es que su término de la calidad funcionaria, por causas que le sean imputables, conllevan consecuencias, según veremos en el presente capítulo.

FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

Es importante considerar que nuestro Código Civil establece en su artículo Nº 1.437 las fuentes de las obligaciones, es decir, aquel antecedente en virtud del cual nacen estas. Y señala claramente: "*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad*".

Desde ese punto de vista, se ha discutido cuál es la "fuente" de esta especial obligación: es un contrato o derechamente es la ley. Piensa este autor, que su fuente es la ley, pero veremos, debido a la discusión jurisprudencial que se ha dado, que la mayoría de la jurisprudencia cree que es una obligación emanada de un contrato y aplican las reglas comunes del Derecho Civil, lo que, a mi juicio, constituye un error.

Esta distinción cobra especial relevancia, tratándose de casos en los cuales se pretende ejecutar la garantía que los becarios, comisionados de estudios o aquellos profesionales en misión de estudios, han de constituir en caso de incumplimiento de su obligación de permanencia, en donde, desde la experiencia,

es dable señalar que la mayoría de los Servicios de Salud del país, han de demandar el cobro de las referidas garantías, debido a las reglas de la responsabilidad contractual.

Así las cosas, suele determinarse aquello, pues, los profesionales que se adscriben a un cupo de una beca ministerial, del Servicio de Salud o de una entidad municipal, manifiestan su intención o voluntad libre y espontánea de adjudicarse el financiamiento del programa de especialización, adquiriendo principalmente las obligaciones de dar cumplimiento satisfactoriamente a ese programa, aprobándolo, por supuesto, conforme a las exigencias académicas del campo formador y, luego de ello, a ejecutar un periodo asistencial obligatorio como ya se ha venido indicando. Por su parte, el Ministerio de Salud, el servicio o entidad edilicia, contrae las obligaciones de pagar arancel, matrícula, estipendio, remuneraciones –según corresponda– de velar por el cumplimiento del contrato de prestación de servicios educacionales y, a su vez, de otorgar posteriormente la función correspondiente y estatuir las condiciones necesarias para que el profesional beneficiario de la beca pueda cumplir con el desempeño obligatorio.

En ese entendido, una de las nuevas preceptivas dispuestas tras las modificaciones que sufrieron el Reglamento de Becarios y el D.S. 91, establece que la entidad que ha de financiar el respectivo programa formativo, debe poner a disposición del profesional de un convenio en donde constan sus derechos y obligaciones y, suele ocurrir que a dicho convenio se le ha de dar la tratativa de un contrato civil. Sin embargo, de la lectura de esos instrumentos se desprende que han de contener lisa y llanamente una reproducción de las normas de derecho público que han de regir la materia.

Así las cosas, suele ocurrir que cuando los entes administrativos incoan sus demandas de cobro de pesos (en general, es la acción que se endereza en contra de los profesionales que no dan cumplimiento a su obligación), recurren a las reglas contractuales del Código Civil. Sin embargo, piensa este autor que el Convenio sobre Derechos, Obligaciones y Garantía del Becario (o comisionado de estudios o del profesional en misión de estudios) y la relación jurídica que subyace en estos casos, no es un contrato en los conceptos del derecho privado, pues, las potestades que son dadas a la autoridad, son por ley y reglamento, no por un mero contrato, teniendo en consideración de que aquí nos encontramos en el ámbito del Derecho Público y no del Civil, debiendo ceñirse la autoridad al marco de actuación que le permite la ley.

Abona a lo dicho una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, dictada en el Rol 2160-2009, fechada el 21 de julio del año 2011: "*(…) Atendida la forma en que se establece y regula el otorgamiento de becas en el Sistema Nacional de Servicios de Salud contenidas en la Ley N° 15.076 y que reglamentan en el D.S. N° 507, resultan inaplicables las normas relativas a los contratos contenidas en el Código Civil. En efecto, el artículo 43 de la Ley citada establece un sistema de becas para profesionales del área de la salud, las que pueden ser entregadas por los servicios de salud o las Universidades del Estado reconocidas por éste y que se otorgan mediante concurso. La ley fija los lineamientos generales de este beneficio, el que es regulado por el Decreto Supremo ya mencionado*". Agrega el máximo tribunal en este fallo: "*Luego el artículo 3° del Reglamento indica que los programas de especialización que se ofrezcan mediante becas por el Ministerio o los Servicios de Salud corresponden a aquellos que se requieran para el cumplimiento de las políticas de salud y principalmente para la satisfacción de las necesidades del Sistema Nacional de Servicios de Salud, es decir la finalidad de la especialización es precisamente obtener profesionales que apoyen el cumplimiento de los objetivos de las políticas de salud y que cubran los requerimientos de quienes son atendidos en el sistema público. A continuación, el artículo 18 establece la facultad de la autoridad superior de la institución que otorgue la beca para definir los requisitos que deben cumplir quienes postulen a ellas; y, de acuerdo con el artículo 5° del mismo Reglamento, la selección que corresponda, ambas autoridades que por ser órganos de la administración del Estado actúan a través de resoluciones administrativas que se rigen por normas del derecho público*".

Conforme a todo lo recientemente expuesto, y como también lo ha sostenido la Corte Suprema, la suscripción del convenio entre el profesional beneficiario de una beca (o comisión de estudios o misión de estudios, conforme se explicó en el capítulo sobre programas de formación) y la autoridad correspondiente, no puede entenderse como un contrato en los términos que establece el artículo 1.545 del Código Civil[238]. En efecto, el convenio que debe suscribir el becario, comisionado de estudios o profesional en misión de estudios con la entidad respectiva, donde se contienen sus derechos y obligaciones, solo constituye la culminación de un proceso administrativo complejo, en el cual no existe un real acuerdo libre de voluntades entre las partes, como ocurre en una convención de derecho privado.

A mayor abundamiento, lo que define al contrato es el ejercicio de derechos y obligaciones por ambas partes y, el Ministerio de Salud, el Servicio de Salud

238 Art. 1.545: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser inválido sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

o la respectiva entidad edilicia, como entes de la administración del Estado no están llamados a ejercer derechos, sino que potestades, las cuales solo han de ser otorgadas por la ley, no pudiendo ser modificadas siquiera por la voluntad de las partes.

Sobre este punto, la Contraloría General de la República ha establecido que, en lo que dice relación con los convenios que firman los becarios con los respectivos Servicios de Salud, que conforme al criterio contenido en los dictámenes 42.807, de 014[239] y 80.119,

239 Se ha remitido a esta Contraloría General, para su registro, la resolución exenta N° 271, de 2013, del Servicio de Salud ---------, que declara la inhabilidad de don ---------, ex profesional funcionario de ese organismo, para reingresar a la Administración del Estado, durante el lapso de seis años, por incumplir las obligaciones derivadas de su comisión de estudios, mientras que, por su parte, la afectada consulta sobre la pertinencia de la medida.

Requerido su informe, esa institución manifestó, en síntesis, que la indicada inobservancia hace aplicable al interesado la sanción de que se trata.

Al respecto, cabe señalar que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 10 de la ley N° 19.664, únicamente los profesionales funcionarios ingresados a la etapa de Destinación y Formación por concurso público pueden optar a perfeccionamientos a través de comisiones de estudio, ya que los contratados directamente por la superioridad del establecimiento, como ocurrió en la especie, lo deben hacer por becas, reguladas en el artículo 43 de la Ley N° 15.076.

Ahora bien, resulta necesario destacar que el artículo 12, inciso primero, de la citada Ley N° 19.664, precisa que quienes hayan accedido a los referidos programas –sin distinguir si éstos se disponen mediante una comisión de estudio o de una beca–, tendrán la obligación de desempeñarse en los organismos a que pertenecen, a lo menos, por un tiempo similar al de duración de aquellos, agregando en su inciso segundo que el incumplimiento de ese deber importa el reembolso de los gastos originados con motivo de la ejecución de aquél y los derivados de dicha inobservancia, quedando impedidos, además, de reingresar a la Administración hasta por el período de seis años.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control ha precisado, entre otros, en su dictamen N° 79.449, de 2012, que al establecerse un rango para la duración de la mencionada inhabilidad, compete al servicio de salud correspondiente fijarla en cada caso.

Ahora bien, de los antecedentes examinados aparece que el ocurrente inició un programa de formación en --------- en la Universidad ---------, cursando parte del mismo en comisión de estudios, entre el 1 de octubre de 2012 y hasta su renuncia, que operó a contar del 1 de septiembre de 2013, lapso este último durante el cual ese organismo pagó sus remuneraciones y un porcentaje del arancel respectivo.

De esta manera, se advierte que la dimisión del señor ---------, implicó el incumplimiento del mencionado período de desempeño obligatorio, por lo que procede la aplicación de las sanciones contempladas en el citado artículo 12 de la Ley N° 19.664, en particular, su inhabilidad de ingreso a la Administración, conclusión que no se ve alterada por el hecho de que dicha comisión no se hubiese formalizado, además, por escritura pública, o no se suscribiera la garantía a que alude la norma en referencia, **dado que tales instrumentos sólo tienen por objeto caucionar el cumplimiento de los deberes que ella establece.**

Por su parte, respecto a la solicitud que habría formulado el peticionario, durante su desempeño en esa institución, en orden a cumplir su periodo asistencial en un servicio de salud diferente, cumple con hacer presente que, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 12, compete a la superioridad de los organismos involucrados ponderar la procedencia de acceder a esa petición.

Finalmente, en lo atinente al ofrecimiento del recurrente de reintegrar tanto las remuneraciones que percibió antes de su dimisión, como la matrícula pagada por su formación, es útil añadir que ello no lo libera

de 2015[240], de ese origen, que tales acuerdos, refiriéndose a los Convenios, tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de desempeño, acorde con lo previsto en el artículo 23 del mencionado reglamento de becarios, razón por la cual los convenios no tienen el efecto jurídico de modificar el régimen en virtud del cual los profesionales funcionarios son beneficiados con un programa de especialización, ni liberarlos de las obligaciones o sanciones que establecen en su ordenamiento jurídico. Así las cosas, a la luz de la jurisprudencia anotada, no podemos hablar de un contrato en los términos del derecho civil, ni mucho menos pretender dar vigor a las acciones contenidas en el Código

---

de las sanciones derivadas del incumplimiento de que se trata, al no contemplarse dicha posibilidad en la normativa vigente, tal como se ha manifestado en el dictamen N° 35.065, de 2013, de este origen.

240 Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora ---------, médico cirujano, consultando si debe cumplir, en el Servicio de Salud ---------, el periodo asistencial derivado de las especializaciones que cursó, las cuales, en su concepto, no se encontrarían sujetas a las normas contenidas en las Leyes N^{os} 15.076 y 19.664, sino a las reglas pactadas en el convenio que suscribió con ese organismo. Requerida de informe, esa institución señaló, en síntesis, que concedió a la recurrente diversas comisiones de estudio para desarrollar los perfeccionamientos de que se trata, al término de los cuales no dio cumplimiento al desempeño comprometido. Por su parte, la Subsecretaría de Redes Asistenciales reiteró lo indicado por ese servicio de salud.

Como cuestión previa, cabe señalar que de los registros de esta Entidad Fiscalizadora, aparece que la peticionaria ingresó a ese servicio mediante contratación directa, por lo que acorde con el artículo 11, inciso primero, de la referida Ley N° 19.664, solo pudo acceder a los mencionados programas de especialización a través de una beca, en los términos establecidos en el artículo 43 de la Ley N° 15.076, y no por medio de comisiones de estudio, como aconteció en la especie.

No obstante lo anterior, es menester expresar que conforme al criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N^{os} 84.907, de 2013 y 21.540, de 2015, de este origen, procede reconocer a la interesada, en resguardo del principio de seguridad jurídica, los derechos que le corresponderían como comisionada.

Enseguida, es útil recordar que acorde con lo dispuesto en el artículo 12, incisos primero y segundo, de la apuntada Ley N° 19.664, los profesionales funcionarios que accedan a programas de especialización –ya sea en comisión de estudio o en virtud de una beca–, tendrán la obligación de desempeñarse en los organismos a que pertenecen, a lo menos, por un tiempo similar al de duración de aquellos, agregando que el incumplimiento de ese deber importa el reembolso de los gastos originados con motivo de su ejecución y los derivados de dicha inobservancia, quedando impedidos, además, de reingresar a la Administración hasta por el periodo de seis años.

En este contexto, de los antecedentes tenidos a la vista, se advierte que a través de diversas resoluciones exentas emitidas por ese servicio de salud, se concedieron a la interesada sucesivas comisiones de estudio para realizar programas de especialización y de subespecialización en la Universidad ---------, entre el 1 de mayo de 2010 y el 31 de diciembre de 2014, a cuyo término no habría regresado a cumplir funciones al mencionado organismo empleador, resultándole aplicable, por consiguiente, la referida inhabilidad.

Lo anterior, no se ve alterado por lo que pueda haberse señalado en el convenio al que alude la recurrente –el que no se ha tenido a la vista, el cual solo tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de desempeño, acorde con lo previsto en el artículo 19 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, conclusión armónica con lo indicado en el dictamen N° 42.807, de 2014, de este origen.

del ramo para proceder al cobro de lo pretendido por la contraparte, pues existe normativa especial que regula el asunto.

Con todo, debemos establecer que precisamente la obligación de realizar un periodo asistencial obligatorio encuentra su fuente en la ley y no en un mero contrato privado, como suele entenderse.

En esta clase de relaciones jurídicas, sin duda, debemos considerar que existe una clara limitación de la libertad de las partes, la desigualdad jurídica de las partes y mecanismos especiales de resolución de controversias[241]. En cuanto a la limitación de la libertad de las partes, que se opone considerablemente a un contrato regido por nuestro Código Civil, es necesario señalar que el principio de autonomía de la voluntad, en parte alguna se manifiesta en la relación jurídica existente entre las partes de estas relaciones jurídicas. Lo anterior, puesto que, es completamente sabido que "la Administración Pública no goza de libertad para decidir la forma en que ha de concretar el contrato, es decir, no puede escoger discrecionalmente el procedimiento a seguir para el perfeccionamiento del contrato".[242] Y agrega la doctrina sobre este punto, "La Administración tiene muy poca libertad para decidir a cuál de los interesados elegirá su contraparte contractual".[243]

Ahora bien, en cuanto a la limitación de la libertad desde la perspectiva del particular, debemos partir de la base de que el administrado es libre de decidir si le conviene o no a sus intereses iniciar una relación con la Administración del Estado, pero encontrará en la ley y en su respectivo reglamento, los requisitos que deberá cumplir para presentarse al concurso público que se convoque por la administración, pero no podrá establecer ni pactar las condiciones del vínculo jurídico que mantendrá con la entidad que otorga la beca durante su formación, ni sus derechos y obligaciones, sino que debe someterse completamente y sin reparo alguno al Estatuto Especial contemplado en el Reglamento de Becarios, el D.S. 91, entre otros, no pudiendo, prácticamente, negociar nada que no sea lo establecido en la preceptiva respectiva, ni el tipo de garantía, ni la cantidad de tiempo de duración del periodo asistencial obligatorio, ni el monto del estipendio, etcétera.

---

241 DE LEÓN SALUCCI, Sandra Ponce. El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos. Revista de Derecho Público, 2013, no 79, pág. 123.

242 Ibídem.

243 Ibídem.

No se observa en parte alguna la denominada autonomía de la voluntad que es la piedra angular de la acción emanada del artículo 1.545 del Código Civil. Desde ya, lo expuesto hasta aquí nos lleva a prescindir de la idea de que la relación jurídica estatutaria especial, participe de las características de un contrato –incluso de adhesión– en los términos definidos por el Derecho Común.

Y es que así lo ha señalado el Profesor Alejandro Vergara Blanco en su artículo titulado "Supletoriedad del Código Civil en casos administrativos: respuesta a un crítico mediante un análisis jurisprudencial", en donde considera que constituye un exceso pretender que el Código Civil constituye una especie de derecho común supletorio de "todo el ordenamiento jurídico chileno", esto es, para llevar todas sus lagunas jurídicas, incluidas entonces no solo las existentes en normas de derecho privado, sino también en normas de derecho público.[244]

Sin embargo, aquí mismo se presentan normas especiales tendientes a orientar a la administración de cómo ha de procederse, esto es, los artículos 12 de la Ley Nº 19.664, 24 y 25 del Reglamento de Becarios y 14 del D.S. 91, por mencionar algunos. El convenio que suscriben los profesionales no es más que la reproducción del contenido de esta normativa y de normas estatutarias de los funcionarios públicos y, como ya venimos diciendo, no implica un libre pacto, imbuido de la autonomía de la voluntad (propia del contrato concebido a la luz de los artículos 1.545 y siguientes del Código Civil) entre las partes, sino la culminación de un proceso administrativo. Aquí, al contrario, rige eminentemente el principio de legalidad que encuentra su fuente en el propio Derecho Constitucional y Administrativo.

Ahora bien, el hecho de que los Servicios de Salud, municipalidades, corporaciones municipales o el Ministerio de Salud, demanden en sede civil una determinada exigencia administrativa, se debe lisa y llanamente a la inexistencia de tribunales contenciosos administrativos, que tanto han clamado los administrativistas, pero ello no implica que, además, deban aplicarse sin más los institutos civiles a relaciones jurídicas sumamente delimitadas, como es la de los profesionales becarios, comisionados de estudios, entre otros, cuyas relaciones están pormenorizadamente reguladas por el régimen especial de los médicos cirujanos, entre otros profesionales de la salud.

Por esa razón, la misma sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, en el Rol 2160-2009, fechada el 21 de julio del año 2011, añade en

244 Vergara Blanco, A. (2020). Supletoriedad del Código Civil en casos administrativos: respuesta a un crítico mediante un análisis jurisprudencial. El Mercurio Legal, 30.

su Considerando Octavo: *"Que, de acuerdo a lo expuesto en el motivo anterior, la suscripción del convenio entre el becario y la autoridad correspondiente no puede entenderse como un contrato en los términos que establece el artículo 1.545 del Código Civil. En efecto, el convenio que debe suscribir el becario con la Subsecretaría de Redes Asistenciales o con el Director del Servicio de Salud correspondiente, donde se contienen sus derechos y obligaciones –y que en el presente caso, como lo asevera el propio recurrente, no existió– sólo constituye la culminación de un proceso administrativo complejo, en el cual no existe un real acuerdo libre de voluntades entre las partes como ocurre en una convención de derecho privado"*.

Sin embargo, no toda la jurisprudencia (y en realidad la mayoritaria) comparte el pensamiento que hemos venido desarrollando. Así, la misma Corte Suprema, en sentencia del año 2017 señala: *"Que no cabe duda que el demandado acordó con el Servicio de Salud (…), en diciembre de 2012, un contrato de beca de especialización, obligándose, según sus propios dichos, a aprobar un programa de especialización en (…) y, una vez finalizado éste, a desempeñarse en el Hospital (…) por un plazo de cuatro años. Tales hechos se encuentran expresamente reconocidos en la contestación de la demanda, así como también en las presentaciones efectuadas por el demandado ante la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Concepción, agregados a los autos a fs. 299 y 153 respectivamente y que no fueron objetadas"*.[245] Añade la sentencia: *"Especialmente relevante resulta el último documento, toda vez que en éste el demandado reconoce que su contratación se efectuó conforme a las condiciones reguladas en el artículo 12 de la Ley 19.664 (…)"*.[246] Y agrega la sentencia *"Que, por el contrario, el demandado niega haber convenido la cláusula penal pretendida por la demandante, toda vez que no suscribió la escritura de garantía, lo que, en su concepto, lo eximiría de tal obligación. Aduce además que el contrato se encuentra terminado por su renuncia, por lo que no cabe resolverlo judicialmente (…)"*.[247] Y menciona, en lo pertinente *"Que el artículo 1437 del Código Civil reconoce como fuente de las obligaciones, el concurso real de voluntades de dos o más personas, el hecho voluntario de la persona que se obliga, el hecho que infiere daño a otro, y la ley. Por su parte, el artículo 1546 del mismo cuerpo legal, dispone que los contratos –que deben ejecutarse de buena fe– obligan no*

245 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 40.681-2016, dictada el 1 de marzo de 2017, Considerando 2°.

246 Ibídem.

247 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 40.681-2016, dictada el 1 de marzo de 2017, Considerando 3°.

sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella"[248].

Luego, indica la sentencia que venimos transcribiendo "*Que, de lo anterior, se sigue que la labor hermenéutica que debe llevar a cabo el sentenciador para precisar el alcance de las obligaciones contractuales sólo se ve agotada una vez establecida la real voluntad de cada parte contratante, para lo cual debe auxiliarse no sólo de la voluntad declarada, sino de todo aquello que, por naturaleza, ley o costumbre, emana de tal relación negocial. En el caso concreto, no está en discusión que las partes se obligaron de manera recíproca en el marco de un contrato de beca de especialización. Pues bien, el contenido de tal contrato se encuentra señalado por las normas legales y reglamentarias relativas a la materia, entre ellos, el artículo 12 de la Ley 19.664, ya transcrito en el considerando primero de este fallo, que establece la obligación de los becarios de desempeñarse en los organismos a que pertenecen, a lo menos, por un tiempo similar al de duración de los programas, determinando a continuación, como consecuencia del incumplimiento de tal obligación primigenia, el resarcimiento de los gastos originados con motivo de la ejecución de los programas y aquellos derivados del incumplimiento, además de la satisfacción de los perjuicios derivados de tal incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%. Prescribe adicionalmente, que en tales circunstancias el becario quedará impedido de reingresar a la Administración del Estado hasta por un lapso de seis años. Tales obligaciones se encuentran detalladas en el párrafo IV del Reglamento sobre Acceso y Condiciones de Permanencia en Programas de Especialización de la Ley 19.664, que lleva por título "compromiso de desempeño obligatorio". No resulta plausible, entonces, la alegación mantenida durante el juicio por el demandado, en cuanto a que no acordó asumir las obligaciones reclamadas en este juicio, incluyendo la de indemnizar los perjuicios fundado en no haber suscrito la escritura constitutiva de garantía de pago de la indemnización, conforme a la avaluación anticipada hecha por el servicio, que se ajusta a la obligación que emana directamente de las leyes y reglamentos que informan este contrato bilateral de características especialísimas*"[249].

Observamos que, a lo largo de esta sentencia, se tiende a otorgar el concepto de un contrato especialísimo al celebrado en estos casos, sosteniéndose la existencia prácticamente plena, de autonomía de la voluntad entre las partes.

---

248 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 40.681-2016, dictada el 1 de marzo de 2017, Considerando 5°.

249 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 40.681-2016, dictada el 1 de marzo de 2017, Considerando 6°.

Bajo este criterio jurisprudencial, más bien mayoritario, se sostiene que el artículo 1437 del Código Civil que dispone que las obligaciones nacen del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en contratos o convenciones, coloca como exigencia a la parte que lo invoca como fuente de su obligación, acreditar la existencia misma de ese convenio o contrato, su contenido, duración, etc.

Han señalado nuestros tribunales que basta con la existencia de una aceptación del cupo de especialización, y que suscribe el profesional y la entidad administrativa que corresponda, para que se entienda acordado un "contrato de beca de especialización" y que dicho contrato encuentra su contenido en las normas legales y reglamentarias.

Sin embargo, este enmarañado que han de establecer los jueces tratando de explicar la existencia de un "contrato de beca" y que encuentra su contenido en preceptivas totalmente ajenas a la voluntad de las partes, no logra convencernos de que deban aplicarse en estos casos las reglas del Derecho Privado, y dable es concluir que la naturaleza de esta obligación es de aquellas de carácter legal, no contractual y, ante todo, debe primar la normativa de Derecho Público que lo que las partes pacten, pues, dichos pactos no encuentran libertad contractual como ha de ocurrir en un verdadero contrato, el cual, por lo demás, exige que ambas partes ejerzan derechos y obligaciones y, en estos casos, el Estado no ejerce derechos, sino que potestades. Con todo, la situación se ve más complejizada aún, en el caso de aquellos profesionales que cursaron sus programas de formación en virtud de misiones de estudios regidas por el artículo 43 de la Ley Nº 19.378, en donde el compromiso de desempeño obligatorio que han de ejercer, si bien se rige por la ley indicada recientemente, no se encuentra mayormente regulado en muchos aspectos especiales que sí son aplicables a los demás médicos en PAO.

EL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO: ACTIVIDADES PRESENCIALES Y DE CARÁCTER ASISTENCIAL EN LA ESPECIALIDAD ADQUIRIDA

Varias cuestiones han de suscitarse en relación con el modo en el cual debe ejecutarse la obligación que nos ocupa en el presente capítulo, para que se entienda cumplida efectivamente y evitar así con posterioridad problemas, pues, han de existir situaciones que no pueden considerarse como cumplimiento efectivo del desempeño obligatorio.

Así las cosas, debe tenerse presente que la normativa que regula el periodo asistencial obligatorio derivado de una beca de especialización, no contempla la posibilidad de que las labores se cumplan de manera telemática como, por ejemplo –según lo ha indicado la misma Contraloría General de la República– informando exámenes de manera remota.

Así, se han dirigido sendas consultas al mencionado organismo de control, de profesionales que han pretendido cumplir esta obligación, con parte de su jornada de manera presencial y otra, de manera semipresencial o con el denominado teletrabajo.

En este punto, es dable considerar que la entidad de control, en dictamen N° 07282N16 de 4 de octubre del año 2016, ha sido categórica al establecer: "*(…) Sobre el particular, cabe recordar que el artículo 17 del decreto N° 507, de 1990, del Ministerio de Salud, Reglamento de Becarios de la ley N° 15.076, precisa que el término de la beca, implica el compromiso por parte del becario de efectuar una fase asistencial, a continuación del período formativo, por un tiempo igual al doble de su duración*". Agrega que "*Luego es útil recordar que los artículos 20 y 21 del mismo cuerpo normativo, precisan que el periodo de práctica asistencial obligatorio deberá cumplirse en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Salud [sic] o el Director del Servicio de Salud correspondiente, y para tales efectos el exbecario será contratado en jornada completa –esto es, 44 horas semanales, conforme lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 15.076– la que sólo podrá reducirse hasta 22 horas semanales, cuando asuma otro cargo público*". Menciona, además "*Ahora bien, considerando que la preceptiva que regula el periodo asistencial obligatorio que debe cumplir el Señor (…), no contempla disposición alguna que permita desempeñarlo en los términos que aquel solicita, cabe concluir que el citado Servicio de Salud se encuentra impedido de acceder a su petición*".

Visto lo anterior, dable es hacer presente que, si bien el dictamen transcrito es del año 2016, las modificaciones que los Decretos N° 507 y N° 91 sufrieron en el año 2018, no cambiaron la preceptiva al respecto.

Lo anterior cobra sentido, pues, como se ha venido diciendo a lo largo de este capítulo, los profesionales que ejecutan su periodo asistencial obligatorio son funcionarios públicos y, como tales, se encuentran sujetos a las obligaciones funcionarias contempladas en el Estatuto Administrativo o Estatuto Administrativo municipal, según sea el caso.

Al respecto, el artículo 61 letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo (desde ahora Estatuto Administrativo) y –en el mismo tenor– el artículo 58 letra a) de la Ley N° 18.883,

que aprueba el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales (desde ahora Estatuto Municipal), establecen que "*Serán obligaciones de cada funcionario: a) Desempeñar personalmente las funciones del cargo de forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación*".

Ahora bien, también es necesario, de todas formas, tener presente que existió una excepción, producto de la pandemia que afectó a todo el planeta, en años recientes y en su punto más álgido.

Al respecto, la Contraloría General de la República, en uso de sus facultades, emite el Dictamen 3610 de 2020, de fecha 17 de marzo de 2020, en virtud del cual se estableció que "*(…) 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*". Añade, en lo que nos interesa, "*En mérito de lo expuesto, es posible concluir, en primer término, que los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores que en ellos se desempeñan, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía, según determine la superioridad respectiva. En este supuesto, el jefe del servicio podrá establecer programas especiales de trabajo que permitan el ejercicio del control jerárquico de parte de las jefaturas directas*". Se menciona que "*En segundo término, respecto de los servidores que ejercen tareas que no resultan compatibles con la modalidad, de trabajo a distancia, pero cuya presencia no resulta indispensable en las dependencias del servicio, cabe precisar que el jefe del servicio puede igualmente establecer la no asistencia de dicho personal con el objeto de evitar la propagación del virus al interior del respectivo órgano, eximiéndolos del deber de asistencia al amparo del instituto del caso fortuito, asistiéndoles igualmente el derecho a percibir en forma íntegra sus remuneraciones*". Indica, por su parte, que "*Resulta necesario puntualizar que las medidas recién señaladas pueden ser adoptadas respecto de todos los servidores, con independencia de que se encuentren en grupos de riesgo o no con el objeto de evitar la propagación de la pandemia al interior de los órganos públicos y consecuentemente, en las ciudades y lugares poblados*". Luego, establece que "*Finalmente, el jefe superior del servicio podrá determinar que unidades o grupos de servidores deberán permanecer realizando las labores mínimas en forma presencial, para garantizar la*

continuidad del cumplimiento de las funciones indispensables de los servicios públicos, y que no necesariamente corresponden a todas las que el ordenamiento les ha asignado, sino únicamente a aquellas que deben continuar prestándose de forma presencial ante situaciones de emergencia, como sucede con la atención de salud, la ayuda humanitaria, el control del orden público, la seguridad exterior, entre otras".

En tales casos, aquellos profesionales funcionarios que ejercieron esta excepcional, especial modalidad de prestación de servicios y, en la medida que ello se encuentre respaldado por los respectivos actos administrativos de la autoridad competente, satisficieron su desempeño obligatorio.

Es importante considerar, en este acápite, lo siguiente:

a) La Ley Nº 21.526 que Otorga Reajuste de Remuneraciones a las y los trabajadores del sector público, concede aguinaldos que señala, concede otros beneficios que indica y modifica diversos cuerpos legales, establece en su artículo 66 que "Durante el año 2023, facúltase a las jefas y los jefes superiores de servicio de las subsecretarías y de los servicios públicos dependientes de los ministerios o que se relacionen con el Presidente de la República a través de ellos, para eximir del control horario de jornada de trabajo hasta el porcentaje de la dotación máxima del personal del respectivo Servicio que se indican en los incisos tercero y cuarto, cualquiera sea su régimen laboral, quienes podrán realizar sus labores fuera de las dependencias institucionales, mediante la utilización de medios informáticos dispuestos por el Servicio".

Sin embargo, agrega el inciso segundo de esa disposición que "Lo dispuesto en el inciso anterior, no se aplicará a los funcionarios y funcionarias pertenecientes a la planta directiva; a quienes desempeñen funciones de jefatura según lo defina el jefe superior de servicio y que no se encuentren en la planta directiva; a quienes presten atención directa presencial a público o en terreno, según lo defina el jefe superior de servicio. Además, el jefe de servicio podrá establecer otras excepciones mediante resolución con el objeto de asegurar la continuidad de los servicios de la institución".

Este precepto fue prorrogado para el año 2024, pero, en general, debemos considerar que la labor que ejercen los profesionales funcionarios son de aquellas que, precisamente, implican la atención presencial de público, de modo que se encuentran exceptuados, por lo indicado en el precepto recientemente transcrito, de la posibilidad de realizar trabajo remoto. Asimismo, el mismo artículo establece que la autoridad respectiva puede establecer por resolución, cuáles son las excepciones mediante resolución, en favor del principio de continuidad del servicio.

b) Por su parte, también se debe considerar en este acápite que la Ley Nº 21.645 que modifica el Título II del Libro II del Código del Trabajo "De la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar y regula un régimen de trabajo a distancia y teletrabajo en las condiciones que indica", no se hace aplicable a los funcionarios públicos.

Sobre el particular, conviene indicar que la Contraloría General de la República, por el Dictamen N° E443357N24 de fecha 24 de enero de 2024, ha señalado perentoriamente que el teletrabajo previsto en el artículo 152 quáter O bis del Código del Trabajo no se aplica al sector público. Indica el dictamen: "*(…) La Ley N° 21.645, que entra en vigencia el 29 de enero de 2024, que modifica, entre otras normas, el Capítulo IX del Título II del Libro I del Código del Trabajo, denominado 'Del trabajo a distancia y Teletrabajo' agregando el artículo 152 quáter O bis, que dispone en su inciso primero que 'El empleador deberá ofrecer a la persona trabajadora que, durante la vigencia de la relación laboral, tenga el cuidado de un niño o niña menor de catorce años o que tenga a su cargo el cuidado de una persona con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, no importando la edad de quien se cuida, sin recibir remuneración por dicha actividad, que todo o parte de su jornada diaria semanal pueda ser desarrollada bajo modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permita'".* Añade el dictamen que *"A continuación, su inciso segundo regula la forma de acreditación de esas situaciones, mientras que su inciso final dispone que dicho artículo no se aplicará a los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados".* Agrega en lo pertinente que "*En primer lugar, cabe recordar que en conformidad con la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General de la República, el Capítulo IX del Título II del Libro I del Código del Trabajo no resulta aplicable al sector público, toda vez que el contrato de teletrabajo es un contrato especial que requiere el acuerdo de voluntades de las partes empleadora y trabajadora, y las autoridades públicas no se encuentran facultadas para suscribirlo, salvo disposición expresa que lo autorice (aplica dictamen N° E189764, de 2022)".* Luego, agrega el dictamen que *"en ese contexto, se advierte que el teletrabajo del artículo 152 quáter O bis, incorporado por la ley 21.645 al Código Laboral, se encuentra contenido precisamente en el referido capítulo, por lo que no constituye una norma aplicable al sector público".*

Habiendo observado las consideraciones expuestas anteriormente, un segundo aspecto que es dable revisar es el tipo de funciones que deben ejercer los profesionales funcionarios, para que sean consideradas como efectivo cumplimiento de la obligación que nos ocupa.

Lo anterior, pues, el artículo 12 de la Ley Nº 19.664 como, asimismo, la preceptiva reglamentaria que establece la materia son bastantes amplias y no especifican el tipo de labores que deben ejercer los profesionales funcionarios al momento de dar cumplimiento a su desempeño obligatorio, a lo más, señala su obligación de permanecer en el respectivo servicio de salud por el tiempo que señala la normativa correspondiente.

Ha sido, entonces, la Contraloría General de la República quien, mediante su jurisprudencia administrativa, también ha ido estableciendo la respuesta al punto que venimos planteando.

Por Dictamen N° E179236NN2 de fecha 26 de enero del año 2022, la entidad de control, por ejemplo la Contraloría, estableció que el lapso en que la profesional funcionaria puede ejercer como convencional constituyente, haciendo uso del permiso sin goce de remuneraciones previsto en el artículo 134 de la Constitución Política, no puede computarse para dar cumplimiento a su periodo asistencial obligatorio.

Al efecto, señala el órgano de control que *"en este contexto, resulta necesario hacer presente que si bien el mencionado artículo 12 de la ley Nº 19.664 establece una obligación genérica de desempeño obligatorio posterior al programa de especialización, sin aludir al carácter de esas labores, de lo dispuesto en los artículos 17, 20, 21, 22 y otros del Reglamento de Becarios, se advierte que tal deber se refiere a tareas asistenciales"*. Agrega el dictamen en comento: "*En dicho orden de consideraciones, es menester anotar que, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 2º y 3º del ya mencionado decreto Nº91, de 2001, los aludidos programas de perfeccionamiento constituirán un conjunto de actividades curriculares destinadas a la formación de especialistas y, tratándose de los que ofrezcan los servicios de salud o el Ministerio del ramo, corresponderán a aquellos que se requieran para la satisfacción de las necesidades del Sistema Nacional de Servicios de Salud y el cumplimiento de las políticas de salud*". Indica además que "*Por ello, mediante los dictámenes Nos 30.965, de 2012, 1.191, de 2019, y 916, de 2020, de este origen, se ha manifestado que la preceptiva que regula el sistema de especialización en el sector público dispone un desempeño efectivo, posterior y consecutivo a la realización de los pertinentes estudios, con la indudable finalidad de que el profesional especializado favorezca con sus nuevos conocimientos y competencias a los usuarios del sistema público de salud, permitiéndose, de manera excepcional, la interrupción de esa fase asistencial*". Agrega, en lo pertinente, que "*En consecuencia, debe colegirse que un profesional funcionario que utilice un permiso sin goce de remuneraciones, no puede computar dicho tiempo para los efectos de dar cumplimiento a su PAO, puesto que lo relevante para esa finalidad es el desarrollo efectivo de labores asistenciales de salud, dando debida observancia práctica a la totalidad de las obligaciones de permanencia a que se encuentra comprometido el*

beneficiado con un programa de especialización, lo que no sucede cuando se está utilizando tal tipo de permisos (aplica dictamen N°916, de 2020)".

Otra situación, que se ha empalmado ante Contraloría General de la República, dice relación con profesionales funcionarios que han consultado si el ejercicio de cargos gremiales en una agrupación gremial puede computarse como parte del periodo asistencial obligatorio.

En el caso en comento, la Contraloría mediante el dictamen N° 916 del año 2020, ha sido muy clara al indicar que "*De todo lo reseñado, y en armonía con lo manifestado en los dictámenes N[os] 30.965, de 2012 y 4.451, de 2019, entre otros, de esta Entidad de Control, se advierte que la exigencia de realizar un PAO a continuación de la respectiva etapa de formación es un deber que nace de la preceptiva aplicable a la materia, del cual no están exentos los dirigentes del Colegio Médico, sin perjuicio de los permisos o autorizaciones que puede otorgar la autoridad a un profesional funcionario, en uso de las facultades que fija el marco normativo antes consignado, correspondiendo a aquella ponderar los antecedentes de las solicitudes hechas sobre la materia (aplica dictamen N° 20.459, de 2009)".* Agrega el dictamen también que "*En este sentido, es necesario señalar que la citada preceptiva dispone un desempeño efectivo, posterior y consecutivo a la realización de los respectivos estudios, con la indudable finalidad de que el profesional especializado beneficie con sus conocimientos a los usuarios del sistema público de salud, permitiéndose, de manera excepcional, la interrupción de esa fase asistencial".*

Una de las situaciones que también han suscitado discusión sobre esta materia, es el caso de los profesionales funcionarios que en el periodo de cumplimiento de su obligación correlativa, asumen cargos directivos o de Alta Dirección Pública, pues, Contraloría General de la República, mediante Oficio N° 9.633 del 14 de agosto del año 2019, señaló: *"el propósito del artículo 12 de la ley N° 19.664 es asegurar que el profesional beneficiado con programas de especialización retorne al órgano correspondiente para desempeñarse personalmente en las funciones propias del servicio respectivo, de manera de mejorar el funcionamiento del sector público sanitario mediante el empleo de sus propios medios (…)"* Agrega que tal desempeño posterior y consecutivo a la realización de la beca es "*con la indudable finalidad de que aquel profesional especializado beneficie con tales conocimientos a los usuarios del sistema público de salud" por lo que concluye el oficio que el profesional "debe efectuar su PAO mediante el ejercicio de acciones asistenciales asociadas a su especialidad (…), por lo que el lapso utilizado para desempeñarse como Director Subrogante (…), como ocurre en el caso, no puede considerarse como parte del cumplimiento del referido período asistencial".* Añade el oficio que "*el artículo 20 del (…) decreto N° 91, de 2001, establece que los profesionales funcionarios podrán presentar una solicitud fundada ante el director del*

servicio de salud del que dependan para cumplir su PAO en un servicio de salud distinto de aquel con el cual se encontraren obligados, la que deberá fundarse en circunstancias como las que allí se indican, lo que en la especie aplicaría solo para el caso de cambiar su PAO del Hospital (...) al (...), más no para dejar de cumplir las labores asistenciales que le corresponden en razón del mismo".

El asunto complejo que nos plantea el oficio en parte transcrito es que podría entenderse que un profesional funcionario que se encuentra cumpliendo su periodo asistencial obligatorio no puede sino desempeñarse ejerciendo la respectiva especialidad, y cualquier otra actividad que realice en el centro asistencial en que ha de ejecutar la obligación le estaría vedada y, por consiguiente, el lapso que se destinare a "otras" actividades no podría ser imputado al cumplimiento del referido PAO.

Ahora bien, en parte podríamos compartir tal razonamiento, sin perjuicio de que repararíamos en el hecho de que esas "otras" actividades directivas no están vedadas, el tema es que no se consideran como PAO, y podría seguirse como interrupción de este.

A este respecto, es dable señalar que también podría discutirse sobre esta materia, que el profesional funcionario en PAO es un funcionario público, como cualquier otro, con la salvedad de que está obligado a permanecer en un determinado establecimiento de salud durante un tiempo preestablecido, incurriendo en sanciones en caso de incumplimiento. Así las cosas, un médico que se encuentra cumpliendo su periodo asistencial obligatorio podría, por ejemplo, ser designado por el jefe superior de la respectiva institución en comisión de servicio o encomendación de funciones, para el desempeño de labores ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público incluso o en otro distinto, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, según preceptúa el artículo 75 del Estatuto Administrativo, cumpliéndose los requisitos que este precepto y las contenidas en los artículos 76 y 77 del mismo cuerpo legal establecen, pues no existe disposición legal alguna que los exceptúe de la aplicación de esta u otras figuras que el ordenamiento jurídico establece respecto de cualquier funcionario público. Sin embargo, al tenor de lo señalado por la entidad de control, el tiempo empleado por el profesional funcionario para su cumplimiento no sería imputable a su PAO.

Podría ocurrir, también, que un profesional funcionario en PAO sea designado como jefe de servicio clínico, por ejemplo, de cirugía y, como esas labores administrativas de jefatura, a juicio de Contraloría no son asistenciales, tampoco se computarían en el tiempo de duración del PAO.

Realmente es un escenario complejo que ha de erigir Contraloría con su criterio sesgado sobre el ejercicio de actividades asistenciales.

Algo excepcional ha ocurrido con profesionales funcionarios especialistas en Medicina Familiar y que ejercen, por ejemplo, el cargo de Dirección de un CESFAM, pues, en los programas de formación de dicha especialidad, se contemplan actividades de esa índole y, por lo tanto, estarían aportando sus conocimientos a la labor propia de la experiencia que ha adquirido.

En fin, el asunto que se viene planteando aquí está coronado por lo que Contraloría ha señalado y que es dable reiterar: si bien la ley y la reglamentación no especifican el tipo de labores que han de ejercer los profesionales en PAO, se interpreta que deben ser asistenciales, en labores propias de la especialidad adquirida.

Se hace presente, además, que todo lo señalado ha sido materia de interpretación, atendido el vacío existente en la ley y la reglamentación respectiva, la cual solo habla de manera genérica de actividad asistencial. Pero no señala la preceptiva respectiva que el ejercicio profesional y la mencionada actividad asistencial sea sinónimo de las competencias adquiridas o el conocimiento asimilado al aprobar un programa de especialización. Ejemplos de aquello existen para algunas funciones de la medicina familiar, pero en otros casos, el desempeño escasamente implicará actividad directa con pacientes, como es el caso de la especialidad de Salud Pública, de Anatomía Patológica o de Microbiología.

LUGAR DE EJECUCIÓN DEL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

El artículo 12 de la Ley N° 19.664 señala claramente que los profesionales funcionarios adquieren la obligación de "desempeñarse en los organismos a que pertenecen...". Esto es predicable de manera mucha más clara en relación con los profesionales funcionarios que previamente ejercieron cargos públicos en la Etapa de Destinación y Formación en un Servicio de Salud y que luego deben retornar a sus cargos de origen. Lo mismo se desprende del artículo 43 de la Ley N° 19.378 que establece que los profesionales que cursen una misión de estudios deben retornar a las entidades edilicias de donde provienen. ¿Pero, qué hay de los profesionales que ingresaron a un programa de formación, sin haberse desempeñado previamente en un Servicio de Salud?

En estos casos debemos recurrir a lo que en la práctica ha de suceder.

Cada año, el Ministerio de Salud o los Servicios de Salud convocan a concursos para efectos de cursar programas de especialización en distintas ramas de la medicina. En estos certámenes se establecen las especialidades que han de ofrecerse y, asimismo, en cada cupo ofertado se señalan cuáles son los Servicios de Salud de devolución o realización del periodo asistencial obligatorio. Por ejemplo, si una profesional quiere realizar la beca de cirugía general en una determinada casa de estudios, se le indicará que ese cupo tiene adscrito el Servicio de Salud de Antofagasta. En tal caso, al aceptarse el cupo de formación en comento, sin duda, el profesional adquiere la obligación de desempeñarse en el respectivo Servicio de Salud. Se debe precisar que, el Ministerio de Salud, mediante la Subsecretaría de Redes Asistenciales, puede determinar cualquier Servicio de Salud en donde deba cumplirse la obligación, tras el estudio que ha de hacer de las necesidades de especialistas a nivel nacional. Por supuesto, cada Servicio de Salud, en caso de un concurso local, retendrá al especialista para este.

Visto lo anterior, precisa indicar ahora que, dentro de la red asistencial de los Servicios de Salud, pueden existir distintos establecimientos en los que el profesional podría desempeñarse. Al efecto, cobra vital importancia lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento de Becarios, el cual dispone que "el periodo de práctica asistencial obligatorio deberá cumplirse en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Redes Asistenciales o el Director del Servicio de Salud correspondiente, lo que se señalará a lo menos con seis meses de antelación al término del período de beca. Para este efecto el profesional será contratado por el Servicio de Salud de que se trate o por la entidad administrativa de salud municipal según corresponda".

Del precepto antes transcrito, tres cuestiones han surgido, a saber, qué ocurre si la autoridad competente no envía el aviso que indica el precepto o lo remite fuera de plazo; qué pasa si el profesional tiene indicado en su convenio ya fijado un establecimiento donde ejecutar el PAO; y, si la autoridad puede cambiar la decisión adoptada en cualquier momento, trasladando unilateralmente al profesional a otro establecimiento de la red.

Sobre el primer punto planteado, es necesario indicar que, si bien, el precepto antes transcrito establece un plazo máximo de seis meses de antelación, dicho plazo no resulta ser fatal, esto es, que se vence irremediablemente a la medianoche del último día del plazo, de modo que, el hecho de notificar extemporáneamente no invalida la decisión de la autoridad de designar un determinado establecimiento, y la preceptiva no establece ninguna disposición a favor o en contra del profesional que debe comenzar a cumplir su PAO, de modo

que debe cumplir igualmente en el establecimiento de salud que le designe la autoridad. Asimismo, el hecho de que no se notifique siquiera el lugar de ejecución del periodo asistencial obligatorio, no implica en caso alguno –como se ha pensado– que se exonera al profesional del cumplimiento de su obligación. Por ello, es importante que el profesional, estando *ad portas* de finalizar su obligación formativa, tome contacto con el respectivo Servicio de Salud, para efectos de que coordine su llegada y revise sus condiciones.

En relación con el segundo y tercer punto, esto es, si en el convenio, de antemano, se fijó un establecimiento específico de devolución de la beca o, si habiéndose asignado uno en esa u otra ocasión, se debe establecer que la autoridad siempre tiene la facultad legal de cambiar unilateralmente el establecimiento al que el profesional funcionario haya sido enviado para ejercer sus labores.

Ya muchas veces hemos señalado a lo largo del presente capítulo que los profesionales funcionarios en PAO son funcionarios públicos como tales, sujetos a los derechos y obligaciones de tales y, cuyo vínculo jurídico con el respectivo órgano de la Administración del Estado tiene ciertas particularidades que no admiten la autonomía de la voluntad o una libre negociación de las condiciones de ejercicio de sus labores. Al contrario, su relación se encuentra imbuida del principio de legalidad que se erige eminentemente en el Derecho Público, de modo que, solo podrá hacerse aquello que la ley permite o faculta.

Veamos el siguiente ejemplo: un médico cirujano se ha adjudicado, tras concurso respectivo, una beca para cursar el programa de formación en la especialidad de medicina interna y, en el llamado a viva voz que se hace en el respectivo concurso, se le indica que debe realizar su periodo asistencial obligatorio en el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente. En una primera hipótesis, el Servicio de Salud convoca al médico a firmar ante Notario Público el convenio que se contiene en una escritura pública y, en dicho documento se indica que deberá realizar su PAO en el Complejo Asistencial Doctor Sótero del Río. Dicha escritura la firma a los dos meses de estar cursando su beca, esto es, el día 1º de junio del año 2021. Cursa exitosamente su programa de formación y debe comenzar su desempeño obligatorio el día 1º de abril del año 2024. Sin embargo, seis meses antes de dicha fecha, recibe una carta del Servicio de Salud en donde se indica que su obligación debe cumplirla en el Hospital Padre Hurtado –el cual ahora pertenece a la red asistencial del servicio–. Al profesional, por supuesto, no le parece el cambio de las condiciones originalmente pactadas y decide reclamar ante la dirección del servicio.

En una segunda hipótesis, el mismo médico comienza el periodo asistencial obligatorio el 1º de abril de 2024 en el Complejo Asistencial Sótero del Río y lo desarrolla sin problema alguno. Sin embargo, con fecha dos de agosto del año 2024 el director del servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente decide unilateralmente, y por las necesidades del Servicio, trasladarlo al Complejo Hospitalario de San José de Maipo.

Habiéndose planteado tales ejemplos, debemos recordar que la relación jurídica que vincula al profesional funcionario en PAO con el respectivo Servicio de Salud es de carácter público y no privada o meramente contractual. Debe primar, ante todo, el interés público. En ese entendido, una primera cuestión que siempre debe tenerse presente en este tipo de casos es la facultad que tiene el director del servicio de comisionar de servicios, encomendar funciones o destinar a sus funcionarios. En este caso, atendamos a las destinaciones.

Sobre el particular, conviene señalar que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 46, inciso tercero, de la Ley N° 18.575 y 73 de la Ley N° 18.834, las destinaciones constituyen una facultad del jefe superior del servicio, cuya limitación es que los funcionarios solo pueden ser destinados a desempeñar labores propias del cargo para el cual han sido designados, en un empleo de la misma institución y jerarquía.

Así las cosas, el artículo 73 del Estatuto Administrativo dispone en su inciso primero que los funcionarios solo podrán ser destinados a desempeñar funciones propias del cargo para el que han sido designados dentro de la institución correspondiente. Las destinaciones deberán ser ordenadas por el jefe superior del servicio de la respectiva institución. Añade su inciso segundo, que la destinación implica prestar servicios en cualquier localidad, en un empleo de la misma institución y jerarquía.

Al respecto, la Contraloría General de la República, en Dictamen N° 9.449 de 20 de marzo de 2007, ha señalado que: *"Como puede apreciarse, el inciso primero del artículo 73, alude genéricamente a 'los funcionarios', noción que comprende tanto a quienes desempeñan un cargo público contemplados en la planta del servicio como a los que ejercen un cargo en calidad de contrata, siendo ambos personal de dependencia de la jefatura superior de la respectiva institución"*. Agrega la entidad de control que *"Refuerza este vínculo de subordinación, el hecho de que entre las obligaciones que el artículo 61 del mismo cuerpo estatutario impone a los funcionarios públicos, sean éstos de planta o a contrata, se encuentran las de cumplir las destinaciones que la autoridad competente disponga en el ejercicio de sus atribuciones y obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico"*.

Entonces, aun cuando se haya fijado un determinado establecimiento de salud para ejecutar el PAO en el convenio suscrito por el profesional con el Servicio de Salud o, aun cuando se le haya designado un lugar en otro momento, para hacer su devolución de beca, la autoridad respectiva siempre tiene la facultad de mutar dicho lugar, dadas las atribuciones que la ley le concede sobre sus funcionarios. Es decir, si antes de iniciar el PAO, la autoridad estima que debe cambiarse el nosocomio u otro establecimiento donde debe presentarse el profesional funcionario, lo puede hacer discrecionalmente. Asimismo, si habiendo así designado un establecimiento y a los dos años, por ejemplo, decide destinar a otro al médico, puede hacerlo unilateralmente también.

Ahora bien, sí existe una prevención en relación con esta facultad: que no sea ilegal ni arbitraria.

Con ello, se exige que la autoridad, en primer lugar, dicte un acto administrativo conforme a las reglas legales contenidas en la Ley Nº 19.880, y que contenga los motivos suficientes de la decisión adoptada, lo que ha sido reiterado por nuestra jurisprudencia, uno de los elementos del acto administrativo es el motivo o motivación, que son las circunstancias de hecho y de derecho que justifican su emisión. Claramente, lo que puede sostenerse en estos casos es que las motivaciones objetivas que dan lugar a la destinación de un funcionario público son las necesidades del Servicio de Salud, claramente indicadas. La destinación no puede obedecer a fines diversos de aquellos que el legislador ha tenido a la vista para que proceda, pues, lo contrario implicaría, de hecho, una desviación de poder.

De esta forma, un acto administrativo que destina a un funcionario de un establecimiento a otro, que carezca de la debida razonabilidad, deviene en arbitrario, que es contrario a lo discrecional. El hecho de que la autoridad tenga la facultad de destinación de sus funcionarios no implica que de manera caprichosa pueda tomar sus decisiones: deben obedecer a un motivo ajustado a la realidad de los hechos y al Derecho.

Interesante resulta traer a colación en este acápite, una sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, en una situación como la que nos ocupa. Al respecto, una profesional funcionaria fue noticiada de que su periodo asistencial obligatorio debía ser cumplido en un determinado establecimiento de salud, sin embargo, el Servicio de Salud, unilateralmente establece, en un último momento, cambiar su destino. La profesional decide recurrir de protección ante el mencionado Tribunal, el cual, con fecha 13 de junio de 2024, resuelve, en definitiva:

"Quinto: Que, el argumento esgrimido por la recurrente, respecto del actuar arbitrario e ilegal por parte del Servicio de Salud Antofagasta, consiste en el cambio y/o modificación del establecimiento de salud, desde el Hospital regional de Antofagasta al Hospital Carlos Cisternas de Calama, materializado mediante la dictación del Ordinario N° 420, de fecha 1 de marzo del año en curso, para efectos de dar cumplimiento del Periodo Asistencial Obligatorio (PAO), por parte de la actora. Decisión que, carece de una justificación clara, y no se encontraría respaldada por un acto administrativo debidamente razonado y fundamentado que explique las razones detrás de tal rectificación. A su turno, la entidad recurrida niega actuación u omisión arbitraria e ilegal, sin perjuicio de reconocer la rectificación de la destinación de la recurrente para efectos de dar cumplimiento a su PAO, desde el Hospital Regional de Antofagasta al Hospital Carlos Cisternas de Calama. Misma situación acaecida con la Dra. (...), a la inversa, quien en primera instancia fue destinada al Hospital Carlos Cisternas de Calama, para finalmente previa rectificación, designarla al Hospital Regional de Antofagasta.

Funda dicha circunstancia el Servicio de Salud recurrido, en la decisión arribada por los Directivos del establecimiento, fijando los Períodos Asistenciales Obligatorios en atención al domicilio de los becarios, toda vez que la Dra. (...) tendría domicilio en la ciudad de Antofagasta, mientras que la recurrente lo tendría en la comuna de Huechuraba. Ello, con el fin disminuir los gastos que implica el traslado de las profesionales hacía la ciudad en donde se encuentra el establecimiento de salud al que fueron destinadas, puesto que según la Ley N° 15.076, artículo 91, dichos gastos deben ser soportados por la recurrida, procurando así, cuidar las arcas fiscales".[250]

Añade la sentencia, en lo pertinente:

"Séptimo: Que, para un adecuado análisis del presente asunto, debe atenderse a la normativa especial que rige la materia, esto es, los programas de becas de especialidad para médicos financiados con recursos públicos. En la especie, el artículo 12 de la Ley N° 19.664, en particular sus incisos 1°y 2°, disponen que "Los profesionales funcionarios que accedan a programas de especialización financiados por las entidades empleadoras o por el Ministerio de Salud tendrán la obligación de desempeñarse en los organismos a que pertenecen, a lo menos, por un tiempo similar al de duración de los programas.

El profesional que no cumpla con esta obligación deberá reembolsar los gastos originados con motivo de la ejecución de los programas y aquellos derivados del incumplimiento, para lo cual constituirá una garantía equivalente a estos gastos incrementados en el 50%, cuando corresponda. El profesional que no cumpla su obligación deberá,

250 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 727-2024, dictada el 13 de junio de 2024, Considerando Quinto.

además, indemnizar los perjuicios causados por su incumplimiento. Además, quedará impedido de reingresar a la Administración del Estado hasta por un lapso de seis años".

A su turno, el Decreto N° 507 de 1991 del Ministerio de Salud, que "*Aprueba Reglamento de Becarios de la Ley N° 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud*", en su artículo 17 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. 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 asistencia menor al citado en el inciso anterior.*

Asimismo, podrá definir un periodo menor para especialidades que sea declaradas en falencia. Con todo, tales periodos en ningún caso podrán ser inferiores al tiempo de formación".[251]

Luego, los incisos 1° y 2° del artículo 19 del mencionado decreto, indican que "*El becario suscribirá un convenio con la Subsecretaría de Redes Asistenciales o con el respectivo Director de Servicio de Salud, según corresponda, en el que constarán sus derechos y obligaciones. 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 períodos que desempeñará en sistema de turnos*".

Por último, en el artículo 20 del reglamento, señala expresamente que "*El período de práctica asistencial obligatorio deberá cumplirse en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Redes Asistenciales o el Director de Servicio de Salud correspondiente, lo que se señalará a lo menos con seis meses de antelación al término del período de beca. Para este efecto el profesional será contratado por el Servicio de Salud de que se trate o por la entidad administradora de salud municipal, según corresponda*".

Posteriormente, razona la Ilustrísima Corte:

"*Octavo: Que, conforme a los hechos establecidos en las motivaciones anteriores, teniendo en especial consideración los fundamentos expuestos por el Servicio de Salud de Antofagasta, tanto en el ordinario recurrido, como en el informe respectivo, se desprende que el órgano público recurrido emitió el acto en el ejercicio de sus atribuciones y conforme*

---

251 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 727-2024, dictada el 13 de junio de 2024, Considerando Séptimo.

con sus facultades legales, sin que se advierta una inexistente, deficiente o errónea motivación al destinar a la recurrente de autos al Hospital Carlos Cisternas de Calama para efectos de que cumpla con su período asistencial obligatorio. Que dicha decisión, según se desprende de la legislación que la regula, siempre le correspondió al Servicio de Salud de Antofagasta, quien además procuró informarla dentro del plazo estipulado a tal efecto, esto es, seis meses antes del inicio.

Abunda a lo anterior, el hecho de que la recurrente desde que comenzó su beca, siempre estuvo en conocimiento de que su período asistencial obligatorio debía cumplirse en cualquier establecimiento, que en este caso, determinaría el Director del Servicio de Salud de Antofagasta, y que si bien, en un primer momento se le informó que dicho centro de salud correspondería al Hospital Regional de Antofagasta, para luego de transcurrido diez días, rectificar dicha información y destinarla al Hospital Carlos Cisternas de Calama, dicha decisión se encuentra revestida de plausibilidad necesaria al indicar la recurrida que el criterio y/o fundamento de dicha decisión dice relación única y exclusivamente con el domicilio de la actora, el que como ya se ha indicado se encuentra ubicado en la comuna de Huechuraba, mientras que, el de su compañera de especialidad la Dra. (…), registra domicilio en la ciudad de Antofagasta, encontrando así, cierto asidero la decisión de la recurrida para actuar como en definitiva lo hizo.

Destacar además, que lo recurrido en autos corresponde a un ordinario meramente informativo, expedido al tenor del artículo 20 del Decreto N° 507 de 1991 del Ministerio de Salud, cuyo objetivo es justamente informar el establecimiento donde la becaria debe cumplir el tantas veces mencionado período asistencial obligatorio, sin que dicha norma exija un estándar distinto a la información entregada a la recurrente, puesto que tal como se ha sostenido, su destinación es una facultad que siempre ha recaído en el Servicio de Salud recurrido, sin perjuicio de los demás derechos que le pueda asistir para efectos de dar cumplimiento al PAO en un lugar distinto a aquel en que fue designada. Asimismo, importante resulta destacar que la recurrida negó que el acto impugnado obedezca a otras razones como las señaladas o planteadas por la recurrente en su arbitrio constitucional, las que por lo demás no resultaron acreditadas conforme los argumentos y antecedentes expuestos en autos".[252]

En la sentencia recientemente transcrita, se ratifica lo que venimos planteando: el director del Servicio de Salud, en tanto otorgue una razón suficiente de su actuar y decisión, puede siempre y en todo momento, mutar el establecimiento en el que él o la profesional ha de cumplir su respectiva obligación.

252 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 727-2024, dictada el 13 de junio de 2024, Considerando Octavo.

En el caso en cuestión, el fundamento que el servicio esgrimió para efectos de realizar la rectificación del lugar de destinación de las profesionales obedece a cuestiones fiscales (patrimoniales), que resultan ser plausibles, por cuanto, en aras a la protección de las arcas fiscales y evitar pagar dos traslados, toma su decisión.

Podría ocurrir, asimismo, por ejemplo, que el Servicio de Salud Araucanía Norte decidiera destinar a un profesional funcionario especialista en Obstetricia y Ginecología al Hospital de Angol y, posteriormente, al Hospital de Victoria, pues, no cuenta con especialistas suficientes en el segundo, lo que no ocurre en el primero. Ello, establecido en un acto fundado en esas necesidades del servicio, sin duda respaldará la decisión que la autoridad tome en ese sentido.

Otra de las situaciones que podrían presentarse en torno a la cuestión que venimos planteando, se presenta (sin perjuicio de que veremos este punto más adelante) una división de la jornada del profesional funcionario en PAO, destinándose una cierta cantidad de horas a un establecimiento de la red y, el resto de su jornada a otro. Por ejemplo, un médico cirujano que debe realizar su desempeño obligatorio en el Servicio de Salud de Concepción, en principio en 44 horas semanales. Pero el Servicio de Salud decide dividir su jornada en 22 y 22 horas, destinándolo en su primer cargo al Hospital Regional de Concepción y la segunda porción de horas, al Hospital de Coronel. Son situaciones que, fundadas en las necesidades del servicio, se presentan en la realidad y que no ha estado exento de problemas, tales como el solo hecho de tener que trasladarse de un trabajo a otro, con el respectivo riesgo que ello implica, el poco espacio de tiempo que se otorga entre el traslado de un lugar a otro, afectación de las remuneraciones y asignaciones, como por ejemplo, el otorgamiento de la asignación de estímulo por condiciones y lugares de trabajo diferenciadas para cada contrata, o bien, asignaciones de zonas de ambas localidades donde debe ejercer sus contratos separados, etc. Sin embargo, deben tenerse presente las adversidades de nuestra geografía nacional y las inminentes falencias de especialistas en algunos sectores que podrían conllevar a justificar decisiones como la expuesta. Pensamos que podría resultar cuestionable una situación como ella, pero en la experiencia, dable es indicar que es una circunstancia totalmente recurrente y que, debidamente fundada, se ha de ajustar a derecho.

Todas estas situaciones planteadas, siempre son revisables y podrían observarse caso a caso lo plausible de las especiales modalidades en las que han de cumplirse el PAO. Por ejemplo, si un profesional funcionario de una determinada especialidad es destinado a ejercer sus labores como especialista a un

establecimiento cuya complejidad, equipamiento, no han de generar las condiciones para desempeñar la especialidad de dicho profesional, en cuyo caso, fundado en ello, podría oponerse por los medios que establece la ley, a esa destinación.

Ahora bien, hemos visto hasta aquí la situación que atañe a los médicos cirujanos que deben dar cumplimiento a su deber de desempeño en los Servicios de Salud. Observemos ahora la situación de aquellos que deben hacerlo en entidades edilicias o corporaciones municipales, por haber cursado una misión de estudios, regidos por la Ley N° 19.378.

Sobre el particular, debe recordarse que la aludida Ley N° 19.378 regula, como lo indica su artículo 1°, entre otros aspectos, la relación laboral, y deberes y derechos del personal que ejecute acciones de atención primaria de salud en los establecimientos a cargo de las entidades administradoras de salud municipal.

El inciso segundo del artículo 43 de la Ley Nº 19.378 prescribe, en lo que interesa, que los médicos cirujanos que se rigen por dicho Estatuto podrán participar en concursos de misiones de estudio y de especialización, durante todo su desempeño funcionario. Añade que dicha participación consiste en comisiones de servicio, con goce de remuneraciones y "con obligación de retornar a su cargo de origen, por lo menos el doble del tiempo que ésta haya durado".

Ahora bien, en lo referente al lugar de cumplimiento del PAO, ha señalado la Contraloría General de la República, en su dictamen N° 28889 de 21 de noviembre de 2018: "*(…) el inciso tercero del artículo 18 del decreto N° 91, de 2001, del MINSAL–Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización a que se refiere la ley N° 19.664–señala, en lo que interesa, que los profesionales funcionarios regidos por el Estatuto de Atención Primaria Municipal, cuyas becas hubiesen sido otorgadas por un Servicio de Salud, cumplirán su PAO 'en dicho Servicio o en el organismo de atención primaria de salud municipal, según lo defina el Director del Servicio, o en ambos organismos indistintamente, conforme a los términos establecidos en el respectivo convenio.*'

El inciso cuarto de esa disposición precisa que 'en el caso que la beca sea financiada por el MINSAL, dicho organismo determinará el Servicio de Salud o el organismo de atención primaria municipal en que el profesional deberá cumplir la obligación de desempeño, conforme a los términos establecidos en el respectivo convenio.

Puntualiza su inciso final que lo anterior es 'sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 43 de la ley N° 19.378, respecto de profesionales que participen en programas de especialización financiados, mediante comisiones de servicio, por las respectivas entidades administradoras de salud municipal.'

Ahora bien, a partir de la normativa previamente expuesta, el dictamen N° 7.123, de 2018, de este origen, precisó que el acceso a un programa de especialización por parte de un profesional regido por la ley N° 19.378, financiado por el MINSAL o por un Servicio de Salud, se realiza, en principio, mediante una beca conferida por aquél o éste, salvo que la entidad administradora de salud municipal respectiva decida o convenga en enviarlo en la misión de estudios o comisión de servicio a que se refiere el inciso segundo de su artículo 43 (…).

En este último caso, la modalidad de desempeño es esa comisión de servicio, sin que ello obste a la aplicación de la ley N° 19.664 y su reglamento aprobado por el citado decreto N° 91 en lo referente a que el lugar de cumplimiento del PAO será determinado, en definitiva, por el organismo que financie la especialización, sin perjuicio de lo que el respectivo convenio establezca".

Luego, agrega el mentado Dictamen que *"Así en el evento que una municipalidad se haya comprometido –mediante su patrocinio formal o por carta compromiso o convenio– a enviar en misión de estudios a un profesional funcionario que se desempeña en alguno de sus establecimientos de atención primaria de salud y que accede a un programa de especialización en un concurso de becas financiado por el MINSAL o por un servicio de salud, el PAO deberá efectuarse en algún establecimiento de atención primaria de esa municipalidad y/o en algún servicio de salud, según lo determine el ministerio o el pertinente servicio de salud. De conformidad con el pronunciamiento previamente reseñado, dicho lugar debe quedar establecido en los convenios que se celebren con el funcionario*".

Así las cosas, como corolario de lo antes reseñado, conviene señalar que en el caso que nos ocupa, la determinación del lugar de cumplimiento del periodo asistencial obligatorio de los profesionales funcionarios que accedieron a una especialización mediante la comisión de servicio a que se refiere el inciso segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.378, dependerá de la fuente de financiamiento de aquella y de los términos de los respectivos convenios.

De todas formas, es bastante curiosa la forma en que en la práctica se ha desarrollado lo que venimos diciendo, en donde no se genera total confusión respecto de quién debe administrar el periodo asistencial obligatorio en estos casos, pues los fondos vienen del Ministerio de Salud, son traspasados a los Servicios de Salud, para luego entregárselos a los municipios, que son entidades autónomas, pero finalmente, son los anteriores quienes detentan las facultades sobre el destino de los profesionales que cursaron misiones de estudios. Existen serios vacíos y que tienen que ver con desempeños en ciertas jornadas y establecimientos municipales determinados de la manera descrita pero que, luego, no

cuentan con las jornadas médicas necesarias para que los médicos puedan dar cumplimiento a sus periodos asistenciales obligatorios en la forma originalmente prevista. En ese entendido, estos profesionales o cumplen sus obligaciones de desempeño en jornada parcial (no por su decisión) en el establecimiento municipal o, lisa y llanamente no lo hace y es el servicio quien lo traslada a un hospital.

Así las cosas, ocurrió precisamente un caso en particular, en el cual, una corporación municipal de la Región Metropolitana solicitó los fondos necesarios para formar a cuatro médicos psiquiatras. Cuatro profesionales de dicha entidad fueron comisionados de estudios para formarse en la mencionada especialidad, pero, *ad portas* de comenzar sus respectivos periodos asistenciales obligatorios, la entidad en la que debían ejercer su desempeño, determinó que "ya no necesitaba cuatro psiquiatras" sino, solo uno, de modo que los otros tres, fueron puestos a disposición del Servicio de Salud y terminaron ejerciendo sus labores en establecimientos dependientes de este.

EL TRASLADO DEL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

La obligación que nos ocupa en el presente capítulo y como hemos venido indicando a lo largo del mismo, ha de tener la particularidad de que por larga data un profesional funcionario verá limitada la libertad de poder escoger el lugar de desempeño de sus funciones. Y dicho límite se observa, pues, si no se presenta o permanece en el lugar convenido (Servicio de Salud, entidad edilicia, corporación municipal) será inhabilitado de ser contratado por la Administración del Estado por hasta seis años y deberá pagar la garantía que ha constituido a favor de la entidad administrativa respectiva.

Desde que se inicia el programa de formación que, en la generalidad de los casos, ha de durar tres años y, hasta cuatro en algunos casos, y sumando el periodo asistencial obligatorio que deben ejecutar, transcurren 9 o 12 años respectivamente, lapso en el cual pueden ocurrir una serie de hechos que sometan al profesional funcionario a la inminente necesidad de no poder continuar desempeñándose en el lugar al que se encuentra obligado.

Por ejemplo, podría ocurrir que una profesional funcionaria haya cursado su beca en Neurología por tres años. Tras ello, conforme a la ley y la reglamentación respectiva, debe realizar un PAO de seis años en el Servicio de Salud de Talcahuano. Comienza su desempeño en dicho Servicio de Salud, pero al tercer año de su ejercicio, su madre que era viuda es diagnosticada de una enfermedad

grave que amerita que la profesional deba domiciliarse en la ciudad donde se encuentra su indicado familiar. O, en otro caso, dos médicos cirujanos tienen la obligación de realizar el periodo asistencial obligatorio en Servicios de Salud distintos, uno en Antofagasta y la otra en el Servicio de Salud de Magallanes. Contraen matrimonio al finalizar su beca y se presenta la dificultad de que no podrán esta juntos, por las razones expuestas. Y, así, pueden presentarse las más variadas situaciones propias de la vida cotidiana y a las que toda persona puede verse enfrentada que conllevarán a que vean impedida la ejecución de su PAO como en principio se tenía previsto.

Por ello, la Ley y el Decreto Supremo N° 91, contemplan la figura del Traslado de PAO.

Sobre el particular, conviene señalar que el inciso tercero del artículo 12 de la Ley Nº 19.664 establece: "*Sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero, los profesionales funcionarios podrán solicitar cumplir su compromiso de desempeño en un Servicio distinto de aquel con el cual se encontraren obligados. Para ello, 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 el ejercicio de esta facultad se requerirá que tanto el Servicio de Salud de origen como el de destino cuenten con las disponibilidades presupuestarias necesarias para ello, pudiendo el Servicio de origen traspasar al de destino los recursos y dotación de personal que se liberen por el cambio del profesional, cuando este último Servicio no cuente con presupuesto para ese fin. Con todo, el Servicio de Salud de origen deberá endosar al Servicio de Salud de destino la garantía otorgada por el profesional funcionario. A esta misma disposición quedarán sujetos los profesionales funcionarios de la Etapa de Destinación y Formación que soliciten cambio a otro Servicio de Salud. El reglamento regulará el mecanismo mediante el cual se autorizarán las solicitudes a que se refiere este inciso, el plazo para ser presentadas y la fecha a contar de la cual produzcan efecto*".

A su vez, el Decreto Supremo N° 91 señala en su artículo 20 lo siguiente: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 17 y 18, los profesionales funcionarios podrán presentar una solicitud fundada ante el Director del Servicio de Salud del que dependan, adjuntando toda la documentación de respaldo pertinente, para cumplir su compromiso de desempeño en un Servicio de Salud distinto de aquel con el cual se encontraren obligados*".

El precepto antes transcrito nos señala cuáles son los motivos en los cuales podría fundarse la respectiva solicitud, a saber:

a) 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;

b) situaciones personales relevantes, calificadas por el director, que obliguen al cambio;

c) cambio en las condiciones de trabajo profesional en el Servicio de Salud por razones ajenas al interesado, debidamente acreditadas;

d) situaciones de carácter socioeconómico o familiares graves que afecten en forma directa al profesional o a su familia directa, comprobadas fehacientemente.

Como explica el primer inciso del precepto en comento, la solicitud debe ser fundada, sin duda, es decir, contenerse en escrito y explicarse de la forma más detallada la situación que padece el requirente. Es dable prevenir que dichos fundamentos deben contemplar la situación concreta que ha de motivar el requerimiento y, en lo posible, establecer la razón del por qué dicha situación impide que pueda cumplir el periodo asistencial obligatorio en el servicio de origen. Asimismo, es dable señalar que es importante que el profesional también, de antemano, gestione otro servicio de destino al que cambiarse, pues, en la práctica el Servicio de Salud de origen no se encuentra obligado a realizar dicha gestión.

Además, deben acompañarse todos los antecedentes, documentos, certificados, fichas clínicas, informes sociales, etcétera, que respalden la solicitud.

Se adelanta, para los efectos que veremos a continuación, que el servicio de origen es aquel en el que el profesional funcionario originalmente debe cumplir su obligación y el de destino, aquel al que desea trasladarse.

El mismo artículo 20 señala el procedimiento que debe seguirse para efectos de hacer la solicitud:

a) se requerirá el acuerdo de los respectivos directores de Servicios de Salud de origen y de destino, quienes podrán otorgarlo solo en casos calificados mediante resolución fundada, debiendo el primero remitir al segundo la solicitud y antecedentes recibidos a fin de que se pronuncie primero sobre la misma, a fin de tener su decisión como un antecedente de la resolución que aquel deba dictar;

b) para el ejercicio de esta facultad se requerirá que tanto el Servicio de Salud de origen como el de destino cuenten con las disponibilidades

presupuestarias necesarias para ello, pudiendo el servicio de origen traspasar al de destino los recursos y dotación de personal que se liberen por el cambio del profesional, cuando este último servicio no cuente con presupuesto para ese fin;

c) con todo, el Servicio de Salud de origen deberá endosar al Servicio de Salud de destino la garantía otorgada por el profesional funcionario. A esta misma disposición quedarán sujetos los profesionales funcionarios de la Etapa de Destinación y Formación que soliciten cambio a otro Servicio de Salud;

d) el plazo para presentar la solicitud a que se refiere el inciso anterior será de 30 días hábiles contado desde la fecha del hecho en que se funda la solicitud;

e) la aceptación de la solicitud deberá ser dada tanto por el director del Servicio de Salud de origen, como por el de destino, en el orden indicado en el inciso segundo y fundada en el mismo hecho, la que producirá sus efectos a contar de la fecha de la resolución de aceptación que dicte el Servicio de Salud de origen.

Así las cosas, entonces, el profesional presenta su solicitud escrita al director del Servicio de Salud de origen, quien la recibe debidamente y debe realizar la revisión de la solicitud y estudio de los antecedentes, para luego, emitir su decisión que debe ser motivada. Si está por aceptar el traslado, remite los antecedentes al Servicio de Salud de destino, para efectos de observar la factibilidad de que el profesional requirente pueda ser trasladado a ese último. Si está por rechazar, emitirá su decisión fundada en ese sentido.

Ahora bien, la ley y la reglamentación respectiva otorga privativamente la decisión de estos aspectos al director del Servicio de Salud de origen.

Al respecto, es interesante traer a colación el Oficio N° 081972 de 15 de octubre del año 2015 de la Contraloría General de la República que establece que:

"(…) Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora (…), médico cirujano, reclamando en contra del Servicio de Salud Concepción por no haberse acogido su petición para cumplir en otro Servicio de Salud, el periodo asistencial al cual se encuentra obligada, en razón de la especialización que realizó en la Universidad de Chile, entre los años 2011 y 2013.

Requerido de informe, ese organismo señaló, en síntesis, que la recurrente solicitó dar cumplimiento al mencionado deber de desempeño en una institución diversa de ese servicio de salud, lo que fue rechazado. "

Luego, en lo pertinente, señala la entidad de control:

"*(…) Enseguida, es menester expresar que, conforme a lo establecido en el inciso tercero de la precitada disposición legal, la facultad para resolver acerca de la procedencia del requerimiento realizado por la señora (…), radica en el director del servicio de salud con el que se encuentra obligada, por lo que no se advierte irregularidad alguna en relación con este punto*".

En tal sentido, la Contraloría General de la República no se ha inmiscuido en la decisión de acoger o rechazar un traslado de PAO, pues, no le compete aquello. Si lo hiciera incurriría en causal de nulidad administrativa. Es el director del Servicio quien tiene la facultad soberana de decidir sobre el particular.

A mayor abundamiento, puede observarse la jurisprudencia judicial en relación con la facultad del director del Servicio para efectos de conceder el traslado en comento. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, en un caso en particular, ha fallado:

"OCTAVO: Que, de accederse a lo peticionado, se estaría entrando a declarar la vacancia en cargos médicos destinados a nosocomios de la ciudad, trasladando profesionales a otras direcciones de salud, lo cual, si se trata de cuestiones subsumidas dentro de las facultades administrativas, lo cual, implicaría intromisión en las facultades de otros poderes del Estado, lo cual, es totalmente ajeno a la naturaleza de esta acción constitucional".

Lo fallado ratifica lo que venimos exponiendo, a saber, que es el director del Servicio de Salud quien, conforme a los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, tiene la eminente facultad de acceder o no al traslado y no existen otras instancias para que lo obliguen a dar respuesta afirmativa o negativa con relación a esta clase de requerimientos. A lo más, la Contraloría o los Tribunales de Justicia podrían examinar el cumplimiento de los requisitos de forma de los actos administrativos que se evacúen en este aspecto, pero, poco podrían decir del mérito de estos.

En este mismo sentido, lo ha estimado fallar la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, la cual, ha señalado que: "*Y en el análisis de las causales contenidas en la norma, el Servicio de Salud Biobío, ha llegado a la conclusión que el becario no cumple con las condiciones que permiten el traslado, decisión privativa del órgano, destinando finalmente al médico señor (…), mediante ordinario (…), en que el*

Director del Servicio de Salud Concepción, informa al Sr. (…) que a partir del 3 de julio de 2021, su periodo asistencial obligatorio lo deberá cumplir en el Hospital de Coronel, 44 horas".[253]

Finalmente, un punto relevante que debe tenerse presente sobre el requerimiento del traslado del PAO es quién realmente puede hacerlo.

Suele ocurrir que hay profesionales que estando en el curso de sus programas de formación, han de recurrir a la asesoría jurídica para efectos de tramitar los traslados en comento. Están en el segundo, tercer año, por ejemplo, y aún mantienen la calidad de becarios. Sin embargo, dable es indicar que la preceptiva respectiva señala claramente "*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 17 y 18, los profesionales funcionarios podrán presentar…*", de lo que se sigue que los becarios al no tener la calidad de profesionales funcionarios, si bien pueden hacer la solicitud, no tienen el poder de exigir que se le conceda en ese momento, pues nada asegura que aprobarán el programa de formación. Por ello, lo correcto es que, una vez ya iniciado el periodo asistencial obligatorio y contando con el título de especialidad, se realice la solicitud de traslado.

Es dable señalar, una vez más, que para el caso de profesionales que cumplieron sus programas de formación en misión de estudios conforme al artículo 43 de la Ley Nº 19.378, y que deben realizar su desempeño obligatorio en una entidad administradora de salud municipal, existe la dificultad de que existe un vacío sobre la materia. Aquí lo complejo se presenta, en la forma de regulación, pues, si bien, el artículo 18 del Decreto Supremo N° 91, de 2001, del Ministerio de Salud, se refiere a estos profesionales (mencionando a la Ley Nº 19.378), luego menciona que para materializar el traslado debe existir acuerdo entre los directores de Servicio de Salud y, en rigor, los médicos afectados son servidores dependientes de las entidades edilicias o corporaciones municipales, las que no tienen una relación de dependencia administrativa respecto de los mencionados servicios. La figura es difusa entonces para los profesionales, y constituye tarea del legislador y el Ejecutivo aclararlo.

253 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 12620-2022, dictada el 31 de mayo de 2022, Considerando Quinto, parte final.

DE LA JORNADA EN LA QUE SE DEBE CUMPLIR EL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

Ya se ha señalado en reiteradas ocasiones en el presente capítulo que los profesionales funcionarios que dan inicio a su desempeño obligatorio lo hacen en calidad de funcionarios públicos y deben cumplir, así, la jornada que determina la preceptiva especial que los rige.

El artículo 21 del Reglamento de Becarios establece que "*Para el efecto del cumplimiento del periodo asistencial obligatorio a que se refieren los artículos anteriores, el ex becario será contratado con jornada completa*". Agrega el inciso segundo del mentado precepto que "*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 lo determine, a solicitud del profesional, en atención a las necesidades de la red, extendiendo el periodo asistencial obligatorio por el tiempo proporcional restante*".

Se debe precisar que la jornada completa es la de 44 horas semanales, conforme lo establecido en el inciso primero del artículo 12 de la Ley N° 15.076[254], que se ejerce con ocho horas diarias de lunes a viernes y cuatro horas los sábados. Sin perjuicio de la facultad del director del Servicio de Salud respectivo de establecer una distribución distinta a la antes señalada.

De la disposición recientemente transcrita, entonces, es dable colegir tres hipótesis distintas en virtud de las cuales el ex becario ha de cumplir con su obligación de desempeño, a saber:

a) aquellos profesionales que cumplen su obligación en la jornada completa de 44 horas semanales;

b) aquellos profesionales que reducen la jornada de cumplimiento de su periodo asistencial obligatorio, hasta 22 horas semanales, siempre y cuando asuman otro cargo público, de modo que el PAO podría ejercerse en 33 horas, si se asume otro cargo de 11 o 22 horas, siempre que se asuma

254 Artículo 12°. -La jornada completa de trabajo que un profesional funcionario puede contratar será de 44 horas semanales, la que se cumplirá con ocho horas diarias, de lunes a viernes, cuatro horas, en día sábado.

Las jornadas de 33, 22 y 11 horas semanales que se contraten, se cumplirán con seis, cuatro y dos horas diarias de lunes a viernes y tres, dos y uno en el día sábado, respectivamente.

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.

otro cargo de 22 horas, dos de 11 horas o uno de 28 horas, por cuanto, todas estas combinaciones de jornada resultan ser compatibles;

c) cuando el profesional reduce su PAO, con anuencia de la dirección del Servicio respectivo y, a su propia petición, a 33 o 22 horas semanales, extendiendo su duración proporcionalmente.

Visto lo anterior, conviene precisar que la regla general es que el periodo asistencial obligatorio se cumpla en la referida jornada completa, caso en el cual la obligación se extenderá por un tiempo equivalente al doble de aquel que duró el programa de formación.

Por su parte, la segunda hipótesis observada, esto es, reducción de la jornada por asumir otro cargo público, es la original que contenía el precepto en comento, antes de su modificación en el año 2018 por el Decreto N° 7 del Ministerio de Salud.

Algunas aclaraciones con relación a este punto que creemos necesario traer a colación.

En primer lugar, es preciso señalar que el precepto permite la reducción de la jornada, siempre y cuando "se asuma otro cargo público compatible", de modo que no es dable para estos efectos, que la referida reducción se produzca para que el profesional funcionario asuma otras labores sujetas a un contrato de prestación de servicios regido por el Código Civil (honorarios) o labores sujetas al Código del Trabajo, pues, aquellas formas de vinculación no constituyen cargo público.

En segundo lugar –y esto es lo que ha suscitado mayores discusiones– es si ese "otro cargo público" debe ser en el mismo Servicio de Salud y de naturaleza asistencial. Sobre este punto, la verdad, la preceptiva no hace distinción alguna.

Así las cosas, dable es preguntarse lo siguiente:

a) ¿en el caso planteado, debe extenderse el periodo asistencial obligatorio proporcionalmente al haberse rebajado a 22 horas (al haberse asumido otro cargo público)?;

b) ese "otro cargo público" si es asumido en una repartición distinta al Servicio de Salud en el que debe cumplirse el PAO, ¿implica extensión proporcional del PAO?

Visto lo anterior, es menester precisar que, en el primer cuestionamiento planteado, la respuesta ha de ser negativa. Ello, pues, recordemos que el Decreto

Supremo N° 7, del año 2018, que modificó el Decreto Supremo N° 507 ya mencionado en esta presentación, solo vino a agregar aquella situación en la cual él o la profesional en PAO, reducen su jornada de desempeño obligatorio, solo hasta 22 horas semanales, sin asumir ningún cargo.

En efecto, la primera situación (rebaja cuando se asume otro cargo público compatible), es un resabio del antiguo Decreto Supremo 507, el cual no contemplaba ni contempla ahora el hecho de que el ex becario en ese caso deba extender proporcionalmente su PAO, pues, la relevancia de aquello es que el o la profesional se mantiene el máximo de horas en que pueden desempeñarse en el servicio público. Por tal razón, esa extensión proporcional del PAO, solo se da en la hipótesis modificada en el año 2018, cuando se agrega un punto seguido después de "cargo público" y se añade "También", ya tratando una situación diversa a la anterior. Entonces, solo en la segunda situación (cuando queda con un cargo de 33 o 22 horas solos) es que debe extender proporcionalmente el tiempo de duración del PAO y, a mayor abundamiento, esa extensión proporcional ni siquiera se menciona en la primera hipótesis, que es la que nos interesa en esta consulta.

Por ello, la sana interpretación de este apartado del precepto debe determinar que, en el caso de que un profesional deba ejercer su desempeño obligatorio en 22 y 28 horas semanales, por ejemplo, no debe extender el plazo de ejercicio de su obligación original por no contemplarlo así el Ejecutivo en su respectivo reglamento. No puede a modo de interpretación hacerse más gravosa una obligación funcionaria. Así, si bien un 22-28; 33-11 o 22-22, por ejemplo, no son jornadas completas en rigor, para los efectos de la duración de la obligación asistencial que venimos tratando, produce un efecto similar al de una jornada completa.

En cuanto al segundo cuestionamiento, esto es, si ese "otro cargo público" se ejerce en otra repartición diversa a aquella en la que debe darse cumplimiento al periodo asistencial obligatorio, la verdad es que no es hallada jurisprudencia que trate el asunto.

En efecto, suele ocurrir que un determinado Servicio de Salud contrate al profesional funcionario que debe dar cumplimiento a su PAO, en solo 22 horas semanales y no cuenta con otro cargo para que él mismo pueda completar su jornada. Luego, este profesional podría asumir un cargo en otro ente administrativo diverso. Por ejemplo, si un profesional funcionario se encuentra ejerciendo su PAO en un establecimiento del Servicio de Salud Metropolitano Central y solo tiene un cargo de 22 horas semanales y asume otro cargo público en un Hospital

del Servicio de Salud Metropolitano Norte, de 28 horas semanales, debe entenderse que "asume" precisamente "otro cargo público" y, al encasillar en la hipótesis de la primera parte del inciso primero del artículo 21 del Decreto Supremo N° 507 tantas veces mencionado, no debe extender su periodo obligatorio proporcionalmente por haber rebajado su jornada a 22 horas, pues lo está ejerciendo conjuntamente con otro cargo compatible. Es más, de la lectura del precepto en comento, no se establece "que ese otro cargo público" deba ejercerse en el mismo Servicio de Salud con el que se ha celebrado el respectivo convenio de beca, de modo que si el reglamento respectivo –que es el único que especialmente regula la materia– no establece una distinción, no cabe al intérprete distinguir. Y, ello, más aún considerando que los cargos públicos indicados son separados, diversos, aunque compatibles.

De todas formas, se hace presente que es obligación del Servicio de Salud respectivo contar con el cargo de jornada completa, puesto que existe un presupuesto establecido de antemano para recibir al profesional funcionario especialista.

En conclusión, debemos establecer que, en el caso de que un profesional funcionario en cumplimiento de su PAO asuma otro cargo público, no procede que se extienda la duración de dicha obligación proporcionalmente, pues, ello no se encuentra contemplado en el inciso primero, primera parte del artículo 21 del Decreto 507. Asimismo, al no distinguir dicho precepto si ese "otro cargo público" deba ejercerse necesariamente en el mismo servicio con el cual se celebró el convenio, pues, no se distingue dónde debe ejercerse, es que tampoco tendría lugar la extensión proporcional del PAO, la cual, insistimos, solo tiene lugar cuando el profesional funcionario reduce su jornada, pero sin asumir ningún otro cargo.

Otra situación que podría presentarse a este respecto es si "ese otro cargo público" debe ser asistencial o en ejercicio de la especialidad.

La verdad es que, se insiste en este punto, el precepto respectivo no hace distinción alguna, de modo que no queda al intérprete hacer distinción. Pero, sobre este punto, no existe mayor jurisprudencia administrativa o judicial.

Por otra parte, con relación a la segunda regla de reducción de jornada contenida en el citado artículo, esta fue agregada con la modificación del Reglamento de Becarios, mediante el ya aludido Decreto Supremo N° 7, publicado en el Diario Oficial con fecha 22 de agosto del año 2018. El presente precepto permite al profesional funcionario en ejercicio de su desempeño obligatorio, solicitar al director del Servicio de Salud la rebaja de su jornada, ya sea a 33 o 22 horas

semanales, sin necesidad de asumir otro cargo público, pero en este caso, a diferencia del que vimos anteriormente, su periodo asistencial obligatorio deberá extenderse, en cuanto a su duración, proporcionalmente al tiempo de reducción de la jornada. Así, por ejemplo, si un profesional funcionario cursó un programa de formación de tres años e inicia su periodo asistencial obligatorio el 1º de abril del año 2024, lo normal es que este último se extienda por seis años, pues, la preceptiva establece que la regla general es que se extienda por un tiempo equivalente al doble de aquel que duró la formación. Esta situación, por supuesto, se daría en las dos primeras hipótesis que contiene el artículo 21 del Reglamento de Becarios, es decir, que el profesional ejecute su desempeño obligatorio con jornada completa o, rebajando esta, hasta 22 horas semanales asumiendo otro cargo público compatible. En tales casos el periodo asistencial obligatorio se afinaría el 31 de marzo del año 2030. Pero, si el mismo profesional solicita al director del Servicio de Salud competente al inicio de su PAO, rebajar su jornada hasta 22 horas semanales, sin asumir otro cargo público compatible, su obligación expirará el 31 de marzo del año 2036, pues, como realiza solo la mitad de 44 horas, su obligación se extiende de seis a 12 años, dada la proporcionalidad de aumento indicada por el referido artículo 21. O, si comienza su periodo asistencial obligatorio ejerciendo solo 33 horas semanales, su periodo asistencial obligatorio expirará el 31 de marzo de 2033, pues, estaría ejerciendo solo dos tercios de la jornada completa, debiendo aumentarse un tercio la cantidad de años del periodo de desempeño exigido por la ley.

Por otro lado, se debe tener en consideración que la rebaja de jornada del profesional funcionario en el caso que nos convoca en este punto, para los efectos de cumplimiento del PAO, no constituye un derecho indubitado del que pueda valerse, es una expectativa que establece la preceptiva, dado que es el director del Servicio de Salud quien tiene la plena facultad de acoger o rechazar su solicitud en razón de las necesidades del servicio. Ello, siempre y cuando la decisión de la autoridad se encuentre debidamente fundada.

Se debe considerar que la incorporación de esta posibilidad de rebaja de jornada se debió a que profesionales funcionarios tenían la inminente necesidad de hacer esa solicitud por razones graves y facilitar, así, el cumplimiento de la obligación de permanencia.

Es que, recurriendo a la historia de esta situación, conviene traer a colación el dictamen N° 85.289 de fecha 30 de diciembre de 2013, de Contraloría General de la República que señaló: "*Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora (…), profesional funcionaria con desempeño en el Hospital (…), dependiente del Servicio de Salud*

(…), consultando si es posible que se reduzca la jornada de 44 horas que actualmente sirve, en cumplimiento del periodo asistencial obligatorio derivado de diversas becas de especializaciones que cursó, por las razones de salud que expone en su presentación.

Requerido de informe, el mencionado hospital señaló concordar con la petición de la interesada, mientras que el aludido servicio manifestó, en síntesis, que, si bien la normativa que rige la materia no autoriza a esa institución para acceder a lo pedido, por motivos de eficiencia, sería factible la disminución solicitada.

Sobre el particular, cabe recordar que el artículo 43 de la ley N° 15.076, prescribe que los servicios de salud están facultados para otorgar becas destinadas al perfeccionamiento de una especialidad médica, dental, químico-farmacéutica o bioquímica, agregando que estas no podrán extenderse por menos de un año ni por más de tres.

Por su parte, es útil destacar que el artículo 17 del decreto N° 507, de 1990, del Ministerio de Salud, dispone que, al término de la especialización, el becario deberá efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo, en calidad de funcionario, en algún establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, por un tiempo igual al doble de la duración de la beca.

Luego el artículo 20 del mismo cuerpo reglamentario precisa, en lo atingente, que el periodo de práctica asistencial obligatorio tendrá que ser cumplido en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Salud o el Director del Servicio de salud correspondiente, para lo cual, según agrega el artículo 21 de esa ley, el exbecario será contratado en jornada completa, la que sólo podrá reducirse a 22 horas semanales, cuando el interesado asuma otro cargo público.

Conforme a lo anterior, se advierte de los citados preceptos que el mencionado servicio de salud no se encuentra facultado para acceder a lo requerido, pues el horario de trabajo de la designación mediante la cual la peticionaria da cumplimiento al aludido periodo asistencial únicamente puede disminuirse en la situación que señala el referido artículo 21, la que no concurre en la especie".

En el mismo sentido, encontramos el dictamen N° 47.425 de fecha 24 de junio de 2016, el que señala: "*Se ha dirigido a esta Contraloría General el señor (…), profesional funcionario del (…), dependiente del Servicio de salud (…), solicitando que su jornada horaria sea rebajada a 33 horas semanales, en atención a la enfermedad que afectaría a su cónyuge*". En este caso, la Contraloría resuelve que no es posible acceder a la solitud porque "*(…) considerando que la petición de rebaja de jornada del recurrente, no se funda en el hecho que hubiese asumido otro cargo público, cabe concluir que su empleador se encuentra impedido de acceder a su petición*".

Así las cosas, observamos que antes de la modificación reglamentaria, si las razones para solicitar la reducción de jornada eran diversas a la de haber asumido otro cargo público y por muy graves que fueran, se debían rechazar por las razones ya mencionadas.

Por ello, se presentó la necesidad de agregar esta alternativa de cumplimiento del periodo asistencial obligatorio.

Sin perjuicio de lo anterior, se insiste en que es la autoridad la llamada a ponderar finalmente los antecedentes, a la luz de las necesidades del servicio y determinar en base a ello, si accede a la rebaja, pues, siempre debe tenerse presente que se trata aquí de satisfacer un interés público por sobre el interés particular del peticionario.

Ahora bien, puede presentarse una hipótesis que no se encuentra contemplada en la preceptiva que nos encontramos analizando, esto es, que sea la autoridad que de suyo propio, sin solicitud del funcionario, decida rebajar la jornada. A nuestro juicio, ello resulta contrario a derecho, pues, no es una situación que se encuentre permitida en la ley, la cual no otorga esas facultades a la autoridad, de modo que, si actúa en la forma que venimos diciendo, lo hará en contra de los artículos 6 y 7 de la Constitución, es decir, vulnerando el principio de legalidad que rige eminentemente en el Derecho Administrativo. Además, si la autoridad decide modificar por su propia decisión una jornada del profesional en periodo asistencial obligatorio, puede entrar en juego la denominada confianza legítima, para lo cual, deberá analizarse incluso su procedencia.

Habiendo visto estas consideraciones contenidas en el Reglamento de Becarios, observemos qué ocurre en el caso de los servidores de la atención primaria de salud municipal.

Sobre este punto, precisa señalar que el artículo 3° de la Ley N° 19.378 indica que las disposiciones de esa ley se aplicarán a todo el personal que se desempeñe en los establecimientos municipales de atención primaria de salud señalados en la letra a) del artículo 2°, a saber, establecimientos municipales de atención primaria de salud: los consultorios generales urbanos y rurales, las postas rurales y cualquier otra clase de establecimientos de salud administrados por las municipalidades o las instituciones privadas sin fines de lucro que los administren en virtud de convenios celebrados con ellas. Agrega el mencionado artículo 3° que, las normas de esta ley se aplicarán a todos los trabajadores que, perteneciendo a una entidad administradora de las que se refiere la letra b) del artículo 2°, ejecuten en forma personal y exclusiva acciones directamente relacionadas con la

atención primaria de salud. A estos efectos –agrega la disposición– se entienden como acciones directamente relacionadas con la atención primaria de salud, tanto las de carácter asistencial, sea que estas se ejecuten en la propia entidad administradora o a través de rondas asistenciales, como aquellas que no siendo asistenciales permitan, faciliten o contribuyan a la realización de las primeras.

Por su parte, señala el artículo 5° de la Ley Nº 19.378 que el personal regido por ese Estatuto se clasifica en diversas categorías funcionarias, entre las cuales, encontramos a los médicos cirujanos.

Ahora bien, con estas normas legales se afirma el hecho de que los servidores municipales o de corporaciones municipales se encuentran regidos por el Estatuto de profesionales de la atención primaria de salud municipal y, en ese entendido, que les es aplicable el artículo 43 del mencionado texto legal que señala que las entidades administradoras de salud del sector municipal podrán celebrar convenios de intercambios transitorios de funcionarios, tanto con otras entidades municipales, como con instituciones del sector público y del sector privado, con el objeto de favorecer la capacitación de su personal. Agrega el inciso 2° de esta disposición que los profesionales a que se refieren las letras a) y b) del artículo 5° de esa ley podrán participar en concursos de misiones de estudios y de 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 del tiempo que esta haya durado. En el mismo sentido se indica en el artículo 37 del Decreto N° 1889, de 2008, del Ministerio de Salud.

Visto lo anterior, es necesario considerar que si un servidor de la atención primaria de salud municipal detenta un cargo de 44 horas semanales al momento de postular a la misión de estudios, mantendrá esa jornada y, por ende, su remuneración durante el periodo formativo, pues, recordemos que la misión de estudios es una especie de comisión de servicios para que el profesional se capacite. En esas circunstancias, no se nos presenta mayor problema, pues, el profesional al finalizar su especialización retornará a su cargo de origen de 44 horas semanales, coincidiendo con la jornada que mantuvo durante la misión de estudios.

Sin embargo, el cuestionamiento se genera para los casos en que los servidores que nos ocupan tienen un cargo de origen menor que 44 horas, por ejemplo 33 o 22 horas. Ello, dado que su comisión de servicios (misión de estudios) será por esas jornadas y, asimismo, su remuneración.

En ese sentido, es dable preguntarse si el Periodo Asistencial Obligatorio que señala el artículo 43 de la Ley Nº 19.378, debe ejecutarse en 22, 33 horas semanales o 44 horas.

Preciso es mencionar que el artículo 43 de la Ley Nº 19.378 señala expresamente que la obligación que contrae el profesional es la de retornar a su cargo de origen, por lo menos por el doble del tiempo que esta haya durado.

En tal sentido, si nos atenemos estrictamente a lo que señala la misma ley y el reglamento respectivo, y teniendo en consideración que la obligación es retornar "al cargo de origen", el denominado periodo asistencial obligatorio deberá cumplirse en 22 o 33 horas semanales y no 44, pues ello implicaría un nuevo cargo en la dotación municipal (no el mismo que ejercía antes de iniciar el programa de formación) y se estaría generando una hipótesis no contemplada en la ley. Además, resultaría injusto que al profesional se le pague en la misión de estudios solamente por su cargo de 22 o 33 horas semanales y posteriormente tenga que desempeñarse obligatoriamente 44, no sería una relación conmutativa y equilibrada, lo cual no puede prosperar en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, como lo ha sostenido reiteradamente la Contraloría General, las normas sobre becarios no resultan extensibles a estos casos de misiones de estudio, de forma tal que tampoco puede extenderse sus gravámenes.

A este respecto, la Contraloría General de la República, en su dictamen N° 19.277 de fecha 19 de julio de 2019, señaló que: "*(…) se solicita precisar si el periodo asistencial obligatorio –PAO– debe cumplirse en jornadas parciales –equivalentes a las que los recurrentes mantuvieron contratadas durante su formación– o con una jornada de 44 horas semanales, siendo esto último lo que exigirían los respectivos servicios de salud, en cuyo caso no habría una relación conmutativa entre las remuneraciones que perciben durante la misión de estudios y la obligación de efectuar un PAO en 44 horas.*

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 una beca propiamente tal.

En razón de lo anterior, y considerando que no se observa en las bases del certamen que se trata, que se haya estipulado la obligación de cumplir el periodo asistencial obligatorio en una jornada de 44 horas semanales, es menester concluir que los interesados deberán desarrollar su PAO con una jornada parcial equivalente a la que hubieren

mantenido durante el desarrollo de sus especializaciones, no siendo procedente su extensión para efectos del cumplimiento de dicha obligación".

De lo anterior, entonces, se sigue que para que sea aplicable la jurisprudencia administrativa recientemente anotada, es necesario que el profesional funcionario durante su formación haya tenido una jornada parcial y, además, que ni en las bases del concurso respectivo no se haya establecido lo contrario. Pero, en la mayoría de los casos, si el profesional desarrolló su programa en 44 horas semanales, su devolución lo será en igual jornada.

EXTENSIÓN DEL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

Ya hemos observado en el presente capítulo que la ley establece que el periodo asistencial obligatorio deberá durar, a lo menos, un tiempo similar al de duración de los programas de formación.

En ese sentido, la regla general es que, si un programa de especialización ha de extenderse por tres años, el desempeño obligatorio posterior dure tres años también.

Sin embargo, del mismo precepto (artículo 12 de la Ley N° 19.664) al señalar "a lo menos", admite que la obligación que nos ocupa se extienda eventualmente por un periodo mayor.

Esta regla general es aplicable a los profesionales funcionarios que accedieron a la Etapa de Destinación y Formación –referida en el capítulo sobre la Ley Nº 19.664– en conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del mencionado texto legal y que cursaron sus programas de especialización en virtud de una comisión de estudios. Esto sin perjuicio de que, según veremos, en la práctica no llevan a cabo el desempeño obligatorio.

Respecto a quienes cursan sus programas de formación como "becarios", el reglamento respectivo establece una excepción a la indicada regla general, estableciéndose que el periodo asistencial obligatorio se extenderá por un tiempo equivalente al doble del que duró la beca. Es decir, si esta última se extiende por tres años, el PAO será de seis. O, si el programa se extiende por dos años, o cuatro años, el desempeño obligatorio será de cuatro u ocho años, respectivamente.

El detalle de estos aspectos lo encontramos en el artículo 18 del Decreto Supremo N° 91, el que señala que: "*Los demás profesionales funcionarios de la etapa de destinación y formación y los referidos en la letra a) del artículo 5 de la ley N° 19.378*,

que accedan y cumplan 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. Con todo, tratándose de los profesionales señalados en primer término, podrán hacer valer para tales efectos el 50% del tiempo de permanencia en la Etapa de destinación y Formación del respectivo Servicio de Salud, cumplido con anterioridad al acceso a los programas".

Visto lo anterior, precisemos, primeramente, por qué los profesionales que cursaron sus programas de formación en calidad de comisionados de estudios no realizan un PAO en la práctica.

El artículo 17 del Decreto Supremo N° 91 señala que "*Los profesionales funcionarios ingresados a través del proceso de selección a que se refiere el artículo 8 de la ley y que accedan y cumplan programas de especialización, tendrán la obligación de desempeñarse en los organismos a que pertenecen por un tiempo similar al de la duración de los programas*". Y agrega el inciso segundo "*Para estos efectos será útil el tiempo que el profesional hubiere permanecido en la Etapa de Destinación y Formación del respectivo Servicio con anterioridad al acceso al programa*".

Expliquemos el precepto recientemente anotado con los siguientes ejemplos:

Una profesional funcionaria accede a la Etapa de Destinación y Formación conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 19.664 y comienza su carrera funcionaria de dicha ley en el Servicio de Salud Viña del Mar Quillota. Allí permanece durante tres años y postula a un programa de formación. Se adjudica el cupo para la especialización, la cual se desarrolla en tres años también. En principio, dada la duración del programa, debe contemplar la realización un PAO de tres años. Sin embargo, hace valer el inciso segundo del artículo 17 antes anotado y exige que se le descuente del desempeño obligatorio todo el tiempo previo que estuvo en el Servicio de Salud Viña del Mar Quillota, que son tres años. Así, su PAO quedará en cero.

Por su parte, un funcionario del Servicio de Salud de Aconcagua desarrolló su Etapa de Destinación y Formación, a la que también accedió en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Nº 19.664 y, postula al financiamiento para el programa de formación que durará tres años. Antes de dicho programa permaneció seis años en la referida Etapa de Destinación y Formación y exige que se le descuente dicho tiempo de su PAO. En conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 ya mencionado, su desempeño obligatorio quedaría en menos tres años, de modo que tampoco debe cumplir PAO alguno en la práctica.

Sin embargo, puede ocurrir (como se ha visto en el capítulo sobre programas de formación) que existen programas de formación de cuatro años de duración. En ese caso, por ejemplo, si un profesional funcionario se desempeñó como médico en Etapa de Destinación y Formación (artículo 8° de la Ley Nº 19.664) por tres años, entonces, debe realizar un periodo asistencial obligatorio de un año, siguiendo la lógica del precepto que estamos analizando y conforme a las reglas explicadas recientemente, dado que, si debe devolver exactamente el mismo tiempo que duró su programa de formación (cuatro años) y se le resta el tiempo previo a la formación (tres años), queda uno pendiente.

Siempre debe considerarse, como se ha visto en el capítulo respectivo, que, para acceder a programas de formación, es menester haberse desempeñado a lo menos tres años en la Etapa de Destinación y Formación.

Por otro lado, tenemos a los "demás profesionales funcionarios de la Etapa de Destinación y Formación" que menciona el artículo 18 aludido con anterioridad. Estos son los profesionales que son contratados directamente por los directores de Servicio de Salud –sin que preceda un concurso nacional– por necesidades del servicio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley N° 19.664.

Solo estos profesionales –aparte de los ya vistos– tienen la posibilidad de rebajar de su periodo asistencial obligatorio el 50% del tiempo de permanencia en la Etapa de Destinación y Formación del respectivo Servicio de Salud, cumplido con anterioridad al acceso a los programas.

El precepto deja afuera a los servidores de la atención primaria de salud municipal que accedieron a los programas de formación como becarios (no misiones de estudio, que es otra situación). Asimismo, no considera, por supuesto, a los profesionales que como recién egresados acceden a programas por no tener tiempo previo de ejercicio.

Ahora bien, conviene realizar algunas precisiones con relación a este beneficio:

a) que para que proceda el descuento del 50% al que nos hemos referido, es necesario que el profesional se haya desempeñado previamente en el mismo Servicio de Salud donde debe ejecutar su periodo asistencial obligatorio: a este respecto, suele cuestionarse qué ocurre si en los años previos a la formación el profesional funcionario realizó su Etapa de Destinación y Formación en un determinado servicio de salud y, luego, su PAO debe ejecutarlo en un servicio distinto. Por ejemplo, un profesional médico es contratado directamente, en conformidad con el artículo 9° de la Ley N° 19.664 por el Servicio de Salud de

Arica, en donde ejerce labores en jornada completa, de 44 horas semanales, por tres años. Luego, postula y accede a un programa de formación que tiene una duración de tres años. Al adjudicarse dicho cupo, contrae la obligación de desempeñarse una vez terminada la beca, en el Servicio de Salud de Atacama. Terminada su formación, comienza su PAO y le exige a este último servicio de salud, que le reconozca los tres años que ejerció previamente en el Servicio de Salud Arica y se lo descuente del tiempo de desempeño obligatorio. Sin embargo, el Servicio de Salud de Atacama se lo niega rotundamente, porque no tiene nada que ver con el otro servicio.

Sobre el particular, a fin de observar si lo indicado por el Servicio de Salud de Atacama en nuestro ejemplo es correcto, es menester considerar que el dictamen N° 4430 de 26 de noviembre del año 2015 se ha pronunciado sobre el asunto, estableciendo que: "*(…) En el mismo orden de ideas, el artículo 18 del decreto N° 91, de 2001, del Ministerio de Salud (…), dispone en lo que interesa, que los profesionales funcionarios de la etapa de destinación y formación 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. Con todo, tratándose de esos profesionales, podrán hacer valer para tales efectos el 50% del tiempo de permanencia en la etapa de destinación y formación del respectivo Servicio de Salud, cumplido con anterioridad al acceso a los programas.*

Como puede apreciarse, del texto de la ley se advierte que el tiempo que puede hacerse valer para efectos de ser computado en el periodo asistencial obligatorio es el cumplido con anterioridad al acceso a los programas, en el respectivo servicio de salud.

Acorde con lo anterior, cabe recordar que, tal como se prescribe en el artículo 19 del Código Civil, cuando el sentido de una ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, situación que sucede con el aludido artículo 18, el cual contiene, como se viera, una norma expresa respecto de tiempo útil para ser hecho valer como periodo asistencial obligatorio, la que no puede ser alterada por la vía de la interpretación administrativa (aplica criterio contenido en el dictamen N° 36.254, de 2009, de la Contraloría General de la República)".

Entonces, al señalar el precepto "respectivo Servicio de Salud", es exigible, para efectos del descuento que estamos tratando, que el profesional se haya desempeñado previo a la formación, en el mismo Servicio de Salud en el que luego debe ejecutar su periodo asistencial obligatorio. Es decir, siguiendo el caso ejemplar empleador, si el profesional hizo su Etapa de Destinación y Formación previamente en el Servicio de Salud de Arica, ese tiempo se descontaría de su PAO (50%), solo en la medida de que este último lo realizara en Arica también.

Esta ha sido la invariable jurisprudencia de la Contraloría General de la República en la materia.

Por su parte, también la jurisprudencia judicial ha seguido ese criterio. La sentencia confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, ha señalado a este respecto que: "*(…) 1) Que la resolución que se estima ilegal y arbitraria por parte del actor, en verdad no es ni lo uno ni lo otro. Por cierto, no es arbitraria desde que se fundamenta en una interpretación plausible de la ley y, además, en un dictamen de la Contraloría General de la República. No es ilegal, precisamente porque el artículo 18 del Decreto Supremo N° 91 del Ministerio de Salud, del año 2001, prescribe que el tiempo que puede imputarse al desempeño obligatorio a que esa norma se refiere, es el de permanencia en la Etapa de Destinación y Formación "del respectivo Servicio de Salud", de modo tal que esa referencia dice relación con el Servicio que ha financiado el Programa de especialización. Por lo demás, y todavía más importante, ésta es la expresa interpretación que la Contraloría General de la República ha hecho del precepto, en su dictamen N° 1191, de 14 de enero de 2019, lo que decide el asunto porque esa interpretación es obligatoria para el Servicio de Salud recurrido, de manera tal que de ningún modo puede estimarse ilegal que se ajustara a ella (…)*".[255]

En cuanto a los profesionales que cursan sus programas de formación en misiones de estudios, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley N° 19.378, no tiene contemplado descuento alguno de su PAO. Recordemos que ellos deben retornar a sus cargos de origen por el doble de tiempo de aquel que duró la misión de estudios, de modo que, si su programa de especialización duró tres años, por ejemplo, deben realizar sí o sí un desempeño obligatorio por seis años. En el mismo sentido, aquellos servidores regidos por la Ley Nº 19.378 que accedan a programas de formación en calidad de becarios conforme al artículo 11 de la Ley Nº 19.664, tampoco tienen la posibilidad de reclamar descuento de tiempo alguno, por lo que deben hacer el PAO completo.

En otro orden de consideraciones, no podemos dejar de considerar en este acápite una regla bastante particular que se incorporó con la modificación reglamentaria del año 2018, a saber, un nuevo inciso en el artículo 17 del Reglamento de Becarios, el cual reza que "*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*

255 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 33652-2019, dictada el 24 de enero de 2020, Considerando Primero.

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".

Del mismo tenor es el inciso segundo del artículo 18 del Decreto Supremo N° 91.

Habiendo transcrito el precepto, es necesario realizar algunas precisiones respecto de este.

En primer lugar, se debe señalar que la razón de ser de este inciso fue el incentivar que los profesionales que pretendían formarse optaran por cupos en lugares y en especialidades que representaban menor interés por parte de estos últimos, teniendo en consideración que los cupos quedaban vacantes y existía una mayor tasa de deserción de profesionales del PAO en determinadas zonas geográficas.

En segundo lugar, hay que mencionar que la única entidad competente o facultada para efectos de determinar periodos asistenciales obligatorios de menor duración, es la Subsecretaría de Redes Asistenciales. Aquí adquiere fuerza lo indicado por el artículo 7° de la Constitución Política de la República, pues ninguna otra entidad podría arrogarse la potestad de determinar una extensión distinta de esta obligación de desempeño. Ocurrió, en un caso en particular, que un Servicio de Salud convocó a un concurso local y estableció en sus bases un periodo asistencial obligatorio de tres años. Esta actuación resultó antijurídica, pues, a la luz de lo que venimos señalando, el Servicio de Salud en particular no tiene la facultad que ejerció. Ello conllevó una importante problemática, pues médicos que postularon a dicho certamen y se adjudicaron cupos de formación, tuvieron a la vista esas condiciones. Aquí cabe señalar que el error de la administración no puede afectar a los administrados.

En tercer lugar, es preciso señalar que la única instancia en que se puede determinar un periodo asistencial obligatorio menor al tenor del precepto que nos encontramos comentando, es en las bases del concurso respectivo y para los profesionales que postulen en virtud de ese certamen. Por ejemplo, si en el concurso para acceder a programas de especialización financiados por el Ministerio de Salud se determina que el periodo asistencial obligatorio en el Servicio de Salud de Araucanía Norte será de tres años, ese PAO rebajado se aplicará solamente a los profesionales que postulen al mismo. Si en el concurso del año anterior, no se estableció dicha franquicia para esa zona geográfica, aquellos que concursaron en este último, no verán reducido su desempeño obligatorio.

En cuarto lugar, es dable explicar qué ocurre con aquellos profesionales que accediendo a un cupo con el desempeño obligatorio rebajado en virtud del precepto que nos ocupa, se trasladan a otra zona geográfica que no tiene contemplada dicha reducción.

A este respecto, es menester traer a colación el dictamen N° E476224 de 16 de abril de 2024, de Contraloría General de la República que resuelve la materia. Este dictamen, provocado a instancia de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, señala que:

"(...) Según se desprende de la normativa anotada y en concordancia con lo señalado por la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control –contenida en el dictamen N° 5.359, de 2020, entre otros–, es a la SRA a la que compete determinar las bases y condiciones que rigen los certámenes que convoca, así como fijar el procedimiento por el que se evaluarán los requisitos y mérito de los postulantes, pautas que, aunque pueden preestablecerse libremente –dentro del marco normativo que rige el concurso– y según lo que estime adecuado para el mejor desenvolvimiento del proceso, la obligan a proceder conforme a ellas y aplicarlas sin discriminación, de forma general, a todos los candidatos.

En este contexto, la aludida subsecretaría puede considerar en los respectivos pliegos concursales la excepción prevista en los artículos 17, inciso segundo, del citado decreto N° 507, de 1990, y 18, inciso segundo, del referido decreto N° 91, de 2001, en orden a fijar un PAO reducido.

Ahora bien, en lo que concierne específicamente a la consulta de la especie, cabe señalar que el hecho de que un profesional funcionario acceda a un programa de perfeccionamiento o de especialización en los términos anotados no obsta, en principio, a que durante su desempeño dicho profesional pueda solicitar su traslado, basado en las causales señaladas en los artículos 12, inciso final, de la ley N° 19.664, y 20 del decreto N° 91, toda vez que la normativa en vigor no contempla una limitación al respecto.

Sin embargo, debe tenerse especialmente presente, por una parte, que el acceso a tales programas es el resultado de procesos normados, coordinados por la SRA, en que se han tenido como elementos esenciales a considerar en la determinación de un PAO reducido, entre otros, la zona geográfica en que este debe ser realizado, los niveles de atención donde exista una especial necesidad de especialistas y las especialidades declaradas en falencia; y por otra, que el principal objetivo del cumplimiento del PAO es que el profesional especializado favorezca con sus nuevos conocimientos y competencias a los usuarios del sistema público de salud.

Por lo mismo, cualquier solicitud de traslado debe ser analizada estrictamente por los correspondientes servicios de salud –tanto de origen como de destino–, a la luz de las

circunstancias antes descritas, debiendo adoptar las medidas necesarias para evitar que con tales desplazamientos se produzca un desvío del fin para el cual se establecieron las especiales condiciones en la fijación de un PAO reducido.

En efecto, si un profesional funcionario que se encuentra obligado a desempeñar un PAO reducido en una determinada zona geográfica solicita su traslado a otro lugar en que no se encuentra contemplada tal reducción en similares términos, esta Contraloría General entiende que, para que se acceda a tal requerimiento, dicho profesional debe obligarse a cumplir la totalidad del PAO previsto para el lugar de destino, debiendo formalizarse el correspondiente acuerdo entre los Directores de los servicios de salud de origen y de destino, y adecuar debidamente el convenio suscrito por el interesado, así como la pertinente garantía otorgada por este para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de desempeño.

Lo contrario implicaría aceptar que, a través de un traslado, un funcionario profesional podría cumplir su PAO en un lapso inferior al normalmente previsto para la zona de destino, desatendiendo de esa manera el objetivo previsto para los mismos, lo que no se ajustaría a derecho.

Por lo demás, al tratarse el PAO reducido de una excepción, debe darse cumplimiento estricto a las condiciones que se tuvieron en consideración para disponerlo y, en especial, aquellos aspectos que dicen relación con la necesidad de especialistas y las especialidades declaradas en falencia en el servicio de salud de origen.

Respecto a la situación inversa, en que un profesional funcionario sujeto a un PAO sin reducción requiere su traslado para continuar desempeñando dicho período en una zona para la cual sí se ha contemplado una extensión menor para el mismo, cabe indicar que los correspondientes servicios de salud deberán analizar dicha solicitud y acceder a ella solo en la medida en que con ello no se desvíe la finalidad prevista al determinar la duración del PAO en la zona de destino, y en tanto no se afecte el normal funcionamiento de los servicios de salud involucrados".

Veamos lo indicado con los siguientes ejemplos:

a) un profesional funcionario debe ejercer su periodo asistencial obligatorio en el Servicio de Salud de Ñuble por tres años. Sin embargo, por razones familiares solicita su traslado de PAO al Servicio de Salud Metropolitano Central, en donde el periodo asistencial obligatorio se debe ejercer en seis años. En ese caso en particular, conforme a la reciente interpretación de Contraloría General, y teniendo en consideración que el beneficio se encuentra contemplado para la zona geográfica determinada (o especialidad en falencia) y no para el profesional en sí, entonces, deberá ajustar su PAO a seis años;

b) en el caso contrario, si el profesional que tiene un desempeño obligatorio en el Servicio de Salud Metropolitano Central por seis años se traslada al Servicio de Salud de Ñuble que contempla tres años, será el director del servicio de esta última repartición estatal quien determinará si el PAO se reduce o mantiene el de seis años, conforme al análisis que le ordena la entidad contralora.

Otro aspecto necesario a tener en consideración en este acápite, ya se había adelantado y dice relación con la circunstancia de que el profesional funcionario en ejercicio de su desempeño asistencial obligatorio reduzca su jornada laboral, ya sea porque asume otro cargo público compatible o, porque así lo determina el director del Servicio por las necesidades de la entidad respectiva y a petición del interesado.

En la primera situación, el periodo asistencial obligatorio no se verá aumentado, pues, lo relevante es que el profesional se mantiene en jornada completa en la Administración del Estado y, en la segunda situación, su desempeño obligatorio se verá extendido en proporción a la reducción de jornada que se lleva a cabo, conforme fue explicado en el acápite sobre jornada del PAO.

Por último, conviene mencionar qué ocurre en caso de que el profesional haya interrumpido su periodo asistencial obligatorio, debido a un permiso sin goce de remuneraciones para la realización de actividades en particular.

Al efecto, hay que señalar que el periodo asistencial obligatorio requiere actividades asistenciales efectivas, de modo que si estas por cualquier circunstancia –debidamente autorizada por la autoridad competente– se ve entorpecido, el profesional deberá recuperar dicho tiempo y dar estricto cumplimiento al desempeño correspondiente. Tiene aplicación lo antedicho a los profesionales que gocen de permisos sin goce de remuneraciones o por cualquier otro motivo permitido por la preceptiva pertinente. Se debe hacer presente, en este punto, a fin de evitar cualquier discusión, en todo caso, que si un profesional funcionario en periodo asistencial obligatorio se ausenta de sus labores por licencia médica (ya sea breve o prolongada) o se encuentra con licencia de maternidad, ese tiempo no se descuenta del periodo asistencial obligatorio. Todo, sin perjuicio de la declaración de vacancia del cargo, en los casos que corresponda (no ahondaremos en ello, por no ser atingente a lo que venimos desarrollando).

INTERRUPCIÓN DEL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

Conviene señalar que el artículo 22 del Reglamento de Becarios preceptúa que no debe haber discontinuidad en el periodo comprendido entre el inicio de la beca y el término de la práctica asistencial obligatoria posterior, pudiendo autorizarse su interrupción por el Subsecretario de Redes Asistenciales o el director del Servicio de Salud correspondiente, acreditando razones excepcionales o de fuerza mayor.

Al respecto, el dictamen N° 916, de 2020, de la Contraloría General de la República señaló que la citada preceptiva dispone un desempeño efectivo, posterior y consecutivo a la realización de los respectivos estudios, con la indudable finalidad de que el profesional especializado beneficie con sus conocimientos a los usuarios del sistema público de salud, permitiéndose, de manera excepcional, la interrupción de esa fase asistencial.

En tal contexto, es posible advertir que en virtud de lo establecido por el apuntado artículo 22 del decreto N° 507, al director del Servicio de Salud respectivo le corresponde ponderar los antecedentes de la solicitud efectuada por el profesional funcionario de que se trate y determinar si concurre alguno de los supuestos de la norma en comento prevé, a fin de otorgar el permiso o autorización que se requiere.

Así las cosas, en caso de concederse el mencionado permiso, y una vez finalizado el motivo de la interrupción, el profesional funcionario deberá desempeñarse en la repartición a que pertenece por el tiempo que reste para dar efectiva y completa observancia a su compromiso asistencial obligatorio.

Ahora bien, la complejidad que nos presenta el precepto que ha de permitir la interrupción del periodo asistencial obligatorio, es el requerimiento de que se acrediten razones excepcionales o de fuerza mayor. Así, al referirse a razones excepcionales, se abre una brecha amplia en donde caben una serie de situaciones que pueden calificarse como tales, por ejemplo, para cursar una subespecialización no financiada por el Servicio de Salud respectivo. En cuanto a razones de fuerza mayor, es dable señalar que el artículo 45 del Código Civil lo define como "*Se llama "fuerza mayor" o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc*". En ese entendido, no cualquier circunstancia puede calificarse como de fuerza mayor, pues debe ser un imprevisto y que no pueda evitarse. De ese modo, el curso de un curso autofinanciado no es una circunstancia de fuerza mayor, pues no reviste los caracteres señalados precedentemente,

pero sí una situación excepcional. De todos modos, se insiste en que es la autoridad quien debe analizar los requerimientos que se le formulen en razón de esta prerrogativa y puede acceder o no de manera discrecional.

De todos modos, es importante resaltar en esta materia, que siempre aquel que se beneficie de la referida interrupción, deberá compensar posteriormente el tiempo en que no ejecutó labores efectivas y propias de su desempeño obligatorio.

LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

El artículo 12 de la Ley Nº 19.664 señala que el profesional funcionario que no cumpla con su obligación de desempeño obligatorio deberá reembolsar los gastos originados con motivo de la ejecución de los programas y aquellos derivados del incumplimiento, para lo cual constituirá una garantía equivalente a estos gastos incrementados en el 50%, cuando corresponda. El profesional que no cumpla su obligación deberá, además, indemnizar los perjuicios causados por su incumplimiento. Además, quedará impedido de reingresar a la Administración del Estado hasta por un lapso de seis años.

Para estos efectos, el director del Servicio de Salud o 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 con el Ministerio de Salud, esta es la fórmula de cálculo de la referida caución:

Variables	Descripción
A	SUMA DE LOS ESTIPENDIOS SE PERCIBIRÁN DURANTE LA BECA (36 MESES)
B	SUMA DE LOS ARANCELES QUE SE CANCELARÁN DURANTE LA BECA (3 AÑOS)
(A+B)	COSTO TOTAL DE LA FORMACIÓN
C	FACTOR x1.33 = COSTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO, que significa las actividades asistenciales que dejó de realizar el especialista que nunca volvió, por lo que se debió 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

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.

Por su parte, solo 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.

Ratifica lo anterior, el artículo 24 del Reglamento de Becarios que reza "*El incumplimiento por parte del becario del periodo asistencial obligatorio, lo inhabilitará 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 hacérsela efectiva por la autoridad correspondiente la garantía a que se refiere el artículo anterior, administrativamente y sin más trámite*".

Visto lo anterior, el incumplimiento del periodo asistencial obligatorio debe ser imputable al obligado, pudiendo verificarse en casos, tales como:

a) que el profesional simplemente no se presente a desempeñar sus labores en el establecimiento que le fue designado para ello;

b) que habiendo iniciado dicho periodo asistencial obligatorio, renuncie intempestivamente a su cargo;

c) que el profesional sea destituido, previo sumario administrativo incoado en su contra por infracciones funcionarias;

d) que el profesional sea desvinculado de su servicio, por haber tenido una calificación deficiente (una vez en lista 4 o dos veces consecutivas en lista 3);

e) que su cargo sea declarado vacante por salud incompatible o irrecuperable.

Sin embargo, hay situaciones que resultan ser cuestionables en este aspecto, por cuanto la preceptiva que establece las consecuencias del incumplimiento del periodo asistencial obligatorio no contiene reglas de proporcionalidad, no considerando aquellos casos en que, por razones no imputables al profesional

funcionario, ya sea por situaciones imprevistas, de fuerza mayor, entre otras similares. Tampoco permite a la autoridad ponderarlas, sino que la regla debe aplicarse perentoriamente. Allí será tarea de los juzgadores, mediante la aplicación de las reglas de equidad, determinar la procedencia o no de dichas consecuencias.

Ahora bien, en relación con la aplicación de la sanción de inhabilidad, es preciso señalar que constituye una sanción administrativa, cuya determinación y duración queda entregada a las facultades del director del Servicio de Salud respectivo. Y, como una sanción administrativa, a nuestro juicio, requiere de un procedimiento administrativo sancionador previo, para efectos de que el afectado pueda hacer valer sus alegaciones y defensas. No obstante aquello, la Contraloría General de la República ha señalado que no corresponde cursar un sumario administrativo o investigación sumaria para estos efectos, pero sí ha establecido un atisbo de procedimiento racional y justo.

En su dictamen N° 41.295 de 24 de noviembre de 2017 ha expresado que: "*(…) En primer término, cabe puntualizar que el artículo 12 de la ley N° 19.664 no exige que se realice un procedimiento disciplinario para declarar la inhabilidad de que se trata*.

En este sentido, también debe considerarse que la jurisprudencia de esta Entidad de Control ha sostenido, entre otros, en su dictamen N° 55.075, de 2012, que los procedimientos disciplinarios tienen por objeto establecer la existencia de hechos constitutivos de infracciones a los deberes estatutarios y determinar las responsabilidades consiguientes.

Por otra parte, de conformidad a los dictámenes Nos. 29.653, de 1989 y 30.733, de 2000, de esta procedencia, no puede aplicarse otras medidas disciplinarias que las expresamente contempladas en el artículo 121, de la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, dentro de las cuales no se encuentra la inhabilidad en comento.

De lo reseñado se colige que la declaración de inhabilidad en análisis no es una sanción disciplinaria 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 N° 19.664– contempla como una consecuencia ante el incumplimiento de una obligación particular, cual es, en la especie, la de dar cabal satisfacción al deber de desempeño generado por el otorgamiento de una beca o comisión de estudios para el desarrollo de un programa de especialización.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en concordancia con el principio de contradictoriedad establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.880 y con lo resuelto en el dictamen N° 14.832, de 2017, de este origen –emitido con posterioridad al acto que ahora se cuestiona– los

servicios de salud deben, antes de imponer la inhabilidad de que se trata, otorgar al interesado la posibilidad de formular sus descargos".

Habiendo visto tal consideración, creemos necesario hacer presente también que la inhabilidad que nos ocupa se cuenta desde el momento en que se verifica el incumplimiento y no desde que lo declara la autoridad. Es decir, desde el día mismo en que el funcionario no ejecuta su desempeño por motivos que le son imputables, se entiende que está inhabilitado.

Así lo ha señalado la Contraloría General de la República en su dictamen N° 79.449 de 21 de diciembre del año 2012: "*(…) Atendido lo expuesto, y considerando que el requirente, con posterioridad a la eliminación del indicado programa de especialización, no cumplió con su obligación de desempeñarse en el servicio por un tiempo similar al de ejecución del mismo, resulta forzoso concluir que desde el momento en que se concretó dicha inobservancia –esto es, a la fecha de su renuncia–, se encuentra inhabilitado para acceder a alguna plaza en la Administración del Estado, la que se extenderá por el lapso que la autoridad competente determine, el cual, como se indicó, no podrá exceder de seis años*".

Esto resulta de sumo importante, pues suele ocurrir que profesionales que incumplieron su obligación de desempeño obligatorio, han de esperar que la inhabilitación se manifieste mediante un acto administrativo y, entre tanto, se desempeñan en la Administración del Estado. Y es que, en situaciones como esta, incluso, se les ha ordenado restituir las remuneraciones y asignaciones que han percibido entre el periodo de incumplimiento y la dictación del acto sancionador. Este último, pues no se encontraban habilitados para ejercer cargos públicos. Y se hace especialmente presente que, conforme lo dispone el artículo 8° de nuestro Código Civil, "la ley se presume conocida por todos", de modo que, el profesional debe saber que por su solo incumplimiento, ya se encuentra por el solo ministerio de la ley inhabilitado, no pudiendo excusarse después en el desconocimiento de aquello. Además de incurrir en una infracción a las normas estatutarias que prohíben el permanecer en la administración cuando no es debido.

A mayor abundamiento, es dable considerar que resulta inconcebible que la inhabilidad que corresponde aplicar a los profesionales funcionarios se contabilice desde que el Servicio de Salud dicte el acto administrativo sancionador, pues pueden trascurrir incluso años sin que ello se materialice y no resultaría justo para el profesional ver prolongada su inhabilidad por la desidia de la administración.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2013). *El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos.* Revista de Derecho Público, no 79, pp. 115–144.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2020). *Supletoriedad del Código Civil en casos administrativos: respuesta a un crítico mediante un análisis jurisprudencial. El Mercurio Legal*, 30.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Rol 2160–2009. Cobro de Pesos. Dictada el 21 de julio de 2011.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Rol 40.681-2016. Cobro de Pesos. Dictada el 1 de noviembre de 2017.

Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol 33.652-2019. Acción constitucional de protección. Dictada el 24 de enero de 2020.

Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica. Rol 12.620-2022. Acción constitucional de protección. Dictada el 31 de mayo de 2022.

Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol 727-2024. Acción constitucional de protección. Dictada el 13 de junio de 2024.

DICTÁMENES Y OFICIOS REFERENCIADOS

Contraloría General de la República. Dictamen N° 79449, de fecha 21 de diciembre de 2012.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 85289, de fecha 30 de diciembre de 2013.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 081972, de fecha 15 de octubre de 2015.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 4430, de fecha 26 de noviembre de 2015.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 47425, de fecha 24 de junio de 2016.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 07282N16, de fecha 4 de octubre de 2016.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 9449, de fecha 20 de marzo de 2017.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 41295, de fecha 24 de noviembre de 2017.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 28889, de fecha 21 de febrero de 2018.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 19277, de fecha 19 de julio de 2019.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 9633, de fecha 14 de agosto de 2019.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 916, de fecha 9 de enero de 2020.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 3610, de fecha 17 de marzo de 2020.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 17923NN2, de fecha 26 de enero de 2022.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 443357N24, de fecha 24 de enero de 2024.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 476224, de fecha 16 de abril de 2024.

LEGISLACIÓN NACIONAL REFERENCIADA

Código Civil.

Código Sanitario.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1 que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.076. Publicado en el Diario Oficial 20 de noviembre de 2001.

Decreto con Fuerza de Ley N° 29, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Publicado en el Diario Oficial 16 de marzo de 2005.

Decreto Supremo N° 507, que Aprueba el Reglamento de Becarios de la Ley N° 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud. Publicado en el Diario Oficial 13 de marzo de 1991.

Decreto Supremo N° 91, que Aprueba el Reglamento sobre Acceso y Condiciones de permanencia en Programas de Especialización a que se refiere la Ley N° 19.664. Publicado en el Diario Oficial 11 de julio de 2001.

Ley N° 19.378, Establece Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal. Publicado en el Diario Oficial 13 de abril de 1995.

Ley N° 19.664, que establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los Servicios de Salud y modifica la Ley N° 15.076. Publicada en el Diario Oficial 11 de febrero de 2000.

Ley N° 19.980, que modifica la Ley N° 19.123, Ley de Reparación, ampliando o estableciendo beneficios en favor de las personas que indica. Publicada en el Diario Oficial el 9 de noviembre de 2004.

Ley N° 20.584, sobre Derechos y Deberes de los Pacientes.

Ley N° 21.526, que otorga reajustes de remuneraciones a las y los trabajadores del sector público, concede aguinaldos que señala, concede otros beneficios que indica, y modifica diversos cuerpos legales. Publicado en el Diario Oficial 28 de diciembre de 2022.

Ley N° 21.645, modifica el Título II del Libro II del Código del Trabajo "De la Protección a la Maternidad, Paternidad y Vida Familiar y regula un régimen de trabajo a distancia y teletrabajo en las condiciones que indica. Publicada en el Diario Oficial 29 de diciembre de 2023.

El incentivo al retiro, análisis de las Leyes Nº 20.986 y Nº 20.919

Abogado Sebastián Bustos Urbina[256]
Dr. Iván Mendoza González[257]

RESUMEN: se efectuará un estudio sobre la situación actual de la legislación que establece los incentivos al retiro para los funcionarios de los Servicios de Salud (Ley Nº 20.986), así como los funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo Municipal (Ley Nº 20.919), además se efectúa una crítica a la actual legislación y el posible nuevo sistema a implementarse durante los próximos 10 años, dependiendo de la voluntad política y la reforma al sistema previsional actual.

INTRODUCCIÓN

Históricamente se consideró que participar en la Administración pública era una garantía o un gran respaldo, en relación a que el empleador es el Estado, lo que implica una confianza en el cumplimiento de las obligaciones propias con

256 Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2012. Magíster en Derecho Administrativo con mención en Litigación Pública de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2024. Diplomado en Derecho Administrativo con mención General de la Pontificia Universidad Católica de Chile en el año 2018. Ayudante del Departamento de Asistencia Legal de la Facultad de Derecho de la PUC, desde el año 2010 a la actualidad.

257 Médico Cirujano U. de Santiago de Chile, Médico Anátomo-Patólogo U. de Chile, Candidato a Magíster en Salud Pública U de Chile, Vicepresidente Nacional del Colegio Médico de Chile, Presidente de la Unidad de Defensa Laboral (UDEL) de COLMED, Ex Vicepresidente y Secretario general del Consejo Regional Santiago del Colegio Médico de Chile, Ex Presidente Nacional de la Agrupación de Médicos y Médicas de Atención primaria.

sus funcionarios. Por lo que era muy atractivo como plaza convertirse en un "funcionario público".

Con la evolución del Derecho del Trabajo y los fines sociales del Estado, se advirtió que el término de la relación laboral era compensada con una indemnización por años de servicio, situación que no existía en el sistema público, generándose una desigualdad respecto al sistema privado, que las distintas administraciones quisieron abordar, pero siempre sometiéndose al principio de legalidad, en virtud del cual solo pueden hacer aquello que expresamente le faculta la Constitución o la ley.

Es por dicha razón y como existen múltiples órganos del Estado, cuyos estatutos difieren unos de otros, es que existen varios sistemas que rigen la carrera funcionaria; por el presente trabajo analizaremos los dos más importantes, en cuanto a volumen de beneficiarios en el sistema público, que existen para nuestros afiliados actualmente.

Sin perjuicio de lo anterior, advertimos que existen varias diferencias entre las leyes que determinan el incentivo al retiro, y su aplicación varía según el estatuto aplicable, siendo las reglas sobre incompatibilidades, los plazos y montos los que más difieren, dependiendo de la ley por medio de la cual se rige el funcionario, o del establecimiento o su forma de contratación (léase corporaciones municipales, hospitales institucionales, u otros órganos dependientes de la Administración del Estado).

INCENTIVO AL RETIRO DE LOS FUNCIONARIOS BAJO LA LEY Nº 20.986.

Es la Ley Nº 20.986 donde se establece el actual régimen de incentivo al retiro para profesionales funcionarios regidos por las leyes Nº 15.076, Nº 19.664 y para profesionales de establecimientos de carácter experimental, de los distintos Servicios de Salud.

LEYES QUE REGULAN EL INCENTIVO AL RETIRO DE LA LEY 20.986

La Ley Nº 20.986 fue publicada con fecha 19 de enero de 2017, y analizando la historia de la misma, se advierte la motivación de parte del ejecutivo, encabezado ese entonces por la Presidenta Michelle Bachellet Jeria; luego de las instancias de diálogo con representantes de diferentes ámbitos del sector público, quienes manifestaban su interés por mejorar las condiciones de egreso

de los funcionarios que, habiendo cumplido una larga trayectoria de entrega al servicio público, se preparan para pensionarse por vejez.

En este marco, el día 20 de abril de 2017, el Gobierno suscribió un Protocolo de Acuerdo con los Presidentes de los Colegios Profesionales de Médicos Cirujanos, Cirujanos Dentistas, Químicos Farmacéuticos y Bioquímicos, en el cual se acordó un plan de incentivo al retiro que beneficiará a los profesionales funcionarios afectos a las leyes Nº s 15.076 y 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. Dicho plan tendrá una vigencia de diez años, contados desde el 1° de julio de 2014 al 30 de junio de 2024.

Dicho plan tenía una vigencia inicial de diez años, contados desde el 1º de julio de 2014 al 30 de junio de 2024 y permitiría que hasta 3.750 profesionales funcionarios pudiesen acceder a los beneficios que este contempla. Dicha cobertura se ha ampliado hasta el 31 de diciembre de 2025 con la Ley Nº 21.647. Esta ampliación de su cobertura (hasta el año 2025) se ha producido por la falta de una política clara respecto a los ejes en los cuales se pretende efectuar un nuevo proceso, que muy relacionado con la contingencia de reforma al régimen de pensiones al cual se relaciona directamente el incentivo al retiro, sumada a la falta de recursos del Gobierno frente a las demandas de alza en los montos y modificación de edades, entre otros aspectos formulados por los distintos sectores involucrados. Dichas falencias se expresan en toda la Administración pública, atendiendo a que todas las leyes de incentivo han sufrido lo mismo y se pretende que dichas condiciones sean mejores que las actuales.

El reglamento de la ley, que es la herramienta por la cual el ejecutivo aterriza y efectúa el protocolo completo de la tramitación del incentivo al retiro, fue dictado mediante Decreto Supremo Nº 15, del año 2017, por el Ministerio de Salud, que fue modificado a su vez en el año 2019 mediante Decreto Nº 81, que modifica el período límite de postulación para los funcionarios reemplazando la expresión "año siguiente de la postulación" por "año de la postulación". Este cambio permite efectuar la postulación el mismo año en que se cumplen los 60 o 65 años (dependiendo del sexo del funcionario) y para ambos como tope los 69 años (como límite máximo para los profesionales que cumplen dicha edad en ese año, para postular a los beneficios de la ley en comento).

Se han efectuado modificaciones a la Ley Nº 20.986, mediante las leyes Nº 21.405 de fecha 22 de diciembre de 2021 y Nº 21.647 de fecha 23 de diciembre de 2023, las que van dirigidas en su núcleo a extender los plazos de vigencia y conceder nuevos beneficios acorde con circunstancias no contempladas originalmente por el legislador. Además, se analizarán la política de planificación de

la Administración, en cuanto a los nuevos parámetros que se advierten para la futura legislación.

¿QUIÉNES SON LOS BENEFICIARIOS DE LA BONIFICACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO?

El artículo 1° de la Ley 20.986[258] dispone que la bonificación por retiro voluntario de aquellos funcionarios regidos por las leyes Nº 19.664 y Nº 15.076, que se desempeñen en alguno de los Servicios de Salud del Ministerio de Salud.

Es el reglamento, que en su artículo 3°[259] señala quiénes podrán acceder a la bonificación (omitimos expresar el numeral 2 por razones de extemporaneidad):

---

258 Artículo 1° Ley Nº 20.986: "Otórgase una bonificación por retiro voluntario, por una sola vez, a los profesionales funcionarios de planta o a contrata, regidos por las leyes Nos 19.664 y 15.076, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2001, del Ministerio de Salud, a excepción de los cargos del primer y segundo nivel jerárquico pertenecientes al Sistema de Alta Dirección Pública establecido en la Ley Nº 19.882, que se desempeñen en alguno de los servicios de salud señalados en el artículo 16 del decreto con fuerza de Ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto Ley Nº 2.763 de 1979 y de las leyes Nos 18.933 y 18.469; así como a los profesionales funcionarios de los establecimientos de salud de carácter experimental creados por los decretos con fuerza de ley Nos 29, 30 y 31, todos de 2000, del Ministerio de Salud, regidos por la Escala A) contenida en las respectivas resoluciones triministeriales Nos 20, 21 y 26, todas de 2004, del Ministerio de Salud, que fijan sus sistemas de remuneraciones, siempre que cumplan con los demás requisitos establecidos en esta ley y su reglamento.

Los profesionales funcionarios señalados en el inciso anterior tendrán derecho a la bonificación por retiro voluntario siempre que entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2025, ambas fechas inclusive, hayan cumplido o cumplan 60 años de edad, en el caso de las mujeres, o 65 años de edad, si son hombres, y que hagan efectiva su renuncia voluntaria a todos los cargos y al total de horas que sirven o que estén sirviendo en el conjunto de los organismos señalados en el inciso anterior, en los plazos y según las normas contenidas en esta ley y las que se fijen en el reglamento".

259 Artículo 3° del Reglamento: "Podrán acceder a la bonificación por retiro voluntario:

1. Los profesionales funcionarios señalados en el artículo anterior, que entre el 1 de julio de 2014 y el 30 de junio de 2024, ambas fechas inclusive, (ahora hasta el 31 de diciembre de 2025) hayan cumplido o cumplan 60 años de edad, en el caso de las mujeres, o 65 años de edad, si son hombres, que tengan a lo menos once años de servicios contados hacia atrás desde la fecha de su postulación en cargos con jornadas de horas semanales de la Ley Nº 15.076 y/o de la Ley Nº 19.664, o en los establecimientos de salud de carácter experimental y que postulen a ella comunicando su decisión de renunciar voluntariamente en el plazo indicado en el presente reglamento, haciendo efectiva su renuncia a todos los cargos y al total de horas que sirven o que estén sirviendo en el conjunto de los organismos señalados en el artículo anterior, a más tardar

1. Los funcionarios que entre el 1º de julio de 2014 y 31 de diciembre de 2025, hayan cumplido o cumplan 60 años de edad, en el caso de las mujeres, o 65 años de edad, si son hombres, que tengan a lo menos 11 años de servicios contados hacia atrás desde la fecha de su postulación en cargos con jornadas de horas semanales de la Ley Nº 15.076 y/o de la Ley Nº 19.664, o en los establecimientos de salud de carácter experimental y que postulen a ella comunicando su decisión de renunciar voluntariamente en el plazo indicado en el reglamento.

3. Los profesionales funcionarios que, entre el 1º de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2025, hayan obtenido u obtengan la pensión de invalidez que establece el Decreto Ley Nº 3.500, de 1980, siempre que, dentro de

---

el día primero del quinto mes siguiente al vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva.

2. Los profesionales funcionarios señalados en el artículo anterior, que al 30 de junio de 2014, hayan cumplido 60 o más años de edad, en el caso de las mujeres, y 65 o más años de edad, tratándose de los hombres, que tengan a lo menos once años de servicios contados hacia atrás desde la fecha de su postulación en cargos con jornadas de horas semanales de la Ley Nº 15.076 y/o de la Ley Nº 19.664, o en los establecimientos de salud de carácter experimental, y que postulen a ella comunicando su decisión de renunciar voluntariamente en el plazo indicado en el presente reglamento, haciendo efectiva su renuncia a todos los cargos y al total de horas que sirven o que estén sirviendo en el conjunto de los organismos señalados en el artículo anterior, a más tardar el día primero del quinto mes siguiente al vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva.

3. También tendrán derecho a postular a la bonificación por retiro voluntario y a la bonificación adicional, los profesionales funcionarios de las instituciones señaladas en el artículo 1 que, entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2025, hayan obtenido u obtengan la pensión de invalidez que establece el decreto ley Nº 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 31 de diciembre de 2025. Además, deberán cumplir los requisitos para acceder a dichas bonificaciones. En este caso, los años de servicio en las instituciones a que se refiere el artículo 1 y los demás requisitos, se computarán a la fecha de cese de funciones por la obtención de la referida pensión.

Para efectos de acceder a las bonificaciones señaladas en el inciso anterior, el profesional funcionario, una vez cumplido el requisito de edad indicado en dicho inciso, deberá postular ante su respectiva institución exempleadora, a los cupos a que se refiere el artículo 4 en los plazos que determine el reglamento. El pago de la bonificación por retiro voluntario y bonificación adicional, según corresponda, se efectuará por parte de dicha institución dentro de los treinta días siguientes a la total tramitación del acto administrativo que conceda las bonificaciones, según corresponda.

El valor de la unidad de fomento que se considerará para el cálculo de la bonificación adicional será el vigente al último día del mes inmediatamente anterior al pago".

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 31 de diciembre de 2025. Además, deberán cumplir los requisitos para acceder a dichas bonificaciones. En este caso, los años de servicio en las instituciones a que se refiere el artículo 1 y los demás requisitos, se computarán a la fecha de cese de funciones por la obtención de la referida pensión.

DOS ÚLTIMOS PERÍODOS DE POSTULACIÓN (AÑOS 2024 Y 2025)

Los últimos dos procesos de postulación, que corresponden a los años 2024 y 2025, cuentan con el mayor número de vacantes para postular ya que, aparte de los 500 cupos de la anualidad contempladas en el plan original, se agregan todas las plazas que no hayan sido tomadas en las anualidades anteriores a contar de 2017 en adelante[260].

Sin embargo, se advierte, que en los últimos cinco años el legislador estableció extraordinariamente, en las diversas leyes misceláneas que establecen distintos beneficios para el sector público, la posibilidad de acogerse al incentivo a los funcionarios mayores de 70 años (con una clara intención de hacer más atractivo el beneficio y que el número de beneficiarios sea mayor), lo anterior se aprecia en la Ley Nº 21.647 que modifica a su vez a la Ley Nº 21.405[261]:

---

260 Artículo 8°del Reglamento:

(e) Noveno proceso de postulación se asignarán 500 cupos y los adicionales que puedan existir disponibles conforme al inciso segundo del artículo 5°, se deberá postular entre el primer día hábil del mes de agosto y el último día hábil del mes de septiembre de 2024:

i) Los profesionales funcionarios señalados en el artículo 2° que entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2024 cumplan entre 60 y 69 años de edad si son mujeres, y entre 65 y 69 años de edad si son hombres.

ii) Los profesionales funcionarios señalados en el artículo 2° 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 Nº 3.500, de 1980, siempre que dentro de los 3 años siguientes a la obtención de la pensión de invalidez, hayan cumplido o cumplan 60 años de edad en el caso de las mujeres y 65 años de edad en el caso de los hombres.

261 Artículo 55, Ley Nº 21.647 "Otórgase, en forma excepcional, un plazo extraordinario de postulación para acogerse a los beneficios establecidos en las leyes Nos. 20.919, 20.921, 20.948, 20.964, 20.976, 20.996, 21.003, 21.084, 21.135, 20.986, 21.061 y 21.043 al personal afecto a dichas leyes que, al 1 de enero de 2024 , tengan 70 o más años de edad y cumplan los demás requisitos establecidos en cada una de las normas citadas. El referido personal podrá postular a los beneficios que señalan dichas leyes a más tardar el 31 de mayo de 2024, las que serán consideradas en el proceso de postulación más próximo que se desarrolle de acuerdo a lo

Lamentablemente, dicho beneficio no ha sido extendido para el año 2025, en la Ley Nº 21. 724 publicada el 3 de enero de 2025, lo que se aprecia en el artículo 88[262], en donde se mantiene el período extraordinario de postulación para los mayores de 70 años en el año 2025, pero dicho beneficio no se extendió respecto

---

establecido para cada una de las citadas leyes. Las postulaciones quedarán afectas a los cupos que señalen las normas antes referidas, según corresponda.

El personal señalado en el inciso anterior quedará afecto a las leyes a que se refiere dicho inciso en los mismos términos y condiciones que ellas establecen.

El personal a que se refiere este artículo deberá hacer efectiva su renuncia voluntaria a más tardar dentro del mes siguiente a aquel en que se notifique que tiene derecho a un cupo de las leyes señaladas en el inciso primero, según corresponda. En el caso de las leyes Nos. 20.948 y 21.003, la renuncia voluntaria deberá hacerse efectiva dentro del mes siguiente a aquel en que se notifique que tiene derecho a los beneficios que ellas establecen. La notificación se efectuará al correo electrónico institucional que tenga asignado o al que fije en su postulación, o según el inciso final del artículo 46 de la Ley Nº 19.880.

Si el personal beneficiario de este artículo no postula en la oportunidad señalada en el inciso primero o no hace efectiva su renuncia voluntaria dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se entenderá que renuncia irrevocablemente a estos beneficios.

En el caso del personal a que se refiere este artículo y esté afecto al título II de la Ley Nº 19.882, no le será aplicable el descuento a que alude el artículo noveno de dicha ley, siempre que los funcionarios y funcionarias hagan efectiva su renuncia voluntaria de acuerdo con lo establecido en este artículo.

Los beneficios a que se refiere este artículo serán incompatibles con cualquier otro de naturaleza homologable que se origine en una causal similar de otorgamiento y cualquier otro beneficio por retiro que hubiere percibido el funcionario o funcionaria con anterioridad. Del mismo modo, los beneficiarios de este artículo no podrán contabilizar los mismos años de servicio que hubieren sido considerados para percibir otros beneficios asociados al retiro voluntario".

262 Artículo 88.- Otórgase en forma excepcional un plazo extraordinario de postulación para acogerse a los beneficios establecidos en las leyes Nº s. 19.882, 20.919, 20.921, 20.948, 20.964, 20.976, 20.996, 21.003, 21.135, 21.043 y en el artículo 9 de la Ley Nº 20.374, al personal afecto a dichas leyes que, al 31 de diciembre de 2025, tengan 65 o más años de edad y cumplan los demás requisitos establecidos en cada una de las normas citadas. El referido personal podrá postular a los beneficios que señalan dichas leyes en el proceso de adjudicación de los cupos correspondientes al año 2026. Dichas postulaciones serán consideradas en el referido proceso de postulación. Las postulaciones quedarán afectas a los cupos que señalen las normas antes referidas, según corresponda.

El personal señalado en el inciso anterior quedará afecto a las leyes a que se refiere dicho inciso en los mismos términos y condiciones que ellas establecen para los beneficiarios de 65 años de edad.

El personal a que se refiere este artículo deberá hacer efectiva su renuncia voluntaria a más tardar dentro del mes siguiente a aquel en que se notifique que tiene derecho a un cupo de las leyes señaladas en el inciso primero, según corresponda. El pago de los beneficios deberá realizarse al mes siguiente del cese de sus funciones.

de los funcionarios regidos por la Ley Nº 20.968; siendo excluidos del beneficio aquellos funcionarios que se rigen por la Ley Nº 20.986, lo que presumiblemente se debe a que actualmente COLMED se encuentra en negociaciones con el poder Ejecutivo para el nuevo período de incentivo al retiro entre los años 2026 y 2036.

A diferencia de las otras leyes de incentivo al retiro, modificadas recientemente el tres de enero de 2025, por medio de la Ley Nº 21.724, las cuales han establecido un mecanismo de incentivo decreciente, en donde el monto al cumplir la edad de 65 años corresponde al 100% y va descendiendo progresivamente año a año[263].

En el caso que la o el postulante cumpla 75 años de edad y se encuentre pendiente el proceso de asignación de cupos, la respectiva institución empleadora deberá asignarle inmediatamente un cupo del proceso del año 2026 o, si no existen cupos suficientes, de las anualidades posteriores. Asimismo, en caso de que el funcionario o funcionaria se encuentre en la nómina de seleccionados preferentemente, también la respectiva institución empleadora deberá asignarle inmediatamente un cupo, del proceso del año 2026 o, si no existen cupos suficientes, de las anualidades posteriores. En ambos casos el postulante deberá cumplir con los respectivos requisitos y cesar en funciones al cumplir 75 años. El pago de los beneficios deberá realizarse al mes siguiente del cese de sus funciones.

Con todo, las y los postulantes que al 31 de diciembre del año 2026 tengan 75 o más años de edad y, que a dicha fecha, se encuentre pendiente el proceso de asignación de cupos o se encuentren en la nómina de seleccionados preferentemente, la respectiva institución empleadora deberá asignarle inmediatamente un cupo del proceso del año 2026 o, si no existen cupos suficientes, de las anualidades posteriores; siempre que cumplan con los respectivos requisitos y cesarán en funciones, a más tardar, el 31 de diciembre de 2026. El pago de los beneficios deberá realizarse al mes siguiente del cese de sus funciones.

Si el personal beneficiario de este artículo no postula en la oportunidad señalada o no hace efectiva su renuncia voluntaria dentro del plazo señalado en los incisos anteriores, según corresponda, se entenderá que renuncia irrevocablemente a este plazo excepcional de postulación y a los beneficios que señala este artículo. A contar del proceso de postulación de los cupos 2027 podrá acceder a los beneficios decrecientes según corresponda.

Los beneficios a que se refiere este artículo serán incompatibles con cualquier otro de naturaleza homologable que se origine en una causal similar de otorgamiento y cualquier otro beneficio por retiro que hubiere percibido el funcionario o funcionaria con anterioridad. Del mismo modo, los beneficiarios de este artículo no podrán contabilizar los mismos años de servicio que hubieren sido considerados para percibir otros beneficios asociados al retiro voluntario.

263 Véase artículo 88 de la Ley Nº 21.724.

¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA BONIFICACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO?

a) La edad, ya que se exige que entre el 1º de enero y el 30 de junio de 2024 cumplan entre 60 y 69 años de edad si son mujeres, y entre 65 y 69 años de edad si son hombres.

b) O que hayan obtenido la pensión de invalidez, cumpliendo con el requisito de la edad dentro de los tres años siguientes a la obtención de la pensión de invalidez. (lo que no puede cumplirse después del 31 de diciembre de 2025).

c) Deberán 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 esta ley (aplicando la excepción de la Ley Nº 21.405) y el reglamento.

d) Haberse desempeñado a lo menos durante 11 años, en forma continua o discontinua, contabilizados a la fecha de su postulación, en cargos con jornadas de horas semanales de la Ley Nº 15.076 y/o Ley Nº 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.

¿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 12 meses inmediatamente anteriores al retiro, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas.

¿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 150 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 664 UF.

Es necesario hacer presente que el legislador indicó que, respecto de aquellos profesionales funcionarios que en los 12 meses anteriores a la fecha de postulación hayan aumentado el número de horas semanales, la bonificación adicional se calculará considerando las horas semanales que tenían en el momento de variar su jornada de trabajo. Y que en relación a los efectos de la bonificación adicional, los cargos a que se refiere el artículo 44 de la Ley Nº 15.076 se considerarán de 28 horas semanales.

¿CUÁLES SON LOS CUPOS PARA ACCEDER A ESTOS BENEFICIOS?

Para el 2024 serán 500 más los cupos no utilizados en el 2023, y para el 2025 son todos los cupos que no se hayan utilizado en las anualidades anteriores (2017 a 2024).

Los profesionales funcionarios que, habiendo postulado de conformidad al artículo 5 y que cumplan los requisitos para acceder a los beneficios de esta ley, no sean 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 nueva postulación. Una vez que sean incorporados a la nómina de beneficiarios, si quedaren cupos disponibles, estos se completarán con los postulantes de dicho año que resulten seleccionados.

¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO PARA POSTULAR A UNO DE ESTOS CUPOS?

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.

Excepcionalmente por el año 2024, aquellos funcionarios que, al 1º de enero de 2024, tengan 70 o más años de edad y cumplan los demás requisitos establecidos, podrán postular a los beneficios que señalan dichas leyes a más tardar el 31 de mayo de 2024, las que serán consideradas en el proceso de postulación más próximo que se desarrolle, de acuerdo a lo establecido para cada una de las citadas leyes.

Las postulaciones quedarán afectas a los cupos que señalen las normas antes referidas, según corresponda.

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 cinco 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.

Aquellos profesionales que tengan más de 70 años y postularon durante el 2024, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Nº 21.405, "*El personal a que se refiere este artículo* ***deberá hacer efectiva su renuncia voluntaria a más tardar dentro del mes siguiente a aquel en que se notifique que tiene derecho a un cupo*** *de las leyes señaladas en el inciso primero, según corresponda*".

Los profesionales funcionarios que habiendo postulado, y aún 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, hasta el proceso en que cumpla 69 años de edad. Como ya se señaló, aquellos que tengan más de 70 años podrán postular extraordinariamente hasta el 31 de mayo de 2024 o hasta el 31 de mayo de 2025 como última opción.

¿QUÉ PASA SI SE RENUNCIA AL CUPO?

El profesional funcionario que se desistiere de un cupo podrá volver a postular por una sola vez. Pero solo podrá ejercer dicho derecho hasta el proceso correspondiente a aquel en que cumpla 69 años de edad, según lo que dispone el reglamento.

¿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.

¿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 30 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.

¿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 asimilados a grado o sobre la base de honorarios a

suma alzada en Servicios de Salud o establecimientos de carácter experimental, durante los cinco 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.

La Ley Nº 20.986 fija el espíritu del legislador, en el sentido de que se busca que los funcionarios que se retiran de sus funciones en el servicio público no vuelvan al mismo, y para ello limita su contratación incluso a los honorarios, en cualquiera de los establecimientos dependientes de los servicios del Ministerio de Salud[264].

CASOS ESPECIALES

Resulta pertinente señalar que el Hospital Clínico de la Fuerza Aérea constituye una repartición dependiente del Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Fuera Aérea de Chile, y en tal carácter forma parte de la Administración del Estado, revistiendo la naturaleza jurídica de servicio fiscal, que cuenta, entre

---

264 Ley Nº 20.986, en su artículo 11 dispone: "Los profesionales funcionarios que cesen en sus cargos por aplicación de lo dispuesto en esta ley no podrán ser nombrados ni contratados como funcionarios en calidad de titular o a contrata, ni contratados a honorarios asimilados a grado o sobre la base de honorarios a suma alzada, en ninguno de los organismos señalados en el inciso primero del artículo 1, durante los cinco 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, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes del pago del beneficio respectivo y el mes anterior al de la restitución, más el interés corriente para operaciones reajustables.

No obstante lo señalado en el inciso anterior, los profesionales funcionarios podrán celebrar los convenios regulados por el artículo 24 de la Ley Nº 19.664.

Excepcionalmente, los profesionales funcionarios que percibieron cualquiera de las bonificaciones establecidas en esta ley, 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:

1. Criterio sanitario, incluyendo, entre otros, disminución de listas de espera, situaciones de emergencia sanitaria y catástrofes naturales, de conformidad a lo que defina el reglamento a que se refiere el artículo 13.

2. Localidad extrema y rezagada, de conformidad a lo que defina el reglamento a que se refiere el artículo 13.

3. Actividades tutoriales docentes de programas de formación de conformidad a lo que defina el reglamento a que se refiere el artículo 13".

otros, acorde a la Ley N°18.476, con servidores regidos por el Código del Trabajo y su legislación complementaria, con las excepciones que la propia ley menciona.

Por dicho motivo no le resulta aplicable la obligatoriedad al funcionario de renunciar a cargos en dicho establecimiento, por no estar contemplado en el artículo 1 de la Ley N° 20.986 (dependientes del servicio de salud o de carácter experimental).

Misma situación se produce en aquellos funcionarios dependientes de municipalidades, de conformidad a lo dispuesto en Dictamen N° 78729 del año 2014 que en lo pertinente señala: "*A continuación, es preciso destacar que el artículo 6° de la citada ley establece que los funcionarios que cesen en sus empleos por aplicación de lo dispuesto en esa normativa, no podrán ser nombrados ni contratados asimilados a grado o sobre la base de honorarios en ninguno de los organismos señalados en el artículo 1°, durante los cinco años siguientes al término de su relación laboral, a menos que previamente devuelvan la totalidad del beneficio percibido, expresado en unidades de fomento, más el interés corriente para operaciones reajustables.*

Como puede advertirse, la reseñada inhabilidad para reingresar a la Administración del Estado, solo está referida a los favorecidos con el bono en comento en relación con las entidades indicadas taxativamente en el anotado artículo 1°, inciso primero, de la ley N° 20.612, y en armonía con lo resuelto, en lo pertinente, en los dictámenes Nos 75.617, de 2012 y 73.036, de 2013, de este origen, en dicho precepto no están contempladas las municipalidades, ni tampoco los empleados regidos por la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, de lo cual es posible concluir que, en la especie, el afectado, en tanto beneficiario de la bonificación de retiro voluntario, no se encuentra imposibilitado para desempeñar servicios en un consultorio como el que alude, por tratarse de un organismo no considerado por esa normativa".

Tampoco rige la limitación para reingresar a la Administración Pública de conformidad al Dictamen N° 31431 de 2018 que señala "En este sentido, cabe inferir que el beneficiario del mencionado estipendio solo se encuentra imposibilitado de cumplir funciones en las entidades indicadas taxativamente en la precitada disposición, no pudiendo extender esa prohibición respecto de desempeños en otros organismos distintos de los expresados como, por ejemplo, las municipalidades o Centros de Salud Familiar. Ello, por cuanto las normas que establecen inhabilidades son de carácter excepcional y de derecho estricto, razón por la que no pueden ser aplicadas sobre figuras o situaciones no contempladas en el ordenamiento de modo explícito (aplica criterio contenido entre otros, en los dictámenes N°s. 8.302, de 2011; 73.036, de 2013 y 78.729, de 2014, de este origen, respecto de otros estipendios de similar naturaleza)".

En otro dictamen, que se pronuncia sobre la posibilidad de ser contratado por una corporación municipal, señala: "Como puede advertirse, la reseñada inhabilidad para reingresar a la Administración del Estado, solo está referida a los favorecidos con el bono en comento en relación con las entidades indicadas taxativamente en el anotado artículo 1°, inciso primero, de la ley Nº 20.612, y en armonía con lo resuelto, en lo pertinente, en los dictámenes Nos 75.617, de 2012 y 73.036, de 2013, de este origen, en dicho precepto no están contempladas las municipalidades, ni tampoco los empleados regidos por la ley Nº 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, de lo cual es posible concluir que, en la especie, el afectado, en tanto beneficiario de la bonificación de retiro voluntario, no se encuentra imposibilitado para desempeñar servicios en un consultorio como el que alude, por tratarse de un organismo no considerado por esa normativa.

Por otra parte, el recurrente consulta sobre la forma de contratación de que puede ser objeto por parte del aludido municipio, sobre lo cual, es dable recordar que el artículo 14 de la citada ley Nº 19.378, regula expresamente la forma como deben proveerse los empleos de la respectiva dotación comunal, pudiendo ser por contrato indefinido, a plazo fijo o de reemplazo, este último solo en caso de ausencia del titular, por lo que la eventual vinculación laboral del peticionario con la entidad edilicia de la que depende el órgano consultado, deberá ajustarse a lo previsto en esa normativa".

EXCEPCIONES A ESTAS INHABILIDADES O INCOMPATIBILIDADES

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 Nº 19.664 (especialistas de llamada).

Se advierte que en la próxima ley que regule el incentivo, la inhabilidad será para toda la Administración pública, incluyendo los hospitales institucionales y las municipalidades, atendido el principio de probidad administrativa presente en nuestra regulación y que se encuentra presente en otras leyes de incentivo al retiro.

¿QUÉ SUCEDE SI EL FUNCIONARIO FALLECE ENTRE LA FECHA DE SU POSTULACIÓN PARA ACCEDER A LOS BENEFICIOS DE ESTA LEY Y ANTES DE PERCIBIRLOS? (BENEFICIO INTRODUCIDO POR LA LEY Nº 21.405)

El artículo 14 de la Ley Nº 20.986 señala que, si el funcionario o funcionaria fallece entre la fecha de su postulación para acceder a los beneficios de esta ley y antes de percibirlos, y siempre que cumpla con los requisitos para acceder a los mismos, estos serán transmisibles por causa de muerte.

¿QUÉ SE ESPERA PARA EL PRÓXIMO PERÍODO QUE CONTEMPLE LA FUTURA LEY SOBRE INCENTIVO AL RETIRO?

El Colegio Médico de Chile ha estado en permanentes negociaciones con las autoridades (MINSAL y DIPRES) a cargo de este tema, donde se ha presentado una propuesta de proyecto de ley para los próximos períodos. Se entiende que, por motivos políticos y la discusión de una gran reforma en materia de pensiones que impulsará el Gobierno, no se han materializado las leyes que incentivan al retiro voluntario de todo el sector público. Sin perjuicio de lo cual, existen posibilidades de que se replique el modelo de los dos períodos anteriores, en que se dispondría de plazos extraordinarios orientados a aquellos funcionarios mayores de 70 años, para efectos de que dentro de un plazo acotado se acojan al incentivo, en los articulados transitorios.

Los grandes cambios contenidos en la propuesta del COLMED para este nuevo periodo son:

1.- Extender la edad máxima para postular a 73 años sin diferencia de género.

2.- Aumentar los montos de bonificación por cantidad de horas contratadas (definido en UF).

3.- Aumentar la bonificación por retiro voluntario a 15 meses de remuneración imponible.

4.- Permitir a los beneficiarios del incentivo la posibilidad de celebrar convenios regulados por el artículo 24 de la Ley Nº 19.664 y ser contratados sobre la base de honorarios a suma alzada.

5.- Los beneficios de esta ley sean compatibles con el bono de la Ley Nº 20.305 (Bono Post Laboral).

Otro aspecto que puede variar son los plazos en que se determine la jubilación (estableciendo la igualdad de género fijando en 65 años como requisito mínimo en todos los sexos) y que los montos sean superiores a los actuales.

Sin perjuicio estamos en un tema especulativo, que dependerá de las negociaciones de los gremios y la voluntad política para concretarse.

Pero se advierte además en la Ley Nº 21.724 la voluntad del legislador que los funcionarios al cumplir 75 cesen en sus funciones, dicho elemento se aprecia en el artículo 90 de la Ley Nº 21.726, que si bien no es aplicable a los beneficiarios de la Ley Nº 20.986, sí se aplica a los beneficiarios de la Ley Nº 20.919 y de la Ley Nº 21.043 (funcionarios de universidades estatales), como analizaremos a continuación.

INCENTIVO AL RETIRO DE LOS FUNCIONARIOS REGIDOS POR LA LEY Nº 19.378, ESTATUTO DE ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD MUNICIPAL

Por el presente, se analizará la Ley Nº 20.919, la modificación al reglamento contenido en el Decreto 26 del Ministerio de Salud de fecha 14 de diciembre de 2016, y la reciente modificación contenida en la Ley Nº 21.724 de fecha tres de enero de 2025, en relación al otorgamiento de incentivo al retiro para profesionales funcionarios regidos por la Ley Nº 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal; a la luz de sus objetivos, los requisitos exigidos por la misma para acceder a las bonificaciones y la implicancia que dicha normativa tendrá para los profesionales funcionarios del sector salud, tomando en cuenta que el artículo 40 de la Ley Nº 21.647 que "Otorga reajuste general de remuneraciones a las y los trabajadores del sector público y otros beneficios", extendiendo la vigencia de la Ley Nº 20.919, hasta el año 2030; aumentando también los cupos para postular y obtener el beneficio de incentivo al retiro.

CESE OBLIGATORIO A FUNCIONARIOS QUE CUMPLAN 75 AÑOS DE EDAD A PARTIR DEL AÑO 2027

Una de las recientes modificaciones legales contenida en la Ley Nº 21.724 de fecha tres de enero de 2025, establece en su artículo 90 lo siguiente: "*A contar del 1 de enero de 2027, los funcionarios y funcionarias de las instituciones afectas a las leyes Nos. 20.919, 20.921, 20.948, 19.882, 20.964, 20.976, 20.996, 21.003, 21.135, 21.043 y al artículo 9 de la ley Nº20.374 cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.*

Los funcionarios y funcionarias antes señalados que al 1 de enero de 2027 tengan más de 75 años de edad cesarán en sus funciones a contar de dicha fecha".

Esta modificación afecta a casi la totalidad de los funcionarios públicos, excluyéndose a aquellos regidos por la Ley Nº 20.986.

INDEMNIZACIÓN ESPECIAL A AQUELLOS QUE CUMPLAN 75 O SEAN MAYORES A DICHA EDAD DESDE EL 2027

El propio artículo 90 de la Ley Nº 21.724 indica: "*Quienes cesen en sus funciones por la causal señalada en este artículo tendrán derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las remuneraciones, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis, de cargo de la respectiva institución empleadora.*

Para efectos de la indemnización, solo se computará el tiempo, tanto continuo como discontinuo, servido en calidad de planta, contrata y Código del Trabajo en la entidad empleadora.

La remuneración que servirá de base para el cálculo de la indemnización será el promedio de la remuneración mensual de los últimos doce meses anteriores al cese en el cargo, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas. Con todo, para los efectos de esta indemnización, la remuneración promedio no podrá exceder de noventa unidades de fomento, a la fecha del cese de funciones.

La indemnización que establece este artículo no será imponible, ni tributable y se pagará al momento del cese de funciones.

La indemnización establecida en este artículo será incompatible con cualquier otro beneficio de naturaleza homologable y cualquier otro beneficio por retiro voluntario que hubiere percibido el funcionario o funcionaria con anterioridad. Del mismo modo, los beneficiarios de este artículo no podrán contabilizar los mismos años de servicio que hubieren sido considerados para percibir otros beneficios asociados al retiro voluntario".

El legislador enumera los distintos órganos de la Administración del Estado a los cuales afecta la nueva disposición, señalando para los efectos de nuestro interés, en el mismo artículo 90 lo siguiente:

> "*También se aplicará la causal de cese de funciones que establece este artículo a los trabajadores de las siguientes instituciones o establecimientos:*
>
> *1. Establecimientos municipales de atención primaria de salud administrados por las municipalidades y de las entidades administradoras de salud municipal a que se refiere la ley Nº 19.378.*

2. Servicios de Salud señalados en el artículo 16 del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, las Subsecretarías del Ministerio de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile, la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, Centro de Referencia de Salud de Peñalolén Cordillera Oriente y Centro de Referencia de Salud de Maipú".

OBJETIVOS DEL PLAN DE INCENTIVO AL RETIRO

Conforme a lo señalado, los principales objetivos de la ley (incluida la modificación reciente de contenida en la Ley Nº 21.724) y su reglamento son los siguientes:

a) mejorar las condiciones de egreso de los funcionarios que, habiendo cumplido una larga trayectoria de entrega al servicio público, se preparan para pensionarse por vejez;

b) otorgar una bonificación por retiro voluntario y una bonificación adicional para los profesionales funcionarios del sector salud regidos por la Ley Nº 19.378.

¿QUIÉNES SON LOS BENEFICIARIOS DE LA BONIFICACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO?

1. El personal regido por la Ley Nº 19.378 siempre que:

   a) entre el 1º de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2025 tengan[265] 60 años de edad, en el caso de las mujeres, y 65 años de edad si son hombres o;

   b) el personal que haya obtenido u obtenga la pensión de invalidez que establece el Decreto Ley Nº 3.500, de 1980, y que dentro de los tres años siguientes a su obtención cumplan 60 años de edad, en el caso de las mujeres, y 65 años de edad, en el caso de los hombres, podrán acceder a los beneficios de los artículos 1°, 7° y 8° de esta ley, según corresponda, siempre que reúnan los demás requisitos necesarios para su percepción[266].

265 Modificación incorporada en la Ley Nº 21.724 en su artículo 94.

266 Artículo 12 de la Ley Nº 20.919.

¿CUÁL ES EL MONTO DE LA BONIFICACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO?

La bonificación por retiro voluntario, de cargo municipal, será equivalente a un mes de remuneración imponible por cada año de servicio y fracción superior a seis meses prestados en establecimientos de salud públicos, municipales o corporaciones de salud municipal, con un máximo de diez meses.

Las funcionarias tendrán derecho a un mes adicional.

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 personal, durante los 12 meses inmediatamente anteriores al retiro, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas.

¿QUÉ ES EL INCREMENTO DE LA BONIFICACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO?

La Ley Nº 20.919 indica que el personal que cumpla con los requisitos señalados anteriormente, y que tenga una antigüedad mínima de diez años continuos en la Administración pública, tendrá derecho a un incremento equivalente a diez meses de remuneraciones y medio adicionales, para aquellos contratados en jornada de 44 horas semanales[267].

El incremento de la bonificación por retiro voluntario, se pagará en la misma oportunidad en que se pague aquella. No será imponible ni constituirá renta para ningún efecto legal, y, en consecuencia, no estará afecto a descuento alguno. El incremento será pagado por la entidad administradora.

---

267 Ley Nº 20.919, artículo 22: "*El personal que, acogiéndose a la bonificación por retiro voluntario, tenga a la fecha de la renuncia voluntaria una antigüedad mínima de diez años continuos de servicio en establecimientos de salud públicos, municipales o corporaciones de salud municipal, tendrá derecho a un incremento de la referida bonificación, de cargo fiscal.*

El incremento será equivalente a 10 meses y medio adicionales de la misma remuneración que sirvió de base de cálculo de la bonificación por retiro voluntario, para jornadas de 44 horas semanales.

Para quienes se desempeñen en jornadas inferiores a 44 horas semanales este incremento será proporcional.

El personal que desempeñe funciones en más de un establecimiento solo podrá incrementar la bonificación una sola vez y hasta por un máximo de 44 horas".

¿QUÉ ES LA BONIFICACIÓN ADICIONAL?

Regulado en el art 24 del Reglamento: El personal que, acogiéndose a la bonificación por retiro voluntario, tenga a la fecha de la renuncia voluntaria una antigüedad mínima de diez años de servicio continuos en establecimientos de salud públicos, municipales o corporaciones de salud municipal, tendrá derecho a recibir un bono adicional, de cargo fiscal, que ascenderá a los montos que se indican, siempre que se desempeñe en jornadas de 44 horas semanales o más.

El personal que desempeñe funciones en más de un establecimiento solo podrá acceder a un bono adicional por el total de este.

El bono adicional ascenderá a las cantidades siguientes:

Remuneración bruta total mensual Monto Bono adicional

Igual o menor a $825.000: UF 45

Entre $ 825.001 y $899.999: UF 35

Entre $ 900.000 y $926.000: UF 15

El valor de la Unidad de Fomento que se considerará para el cálculo de este beneficio, será el vigente al día que corresponda al cese de funciones.

La bonificación adicional se pagará por una sola vez en la misma oportunidad en que se pague la bonificación por retiro voluntario del artículo 2. No será imponible ni constituirá renta para ningún efecto legal, y, en consecuencia, no estará afecto a descuento alguno. Este bono será pagado por la entidad administradora.

La remuneración que servirá de base para el cálculo del bono adicional será la que resulte del promedio de las remuneraciones mensuales brutas que le haya correspondido al personal durante los 12 meses inmediatamente anteriores al retiro, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas.

¿QUÉ ES EL BONO COMPLEMENTARIO?

El personal beneficiario del incremento de la bonificación, establecida en el párrafo 1º, tendrá derecho a un bono complementario, de cargo fiscal, si la suma del referido incremento y el bono adicional referido en el párrafo 2º del presente Título fuere inferior a 395 UF (395 Unidades de Fomento).

El bono complementario ascenderá a una cantidad que le permita alcanzar las mencionadas 395 (trescientas noventa y cinco) UF, calculadas a la fecha de la renuncia voluntaria. Lo anterior, para jornadas de 44 horas semanales.

Para jornadas inferiores el bono complementario será proporcional ascendiendo a una cantidad que le permita alcanzar el equivalente a 395 (trescientas noventa y cinco) UF, divididas por 44 y multiplicadas por la jornada efectiva.

El personal que desempeñe funciones en más de un establecimiento, solo podrá acceder al bono complementario, una sola vez y hasta por un máximo de 44 horas.

Este bono tendrá las mismas características y se pagará en la misma oportunidad que el incremento de la bonificación referido en el Párrafo 1º del presente Título. El bono de este artículo será pagado por la entidad administradora.

¿CUÁLES SON LOS CUPOS PARA ACCEDER A ESTOS BENEFICIOS?

Podrán acceder a la bonificación por retiro voluntario hasta un total de 11.300 beneficiarios (plan completo). Para los años 2016, 2017 se contemplaron 700 cupos para cada una de las anualidades. Para el año 2018 al 2023, se contemplaron 800 cupos para cada uno de ellos.

Para los años 2024 y 2025 se contemplarán 1.800 y 3.300, cupos respectivamente. A partir del 2025 no se traspasarán a las anualidades siguientes. Para el año 2026 se contemplarán 1.500 cupos. Para los años 2027 y 2028, 1.000 cupos, para cada anualidad. A contar del año 2029, se contemplarán 1.500 cupos para cada anualidad. Los cupos de los años 2026 y 2027 que no hayan sido utilizados al término de su proceso de adjudicación, podrán ser usados hasta el proceso de adjudicación correspondiente al año 2028. Trascurrido dicho plazo sin que hayan sido utilizados dichos cupos, estos no podrán usarse en los procesos siguientes[268].

Para acceder a la bonificación por retiro voluntario, los funcionarios y funcionarias deberán postular en el respectivo consultorio de atención primaria de salud comunicando su decisión de renunciar voluntariamente, en los plazos y forma que fije el reglamento. Concluido el período de postulación, los consultorios deberán remitir las postulaciones a los Servicios de Salud respectivos y estos la enviarán a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, la cual mediante resolución determinará los beneficiarios y las beneficiarias de los cupos. A partir del

268 Modificación contemplada en el artículo 94 de la Ley Nº 21.724 de tres de enero de 2025.

año 2019, los cupos que no sean utilizados en cada anualidad incrementarán los del año inmediatamente siguiente, hasta el año 2025.

NOVENO PROCESO DE POSTULACIÓN CORRESPONDIENTE AL 2024

En el noveno proceso de postulación de asignación de cupos se distribuirán los 1.800 cupos correspondientes al año 2024 y los adicionales que existan disponibles, conforme al inciso tercero del artículo 5°. A este proceso se deberá postular en el mes de julio de 2024, pudiendo participar en él:

a) Las funcionarias señaladas en la letra a) del artículo 2° que entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2024 cumplan entre 60 y 65 años de edad. También podrán postular las funcionarias de la referida letra a) que durante el año 2024 cumplan 66 o 67 años de edad.

b) Los funcionarios señalados en la letra a) del artículo 2° que entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2024 cumplan 65 años de edad. También podrán postular los funcionarios de la referida letra a) que durante el año 2024 cumplan 66 o 67 años de edad.

c) Los y las funcionarias a que se refiere el inciso segundo del artículo 2° que, entre el 1º de julio de 2014 y antes del inicio del periodo de postulación, hayan obtenido la pensión de invalidez que establece el Decreto Ley Nº 3.500, de 1980. Además, deberán haber cumplido 60 años de edad en el caso de las mujeres, o 65 años de edad, en el caso de los hombres, entre el inicio del proceso de postulación del año anterior y antes del inicio del proceso de postulación del año 2024. Con todo, las referidas edades deberán cumplirse dentro de los tres años siguientes a la obtención de dicha pensión.

Las funcionarias indicadas en el inciso anterior que participen del noveno proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario y cumplan entre 60 y 65 años de edad entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2024; y hagan efectiva su renuncia en el plazo indicado en el artículo 16 de este reglamento, tendrán derecho al total de esa bonificación que les corresponda, al incremento establecido en el artículo 22°, al bono adicional del artículo 24° y al bono complementario del artículo 28°, siempre que cumplan con los respectivos requisitos.

Los funcionarios indicados en el inciso primero que participen del noveno proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario y cumplan 65 años de edad entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2024; y hagan efectiva su renuncia en el plazo indicado en el artículo 16 de este reglamento, tendrán derecho

al total de esa bonificación que les corresponda, al incremento establecido en el artículo 22°, al bono adicional del artículo 24° y al bono complementario del artículo 28°, siempre que cumplan con los respectivos requisitos.

Las funcionarias y los funcionarios indicados en el inciso primero que participen del noveno proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario y cumplan 66 años de edad durante el año 2024, solo tendrán derecho a percibir dicha bonificación y el bono adicional, si correspondiere, y siempre que hagan efectiva su renuncia voluntaria en el plazo indicado en el inciso segundo del artículo 16 de este reglamento.

A su vez, las funcionarias y los funcionarios indicados en el inciso primero que participen del noveno proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario y cumplan 67 años de edad durante el año 2024, solo tendrán derecho a percibir la mitad de dicha bonificación y la mitad del bono adicional, si correspondiere y siempre que hagan efectiva su renuncia voluntaria de acuerdo a la letra c) del inciso primero del artículo 10 de la ley.

DÉCIMO PROCESO DE POSTULACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 2025

Debemos señalar que hasta antes de la publicación de la Ley Nº 21.724, se establecía el décimo proceso de postulación que señalaba:

En el décimo proceso de postulación de asignación de cupos se distribuirán los 3.300 cupos correspondientes al año 2025, y los adicionales que existan disponibles conforme al inciso tercero del artículo 5. A este proceso se deberá postular en el mes de enero del 2026, pudiendo participar de este proceso:

a) Las funcionarias señaladas en la letra a) del artículo 2, que entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2025 cumplan entre 60 y 65 años de edad. También podrán postular las funcionarias de la referida letra a) que durante el año 2025 cumplan 66 o 67 años de edad.

b) Los funcionarios señalados en la letra a) del artículo 2, que entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2025 cumplan 65 años de edad. También podrán postular los funcionarios de la referida letra a) que durante el año 2025 cumplan 66 o 67 años de edad.

c) Los y las funcionarias a que se refiere el inciso segundo del artículo 2 que, entre el 1º de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2025, hayan obtenido la pensión de invalidez que establece el Decreto Ley Nº 3.500, de 1980. Además, deberán haber cumplido 60 años de edad en el caso de

las mujeres, o 65 años de edad, en el caso de los hombres, entre el inicio del proceso de postulación del año anterior y el 31 de diciembre de 2025. Con todo, las referidas edades deberán cumplirse dentro de los tres años siguientes a la obtención de dicha pensión.

Las funcionarias indicadas en el inciso anterior que participen del décimo proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario y cumplan entre 60 y 65 años de edad entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2025 siempre que hagan efectiva su renuncia en el plazo indicado en el artículo 16 de este reglamento, tendrán derecho al total de esa bonificación que les corresponda, al incremento establecido en el artículo 22, al bono adicional del artículo 24 y al bono complementario del artículo 28, siempre que cumplan con los respectivos requisitos.

Los funcionarios indicados en el inciso primero que participen del décimo proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario y cumplan 65 años de edad entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2025; siempre que hagan efectiva su renuncia en el plazo indicado en el artículo 16 de este reglamento, tendrán derecho al total de esa bonificación que les corresponda, al incremento establecido en el artículo 22, al bono adicional del artículo 24 y al bono complementario del artículo 28, siempre que cumplan con los respectivos requisitos.

Las funcionarias y los funcionarios indicados en el inciso primero que participen del décimo proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario y cumplan 66 años de edad durante el año 2025, solo tendrán derecho a percibir dicha bonificación y el bono adicional, si correspondiere y siempre que hagan efectiva su renuncia voluntaria en el plazo indicado en el inciso segundo del artículo 16 del presente reglamento.

A su vez, las funcionarias y los funcionarios indicados en el inciso primero que participen del décimo proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario y cumplan 67 años de edad durante el año 2025, solo tendrán derecho a percibir la mitad de dicha bonificación y la mitad del bono adicional, si correspondiere y siempre que hagan efectiva su renuncia voluntaria de acuerdo a la letra c) del inciso primero del artículo 10 de la ley.

Debemos señalar que a la fecha de redacción del presente documento no ha sido dictado el reglamento que fija las nuevas fechas de postulación, por lo que les pedimos estar atentos a las publicaciones del COLMED para su seguridad[269].

269 La Ley Nº 21.724 señala que dentro de los 90 días (contados a partir del tres de enero de 2025) se deberá dictar el reglamento que fije las fechas de postulación de los períodos:

NUEVAS REGLAS EN LOS PROCESOS DE POSTULACIÓN A PARTIR DEL AÑO 2025

La Ley Nº 21.724 establece nuevas reglas en los procesos de postulación a saber:

> Artículo 10.- Los funcionarios y funcionarias señalados en el artículo 1°, además, podrán postular en cualquiera de los períodos que se establecen en las letras siguientes y accederán a los beneficios que se señalan según la época de postulación, conforme a las reglas que a continuación se indican:
>
> a) Primer período de postulación: en este período podrán postular los funcionarios y funcionarias que cumplan 65 años de edad, en el o los plazos que fije el reglamento. Deberán retirarse, a más tardar, dentro de los 90 días corridos siguientes al vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva o dentro de los 90 días corridos siguientes en que cumpla 65 años de edad si esta fecha es posterior a aquella.
>
> Si hacen efectiva su renuncia voluntaria dentro del plazo antes señalado, tendrán derecho a la totalidad de la bonificación por retiro voluntario que les corresponda, al incremento establecido en el artículo 7°, al bono adicional del artículo 8° y al bono complementario del artículo 9°, siempre que cumplan con los respectivos requisitos.
>
> El personal que no renuncie voluntariamente a todos los cargos y al total de horas que sirva en el plazo antes señalado, se entenderá que renuncia irrevocablemente al incremento establecido en el artículo 7° y al bono complementario del artículo 9°.
>
> b) Segundo período de postulación: en este período podrán postular los funcionarios y funcionarias que cumplan 66 años de edad, en el o los plazos que fije el reglamento. Deberán retirarse, a más tardar, dentro de

---

Artículo 15.- Un reglamento dictado por el Ministerio de Salud, que también será suscrito por el Ministro de Hacienda, determinará los períodos de postulación a los beneficios, pudiendo establecer plazos distintos respecto de aquellos funcionarios y funcionarias que tenían los requisitos cumplidos a la fecha de publicación de esta ley, y los que vayan cumpliéndolos durante su aplicación. También podrá establecer el procedimiento de otorgamiento y pago de los beneficios de esta ley. Asimismo, el reglamento determinará los procedimientos aplicables para la heredabilidad de los beneficios por retiro voluntario y el incremento, de acuerdo a las normas generales que rijan en materia de sucesión por causa de muerte, así como también las demás normas necesarias para la aplicación de esta ley.

los 90 días corridos siguientes al vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva.

En este caso solo podrán acceder a la bonificación por retiro voluntario del artículo 1° y al bono adicional del artículo 8°, según corresponda.

c) Tercer período de postulación: en este período podrán postular los funcionarios y funcionarias que cumplan 67 años de edad, en el o los plazos que fije el reglamento. Deberán retirarse, a más tardar, dentro de los 90 días corridos siguientes al vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva.

En este caso solo podrán acceder a la mitad de la bonificación por retiro voluntario del artículo 1° y a la mitad del bono adicional del artículo 8°, según corresponda.

Respecto del personal que no postule en ninguno de los períodos anteriores, se entenderá que renuncia irrevocablemente a todos los beneficios establecidos en esta ley.

Las funcionarias podrán optar por comunicar su decisión de hacer efectiva su renuncia voluntaria desde que cumplan 60 años de edad y hasta el proceso correspondiente a los 65 años de edad, pudiendo acceder a los beneficios señalados en los artículos 1°, 7°, 8° y 9°, siempre que cumplan con los respectivos requisitos. También podrán postular en los períodos señalados en las letras b) y c) del inciso primero de este artículo, siempre que cumplan las edades que en dichas letras se indican y solo accederán a los beneficios que para esos períodos se señalan en las mencionadas letras b) y c), según corresponda.

¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO PARA POSTULAR A UNO DE ESTOS CUPOS?

La postulación se realizará en el respectivo consultorio de atención primaria de salud y se presentará a través de un formulario proporcionado por el empleador de conformidad a las directrices de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, quien mediante resolución fundada, determinará quiénes serán los beneficiarios de los cupos correspondientes a cada año.

Dicha determinación deberá ser conforme a criterios objetivos a saber: -los de mayor edad; en igualdad de condiciones de edad, el que tenga mayor años de servicio en los consultorios de atención primaria de salud. Si continúa empate se considerará el mayor número de licencias médicas de conformidad

al reglamento si aplicados todos los criterios persiste empate, resolverá el Subsecretario de Redes Asistenciales.

Los funcionarios y funcionarias que, cumpliendo los requisitos para acceder a la bonificación por retiro voluntario y habiendo postulado para un año, no fueren seleccionados por falta de cupos, pasarán a integrar en forma preferente el listado de seleccionados del proceso correspondiente al año siguiente, sin necesidad de realizar una nueva postulación y mantendrán los beneficios que le correspondan según la época de postulación. Una vez que ellos sean incorporados a la lista de beneficiarios, si quedaren cupos disponibles, estos se completarán con los postulantes de dicho año que resulten seleccionados.

Una vez dictada la resolución a que se refiere el inciso segundo, la Subsecretaría de Redes Asistenciales la remitirá, mediante los mecanismos que defina el reglamento, a cada uno de los Servicios de Salud y estos la difundirán de inmediato a través de un medio de general acceso a los consultorios de atención primaria de salud. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de dictación de la resolución antes indicada, cada consultorio deberá notificar personalmente del resultado del proceso de postulación, por carta certificada dirigida al domicilio que el funcionario o funcionaria tenga registrado en el servicio o mediante correo electrónico, a cada uno de los funcionarios que participaron del mismo.

Los funcionarios y funcionarias que resultaren beneficiarios de cupos en la bonificación por retiro voluntario, deberán informar por escrito al departamento de Recursos Humanos o a la unidad que defina el consultorio respectivo, a más tardar el último día hábil del mes siguiente a la fecha de la dictación de la resolución a que se refiere el artículo 12 de este reglamento, la fecha en que dejarán definitivamente el cargo y el total de horas que sirvan.

Esta fecha deberá hacerse efectiva a más tardar dentro de los 90 días corridos siguientes al vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva o dentro de los 90 días corridos siguientes al cumplimiento de 65 años de edad, si esta fecha fuere posterior a aquella.

Se entenderá que las y los funcionarios que no comuniquen y hagan efectiva su renuncia en el plazo dispuesto en el inciso segundo, se desisten del beneficio,

Si hacen efectiva su renuncia voluntaria dentro del plazo antes señalado, tendrán derecho a la totalidad de la bonificación por retiro voluntario que les corresponda, al incremento establecido en el artículo 7°, al bono adicional del

artículo 8° y al bono complementario del artículo 9°, siempre que cumplan con los respectivos requisitos.

El personal que no renuncie voluntariamente a todos los cargos y al total de horas que sirva en el plazo antes señalado, se entenderá que renuncia irrevocablemente al incremento establecido en el artículo 7° y al bono complementario del artículo 9°.

¿QUÉ PASA SI NO SE POSTULA?

El personal que, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley, no postule a la bonificación por retiro voluntario dentro de los plazos establecidos para ello, se entenderá que renuncia irrevocablemente a los beneficios que ella concede.

¿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 30 días siguientes a la total tramitación del acto administrativo que disponga el cese de funciones. En esta misma oportunidad, la entidad administradora de salud municipal deberá pagar los otros beneficios de cargo fiscal contemplados en la ley.

Estas bonificaciones no serán imponibles ni constituirán renta para ningún efecto legal, y no estarán afectas a descuento alguno.

El pago de la bonificación por retiro voluntario se efectuará por parte de cada entidad administradora, a más tardar en el mes siguiente de la total tramitación del acto administrativo que disponga el cese de funciones.

En la misma oportunidad, la entidad administradora de salud municipal deberá pagar los otros beneficios de cargo fiscal contemplados en la ley.

El término de la relación laboral se producirá cuando el empleador pague la totalidad del beneficio, de lo que se dejará constancia formal.

Con todo, el término de la relación laboral deberá materializarse a más tardar en el plazo de seis meses contado desde el traspaso de los recursos que corresponda por parte del Ministerio de Salud, de acuerdo a lo señalado en la ley.

El mayor gasto fiscal que represente la aplicación de esta ley durante el primer año presupuestario de vigencia, se financiará con cargo al presupuesto del Ministerio de Salud. No obstante lo anterior, el Ministerio de Hacienda,

con cargo a la partida presupuestaria del Tesoro Público, podrá suplementar dicho presupuesto en la parte del gasto que no se pudiere financiar con esos recursos[270].

¿CUÁLES SON LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES A QUE QUEDARÁN SUJETOS LOS PROFESIONALES FUNCIONARIOS QUE RECIBAN LOS BENEFICIOS?

Los funcionarios y funcionarias que cesen en sus empleos por aplicación de lo dispuesto en la ley y en el reglamento, no podrán ser nombrados ni contratados asimilados a grado o sobre la base de honorarios en establecimientos de salud públicos, municipales, corporaciones o entidades administradoras de salud municipal, ni municipalidades, durante los cinco 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 determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes del pago del beneficio respectivo y el mes anterior al de la restitución, más el interés corriente para operaciones reajustables[271].

Los beneficios de esta ley son incompatibles con cualquier otro incentivo al retiro que hubiere percibido el funcionario o funcionaria con anterioridad en relación con su renuncia voluntaria a las horas que sirva al cargo o función. Del mismo modo, el personal beneficiado por esta ley no podrá utilizar los mismos años de servicio para acceder a otras leyes que otorguen bonificaciones o beneficios asociados al retiro voluntario, ni tampoco podrán utilizar años de servicio que se hubieren considerado para otros incentivos al retiro.

---

270 Articulo transitorio de la Ley Nº 20.919 agregado mediante la Ley Nº 21.724.

271 Artículo 14.- Los funcionarios y funcionarias que cesen en sus empleos por aplicación de lo dispuesto en esta ley, no podrán ser nombrados ni contratados asimilados a grado o sobre la base de honorarios en establecimientos de salud públicos, municipales, corporaciones o entidades administradoras de salud municipal, ni municipalidades, durante los cinco 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 determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes del pago del beneficio respectivo y el mes anterior al de la restitución, más el interés corriente para operaciones reajustables.

¿ES COMPATIBLE CON EL BONO POST LABORAL DE LA LEY Nº 20.305?

El personal que postule a la bonificación por retiro voluntario del presente reglamento, tendrá derecho a presentar la solicitud para acceder al bono que establece la Ley Nº 20.305, en la misma oportunidad en que comunique su fecha de renuncia voluntaria, conforme al procedimiento establecido en la ley. Para tal efecto se considerarán los plazos y edades que establece el presente reglamento, no siendo aplicables a su respecto los plazos de 12 meses señalados en los artículos 2º, Nº 5 y 3º de la Ley Nº 20.305.

El bono establecido en la Ley Nº 20.305 es compatible con los beneficios establecidos en la ley[272].

¿CUÁLES SON LOS TRÁMITES PARA POSTULAR? (LOS ACTUALES, ATENDIDA LA FALTA DE REGLAMENTO)

Antes de la dictación de la Ley Nº 21.724, para la postulación a la bonificación por retiro voluntario, al incremento de la bonificación, bono adicional y bonificación complementaria establecidos en la ley, se realizará en el respectivo consultorio de atención primaria de salud y se presentará a través de un formulario que al efecto proporcionará la entidad empleadora, según las directrices que imparta la Subsecretaría de Redes Asistenciales. En este formulario el interesado deberá acreditar y completar la siguiente información:

a) identificación del postulante, nombre completo y cédula de identidad;

b) indicar cargos y número de horas que sirve en los distintos establecimientos de atención primaria;

c) comunicación de la decisión de renunciar voluntariamente a los cargos y a la totalidad de las horas que sirve;

d) indicación de la fecha de nacimiento;

---

272 Artículo 13.- El personal que postule a la bonificación por retiro voluntario establecida en esta ley tendrá derecho a presentar la solicitud para acceder al bono que establece la Ley Nº20.305, en la misma oportunidad en que comunique su fecha de renuncia voluntaria, conforme al procedimiento establecido en esta ley. Para tal efecto se considerarán los plazos y edades que establece esta ley, sin que sean aplicables a su respecto los plazos de doce meses señalados en los artículos 2º, Nº 5, y 3º de la Ley Nº20.305.

El bono establecido en la Ley Nº 20.305 es compatible con los beneficios establecidos en esta ley.

e) dirección y correo electrónico de contacto, para efectos de notificación;

f) años de servicio desempeñados en consultorios de atención primaria de salud indicando número de años, meses y días, contados hasta el inicio del proceso de postulación.

g) años de servicio desempeñados en la Administración del Estado, indicando número de años, meses y días contados hasta el inicio del proceso de postulación.

h) número de días de licencias médicas, durante los 730 días corridos anteriores a la fecha de inicio de las postulaciones.

i) firma del postulante.

Junto a dicho formulario, el interesado debía adjuntar los siguientes antecedentes, según corresponda:

1. Certificado de nacimiento o fotocopia de cédula de identidad.
2. Certificado que acredite la obtención de pensión de invalidez otorgado por la Administradora de Fondos de Pensiones, cuando corresponda.

Además, al momento de la postulación el interesado podrá adjuntar al formulario otros antecedentes, con el objeto de actualizar la información que tenga la institución empleadora, tales como, certificados que acrediten la información a que hacen referencia las letras f), g) y h) del inciso anterior.

Una copia del formulario de postulación, en la que conste la fecha de recepción del mismo, deberá quedar en poder del postulante.

Aún no tenemos certeza si esta documentación se mantendrá o se modificará en el reglamento, lo que nos tiene en alerta para informarlo a la brevedad.

¿ES HEREDABLE EL BENEFICIO DEL INCENTIVO AL RETIRO?

Si el funcionario o funcionaria fallece entre la fecha de su postulación para acceder a la bonificación por retiro voluntario, incremento de la bonificación, bono adicional y bono complementario según corresponda, y antes de percibirlos; y siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la presente ley para acceder a los mismos, ellos serán transmisibles por causa de muerte.

Los herederos podrán percibir el o los beneficios dispuesto en la ley una vez que el causante sea seleccionado como beneficiario de un cupo conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de este reglamento, para lo que deberá presentar en la entidad administradora de salud municipal el certificado de posesión efectiva.

CONCLUSIONES

Tal como se ha expuesto, existen similitudes entre ambas leyes que regulan el beneficio de incentivo al retiro, pero sus diferencias más evidentes son las incompatibilidades que generan una vez que se acceden a ellas, siendo la Ley Nº 20.986 más permisiva en cuanto a la limitación de compatibilidad de continuar prestando labores en el servicio público, no así la Ley Nº 20.919 que establece una limitación mucho más extensa y que se prevé que las próximas leyes de incentivo imitarán.

La otra gran diferencia es que la Ley Nº 20.919 expresamente hace compatible el incentivo al retiro con el Bono Post Laboral de la Ley Nº 20.305, a diferencia de la Nº 20.986 que al no pronunciarse, ha impedido que se confiera dicho beneficio en perjuicio de miles de afiliados que intentaron obtenerlo.

Se advierte además, la voluntad del poder legislativo de ir reduciendo el monto de los beneficios a medida que se avanza en la edad de los funcionarios a partir de la fecha en que cumplen 66 años o más (hasta 67 en la mayoría de los incentivos al retiro de los funcionarios públicos).

Esperamos que el presente estudio sea de utilidad para nuestros afiliados y esperamos poder actualizar el contenido en las próximas publicaciones, teniendo ya en nuestras manos el reglamento que dispondrá las fechas y antecedentes para efectuar la postulación.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación nacional citada referenciada

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, del Ministerio de Salud, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley Nº 15.076. Publicado en el Diario Oficial 20 de noviembre de 2001.

Decreto Nº 26 del Ministerio de Salud, que fija el Reglamento para el Otorgamiento de la Bonificación por Retiro Voluntario y Otros Beneficios establecidos en la Ley Nº 20.919.

Ley Nº 19.378. Establece Estatuto De Atención Primaria de Salud Municipal.

Ley Nº 19.664. Establece Normas Especiales para Profesionales Funcionarios que indica de los Servicios de Salud y modifica La Ley Nº 15.076.

Ley Nº 20.305. Mejora Condiciones de Retiro de los Trabajadores del Sector Público con Bajas Tasas de Reemplazo de sus Pensiones.

Ley Nº 20.919. Otorga Bonificación por Retiro Voluntario al Personal Regido por La Ley Nº 19.378, que Establece Estatuto De Atención Primaria de Salud Municipal.

Ley Nº 20.986. Otorga Bonificación por Retiro Voluntario y una Bonificación Adicional a los Profesionales de la Salud que Indica.

Ley Nº 21.405. Otorga Reajuste de Remuneraciones a Los Trabajadores del Sector Público, Concede Aguinaldos que Señala, Concede otros Beneficios que Indica, y Modifica Diversos Cuerpos Legales.

Ley Nº 21.647. Otorga Reajuste General de Remuneraciones a las y los Trabajadores del Sector Público, Concede Aguinaldos que Señala, Concede otros Beneficios que Indica y Modifica Diversos Cuerpos Legales.

Ley Nº 21.724 Otorga Reajuste General De Remuneraciones a las y los Trabajadores del Sector Público, Concede Aguinaldos que Señala, Concede otros Beneficios que Indica, y Modifica Diversos Cuerpos Legales.

Los programas de especialización médica de la Ley Nº 19.664

Abogado Gabriel Nieto Muñoz[273]
Dra. Sandra Montedónico Rimassa[274]

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. También 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". En este capítulo nos centraremos

273 Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2013). Graduado en Ciencias Jurídicas y Sociales con mención en Derecho Civil e Historia Contemporánea.

Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca (2023). Completó Diplomados en Derecho de Familia y Sociedad (2013), Litigación Administrativa (2016), ambos en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Derecho Laboral Administrativo y Sancionador (2017) en la Universidad de Chile.

Se ha desempeñado durante más de una década en la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile, ocupando el cargo de Jefe de la Unidad de Defensa Laboral Médica.

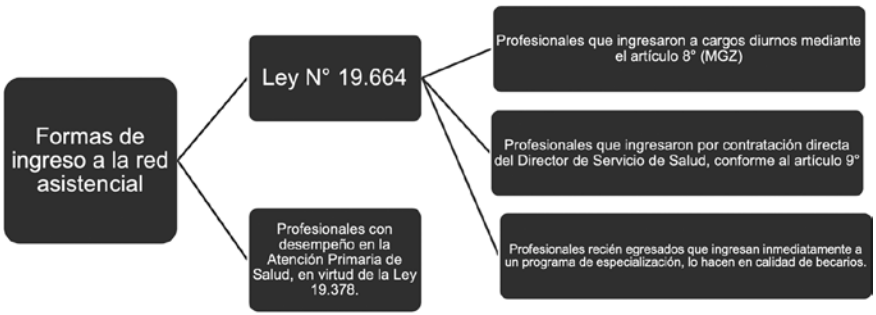
274 Médico especialista en Cirugía Pediátrica y Doctorada en investigación por la University College Dublin. Actualmente se desempeña como médico en el Hospital Carlos Van Buren de Valparaíso y en la Clínica Ciudad del Mar y es Profesora Titular de la Escuela de Medicina de la Universidad de Valparaíso.

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.

La carrera funcionaria de los profesionales funcionarios no directivos de los Servicios de Salud está estructurada en dos etapas: la Etapa de Destinación y Formación (EDF) y la Etapa de Planta Superior.

La principal vía de formación de un especialista es la formación universitaria. En Chile, 24 de la 37 Escuelas de Medicina existentes imparten al menos una especialidad o subespecialidad con un total de 410 programas académicos, de los cuales el 28% está acreditado. El Ministerio de Salud valida en su decreto 8 (Minsal 2013) la existencia de 27 especialidades primarias y 27 subespecialidades.

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 Nº 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.

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 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. 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 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 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 Nº 19.664*, MÉDICOS REGIDOS POR LA LEY Nº 19.378 Y RECIÉN EGRESADOS: LOS BECARIOS

La posibilidad de especialización no solo 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 que el Ministerio convoca, siendo recién egresados del pregrado.

Así las cosas, el artículo 11 de la Ley Nº 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 Nº 15.076.

En ese entendido, los Servicios de Salud y las universidades del Estado o reconocidas por este 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 este 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 Nº 19.664, lo pueden hacer, junto con los profesionales regidos por la Ley Nº 19.378 o la Ley Nº 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 Nº 19.664 (CONESS)", 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 Nº 19.378 o por el artículo 9° de la Ley Nº 19.664 (CONE APS)

5. COMISIONADOS DE ESTUDIO

Son aquellos profesionales que habiendo ingresado por el artículo 8 de la Ley Nº 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 del 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 desarrollarán 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 Nº 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 la Ley Nº 15.076 y los reglamentos contenidos en los D.S 507 del año 1990 y D.S. Nº 91 de 2001, ambos del Ministerio de Salud y por el convenio que firmen.

El artículo 43° de la Ley Nº 15.076 señala que los Servicios de Salud y las universidades del Estado o reconocidas por este 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 Nº 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 Nº 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 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 Nº 19.664;
- asignación del artículo 8° quáter de la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 clínico y centro formador tal circunstancia.

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

En estas materias, se aplican las normativas 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, los becarios y becarias no tendrían más derechos que los ya señalados.

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, 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 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 (Período Asistencial Obligatorio), 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.

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 la beca de especialidad primaria, una carta de apoyo para financiar el 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 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, es necesario puntualizar que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 7° de la Ley Nº 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.*

Se debe 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 aquella 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 Nº 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 mencionar 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 Nº 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 Nº 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, solo 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 la Ley Nº 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 Nº 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 aquellos 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 Nº 507, QUE APRUEBA REGLAMENTO DE BECARIOS DE LA LEY Nº 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 paliar 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.

Visto lo anterior, es preciso 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 Nº 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 atenuar 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 con 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, 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 Nº 29, de 2006, del Ministerio de Hacienda, que establece el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 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.

Por su parte, tal como señala el artículo 7° del Reglamento de Becarios, estos profesionales dependerán administrativamente del Director del campo clínico al cual hayan sido destinados, y en el ámbito docente, del centro formador respectivo, el que supervisará 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 Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 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.

Así las cosas, observamos que el reglamento que complementa el artículo 43 de la Ley Nº 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 solo les son aplicables las reglas de su propio reglamento y el artículo 43 de la Ley Nº 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 Nº 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 horario.

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 Nº 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 estos, 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 N° 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 8° y 11 de la ley N°19.664, 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 N° 1, de 2001, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.076; ni lo dispuesto en el artículo 10 de la ley N° 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, que era 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 N° 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 conducente 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 Nº 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, solo 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; de lo contrario, 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 Nº 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 Nº 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 se 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 paliar 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 Nº 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 Nº 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 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 en la ley para obtener el beneficio.

En el caso de querer computar los años cuando 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 Nº 11 de fecha dos de junio de 2017, Reglamento para la aplicación del inciso tercero del artículo 44 de la Ley Nº 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 1º 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 1º 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 con 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.

   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 a 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.

De esa manera, es obligación del Servicio, siempre y cuando ocupen 20 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 estén 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;

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.

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.

Solo 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 con 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 Nº 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 solo aprovecha a quienes tienen 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 Nº 110, de 1963, del Ministerio de Salud, que fija el Reglamento de la Ley Nº 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 Nº 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 solo 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 dedicados 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 tres 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 de 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 Obligatorio 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 Nº 15.076, es de 44 horas semanales.

Así las cosas, se hace presente 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 aún 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, deben tenerse presente que deben observarse siempre las necesidades del servicio, si estas 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 desacuerdo, finalmente el médico terminaba suscribiendo el instrumento, por cuanto, le llegaban correos amenazándolo con que sería inhabilitado y le cobrarían toda la multa, si no cumplía 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, solo en casos calificados y no por cualquier incumplimiento, sin más.

12. Modificación al artículo 25 del Reglamento

Esta, creemos, es una de las modificaciones más importantes que ha sufrido el Decreto Supremo Nº 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 en 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 Nº 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 del 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 este 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 solo 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, solo 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 caso 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 Nº 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 mismos 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 tienen 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 mantienen 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 Nº 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.

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 retroactivo, 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 solo regiría para el futuro en el sentido de que no sería aplicable a los profesionales que hayan 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 Nº 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 Nº 15.076, sí opera con efecto retroactivo para situaciones anteriores, es decir, para aquellos que antes de la modificación hicieron 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 en 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 Nº 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.

En cuanto a la posibilidad de acceder a otro programa de formación, después de renunciar, antiguamente, solo 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.

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 en él. 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 destacar:

1°.- Sobre el particular, el artículo 3° de la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 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 esta frente a la que antiguamente se pretendía.

4°.- Que, luego, debe estimarse que el acto administrativo en comento solo 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 gestaban 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 contribuyeran 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 proponga 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 cuatro 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 Nº 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 Nº 19.664 y del decreto Nº 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.

Finalmente, expresa que la mencionada iniciativa ha tenido un impacto positivo en el nivel de atención primaria de salud, pues no solo 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 507, de 1990, del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento de becarios de la referida ley Nº 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 Nº 91, de 2001, del Ministerio de Salud, Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización a que se refiere la ley Nº 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 Nº 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 Nº 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 solo 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 solo a aquellos que iniciaron su especialización a partir del año 2012, como prevé

el programa aprobado por la resolución exenta Nº 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 Nº 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 solo 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 1º 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, este deberá considerar tres etapas:

1ª. análisis curricular como instancia inicial;

2ª. 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

3ª. 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 relativo sobre el total, de cada una de las instancias de evaluación que decidan aplicar. La ponderación deberá constar en una rúbrica.

Visto lo anterior, conviene puntualizar que el artículo 1º de la Ley Nº 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 esta 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 Nº 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 deben 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 Tribunal Constitucional reconoce que la autonomía universitaria no se encuentra reconocida expresamente por la Constitución, aunque se desprende de ella;;
- 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 este;
- 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;
- 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 encuentran 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.

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.

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 Nº 6 y Nº 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 Nº 6 del 22 de agosto del año 2018, el cual viene en modificar el Decreto Nº 91, que aprueba el Reglamento sobre Acceso y Condiciones de Permanencia en Programas de Especialización a que se refiere la Ley Nº 19.664. En otras palabras, se intentará explicar las modificaciones que por el Decreto Nº 6 experimentó el Reglamento Nº 91, con aplicación y vigencia para los médicos en Etapa de Destinación y Formación (EDF) de la Ley Nº 19.664, que acceden a Programas de Perfeccionamiento a través de una comisión de servicios o de estudios.

1. **DEFINICIONES**: para efectos de comprensión e interpretación adecuada del Decreto Nº 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 Nº 1, de 2001, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 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 Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 2.763 de 1979 y de las leyes Nº 18.933 y Nº 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 Nº 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 del nuevo inciso segundo del artículo 13 del Decreto Nº 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 Nº 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 para 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".

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 él 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 seis años, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto Nº 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 seis años para desempeñarse laboralmente al interior del sistema público de salud.

Con la modificación del artículo 14 del Decreto Nº 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? Solo 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 quién se presenta esta solicitud? Esta solicitud de eximición del pago o reembolso se presenta solo 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 Nº 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 Nº 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 o niveles de atención donde exista una especial necesidad de especialistas. En efecto, prescribe el inciso segundo del artículo 18° del Decreto Nº 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*".

El derecho a solicitar rebaja de la jornada de desempeño obligatorio a 22 horas semanales: esta segunda alternativa corresponde a un derecho creado por la modificación legal introducida por el Decreto Nº 6 del año 2018, que a su vez permite al profesional funcionario no someterse a la clásica jornada semanal 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 Nº 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.

LAS MISIONES DE ESTUDIOS DE LA ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD MUNICIPAL

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 las entidades edilicias o corporaciones municipales, 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 Nº 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 Nº 507 del año 1990, denominado Reglamento General de Becarios, y por el Decreto Nº 91, del año 2001, que aprueba el reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización a que se refiere la Ley Nº 19.664.

MISIÓN DE ESTUDIOS: esta segunda alternativa es la modalidad que establece el inciso segundo del artículo 43° de la Ley Nº 19.378, que aprueba lo 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 a 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 de 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 y sus obligaciones que prescribe el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, contenido en la Ley Nº 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: ASIGNACIÓN ARTÍCULO 45° LEY Nº 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 Nº 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 solo 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 Nº 19.378, dice relación con una asignación de carácter transitoria y de carácter discrecional, pues depende de 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, o 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 Nº 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 solo 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.

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 Nº 19.378, o bien por el artículo 9° de la Ley Nº 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 nueve 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. Durante la etapa de formación se mantiene la calidad funcionaria y remuneraciones, conservando la calidad contractual durante todo el ciclo.

BIBLIOGRAFÍA

Gnecco, Paulo, Situación de la Formación Médica en Chile de Pregrado y Postgrado al año 2024 y sus Desafíos: una mirada desde el Colegio Médico de Chile. Cuad Méd Soc. (Chile) 2024, Vol 64 Nº2: 61-69DOI: https://doi.org/10.56116/cms.v64.n.2.2024.2019

Jurisprudencia Judicial referenciada

Sentencia del Excelentísimo Tribunal Consitucional. Autonomía Universitaria. Dictada con fecha 26 de noviembre de 2014.

Dictámenes y Oficios referenciados

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 16.598 de 1991.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 12.550 de1996.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 12.848, de 1996.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 26.022 de 2002.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 45.042, de 2004.

Legislación Nacional referenciada

Decreto Supremo Nº 110, del Ministerio de Salud, que deroga los decretos que señala y aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley Nº 15076, que fija el Estatuto para los Médicos Cirujanos, farmacéuticos o químico farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas. Publicado en el Diario Oficial el 6 de julio de 1963.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley Nº 15.076. Publicado en el Diario Oficial 20 de noviembre de 2001.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 29, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Publicado en el Diario Oficial 16 de marzo de 2005.

Decreto Supremo Nº 507, que Aprueba el Reglamento de Becarios de la Ley Nº 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud. Publicado en el Diario Oficial 13 de marzo de 1991.

Ley Nº 19.378, Establece Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal. Publicado en el Diario Oficial 13 de abril de 1995.

Ley Nº 19.664, que establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los Servicios de Salud y modifica la Ley Nº 15.076. Publicada en el Diario Oficial 11 de febrero de 2000.

Decreto Supremo Nº 91, que Aprueba el Reglamento sobre Acceso y Condiciones de permanencia en Programas de Especialización a que se refiere la Ley Nº 19.664. Publicado en el Diario Oficial 11 de julio de 2001.

Ley Nº 19.980, que modifica la Ley Nº 19.123, Ley de Reparación, ampliando o estableciendo beneficios en favor de las personas que indica. Publicada en el Diario Oficial el 9 de noviembre de 2004.

Ley Nº 20.816, que Perfecciona Normativa sobre Profesionales y Trabajadores del Sector Público de Salud. Publicada en el Diario Oficial el 14 de febrero de 2015.

Decreto Supremo Nº 6, del Ministerio de Salud, que modifica el Decreto Supremo Nº 91, de 2001, que aprueba el Reglamento sobre Acceso y condiciones de Permanencia en Programas de Especialización a que se refiere la Ley 19.664. Publicado en el Diario Oficial el 22 de agosto de 2018.

Decreto Supremo Nº 7, del Ministerio de Salud, que modifica el Decreto Supremo Nº 507, de 1990, que aprueba el Reglamento de Becarios de la Ley Nº 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud. Publicado en el Diario Oficial el 22 de agosto de 2018.

Estatuto administrativo de los médicos de la atención primaria en salud municipal Ley Nº 19.378

Abogada Macarena Andrea Concha Muñoz[275]
Dra. Inés Guerrero Montofré[276]

Marco Jurídico

– Congreso Nacional de Chile. (1995). *Ley Nº 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal*.

INTRODUCCIÓN

La Atención Primaria en Salud (APS) representa una pieza elemental dentro del sistema sanitario, pues viene a establecer el primer punto de contacto entre la comunidad y el Sistema de Salud; bajo este respecto la declaración internacional de Alma-Ata de 1978. define a la APS como *"La asistencia sanitaria esencial*

275 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad San Sebastián. Título Abogada otorgado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Diplomada en Gestión Municipal, con mención en Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales y Responsabilidad Administrativa, por la Universidad de Concepción.

276 Médica Universidad de Chile, especialista en Pediatría y Medicina familiar, con 37 años de trayectoria en el Servicio de Salud Metropolitano Central, específicamente en el Cesfam N° 5 y además se desempeñó diez años en el servicio de urgencia pediátrica del Hospital San Borja Arriarán. Cargos gremiales Colmed: Presidenta Agrupación de Médicos de APS 2011-2014; Prosecretaria Mesa Directiva Nacional 2017-2019; Miembro del Departamento de Formación y Acreditación 2017-2021; Vicepresidenta Departamento de Solidaridad gremial 2017-2019; Miembro de Jurado de Ética 2017-2022; Presidenta Departamento de Solidaridad gremial 2019-2023; Vicepresidenta Mesa Directiva Nacional 2020 – 2023, Integrante Comité de contenidos Eunacom; Integrante de Comisión de revisión de becas CONE. En la actualidad, se desempeña como Secretaria del Directorio de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico, Falmed, y es integrante de Comité Asesor de Universalización de APS en el Minsal.

accesible a todos los individuos y familias de la comunidad a través de medios aceptables para ellos, con su plena participación y a un costo asequible para la comunidad y el país. Es el núcleo del sistema de salud del país y forma parte integral del desarrollo socioeconómico general de la comunidad".

Dicho lo anterior, resulta indubitable que el escenario en el cual se materializan gran parte de las políticas públicas en materia de salud es aquel en el que las municipalidades asumen un rol preponderante en la gestión y provisión, en virtud de las competencias que les han sido conferidas por el ordenamiento jurídico. Esta responsabilidad adquiere especial relevancia en el ámbito de la atención primaria de salud, la cual, en su mayoría, se encuentra bajo la administración de las corporaciones municipales, constituyendo así el primer nivel de acceso a las prestaciones de salud para la comunidad.

Bajo esta premisa, es imperativo señalar que el personal médico y los demás funcionarios que desempeñan funciones en este ámbito se encuentran regidos, en términos generales, por las disposiciones contenidas en el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, consagrado en la Ley Nº 19.378, cuerpo normativo que regula de manera integral diversos aspectos de la relación laboral en el sector municipal de salud. Entre los principales ámbitos regulados por dicha normativa, cabe destacar la dotación de personal y la jornada de trabajo, las remuneraciones y asignaciones, el desarrollo profesional de la carrera funcionaria, las misiones de estudio, los derechos y obligaciones funcionarias, el sistema de calificaciones, los procedimientos disciplinarios, así como las causales y modalidades de término de la relación laboral.

Asimismo, en aquellas materias no contempladas expresamente en la Ley Nº 19.378, se establece la aplicación supletoria del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, contenido en la Ley Nº 18.883, así como de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, Ley Nº 18.695, sin perjuicio de las disposiciones de rango constitucional que establecen el marco general para el ejercicio de las funciones públicas y el resguardo de los derechos de los trabajadores del sector salud.

En consecuencia, resulta esencial analizar con detenimiento las disposiciones que conforman este marco normativo, a fin de comprender la totalidad de los derechos y deberes que emanan de la relación estatutaria en la atención primaria municipal, considerando tanto las normas específicas del sector como aquellas de aplicación general que complementan y garantizan el pleno ejercicio de las funciones públicas en beneficio de la salud de la población.

I. DE LOS DISTINTOS TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS DE ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD

La normativa citada contempla la regulación de los distintos establecimientos que conforman la red de atención primaria de salud, tanto en sectores urbanos como rurales, centros de salud y cualquier otra clase de establecimiento sanitario que se encuentre bajo la administración directa de las municipalidades o de instituciones privadas sin fines de lucro que gestionen dichos establecimientos en virtud de convenios celebrados con los respectivos gobiernos comunales.

En este contexto, se distinguen diversas tipologías de recintos asistenciales, entre los que se encuentran los Centros de Salud Familiar (CESFAM), los Consultorios Generales Urbanos (CGU), las Postas de Salud Rural (PSR), los Centros Comunitarios de Salud Familiar (CECOSF), los Centros de Salud Mental Comunitaria (COSAM), los Establecimientos de Atención Primaria de Urgencia (SAPU) y los Servicios de Alta Resolutividad (SAR). Cada uno de estos dispositivos de salud cumple funciones específicas dentro de la estrategia de atención primaria, garantizando la provisión de servicios esenciales para la población, de acuerdo con los principios de accesibilidad, continuidad y calidad en la atención sanitaria.

II. DE LA CARRERA FUNCIONARIA

La carrera funcionaria es un concepto jurídico que viene a englobar el conjunto de normas y principios que rigen la relación laboral entre los funcionarios públicos y la Administración pública, ahora bien, en lo relativo a la Atención Primaria de Salud (APS) Municipal, la carrera funcionaria se encuentra específicamente reglada por la Ley Nº 19.378, de la cual estamos hablando.

Sobre el particular, fija el marco normativo integral que asegura la profesionalización, estabilidad y desarrollo de los funcionarios de la APS municipal.

El titulo segundo de la Ley Nº 19.378, fija el ingreso a la carrera funcionaria en la atención primaria de salud municipal, expresando que se realiza mediante concurso público, garantizando la igualdad de oportunidades, objetividad, estabilidad en el empleo y el principio de mérito.

La promoción y el ascenso en la carrera están determinados por evaluaciones objetivas de desempeño y concursos internos, promoviendo el desarrollo profesional basado en criterios de idoneidad y competencia.

Los requisitos para el ingreso son rigurosos y están destinados a asegurar un alto nivel de competencia entre los funcionarios. En este sentido, los médicos deben poseer un título profesional de una carrera de al menos ocho semestres de duración, ser ciudadano y tener una salud compatible con el cargo (Ley Nº 19.378, 1995).

Se consideran elementos como la experiencia, medida en bienios, y la calificación anual. La experiencia incluye el desempeño en el sector salud, tanto en establecimientos públicos como municipales.

El desarrollo profesional en la carrera funcionaria de los médicos de la atención primaria en salud, incluye la posibilidad de optar a becas de especialización y misiones de estudio, ambas formas de perfeccionamiento profesional financiadas por el Estado, que implican un compromiso de retorno y servicio posterior en el sistema municipal, sobre este punto nos referiremos con más detalle al final de este capítulo.

En cuanto a la contratación de los funcionarios de la atención primaria en salud pueden ser de tres tipos:

- **Contrato a plazo fijo:** para tareas específicas por períodos que no excedan de un año calendario, con un límite máximo del 20% de la dotación total.
- **Contrato indefinido:** conseguido mediante concurso público, para cuyo caso las bases deben ser aprobadas por el Concejo Municipal siendo convocado por el alcalde respectivo, esta forma de contratación ofrece al profesional funcionario estabilidad y permanencia en el servicio, pues en este caso la relación laboral solo podría finalizar por las causales establecidas en la Ley Nº 19.378.
- **Vía permuta:** permite el intercambio de funcionarios con contrato indefinido entre diferentes municipalidades, siempre que ambas partes lo aprueben.

III. JORNADA, PERMISOS Y FERIADO LEGAL

La Ley Nº 19.378, que regula el Estatuto Administrativo de atención primaria en salud municipal, proporciona directrices claras en relación con la jornada laboral de los funcionarios que se desempeñan bajo la subordinación de esta ley, así como sus derechos en cuanto a permisos y feriados.

A continuación, se presenta una revisión detallada de estas disposiciones.

JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO

La jornada ordinaria para los funcionarios de la atención primaria de salud Municipal corresponde a 44 horas semanales, la cual se encuentra distribuida de lunes a viernes, en un horario continuo y diurno entre las 8:00 y las 20:00 horas, con un máximo de nueve horas diarias[277].

Sin embargo, esta distribución estándar no será aplicable a aquellos funcionarios cuya naturaleza del servicio requiera que su jornada ordinaria se cumpla fuera de los horarios previamente señalados. En estos casos, se sujetarán a la modalidad de distribución pactada en sus respectivos contratos. Además, es posible contratar personal con una jornada parcial de trabajo, conforme a las necesidades de la entidad administradora, en cuyo caso la remuneración será proporcional a la jornada contratada.

AJUSTES AL HORARIO DE TRABAJO

La ley en comento en este punto establece que el horario de trabajo se ajustará a las necesidades operativas de los establecimientos y las acciones de atención primaria de salud, sin embargo, en circunstancias extraordinarias, cuando se requiera el servicio de personal fuera de los límites horarios establecidos en la jornada ordinaria, se procederá al pago de horas extraordinarias. No obstante, el personal contratado con jornada parcial no podrá desempeñar estas horas extraordinarias, salvo que el establecimiento no cuente con funcionarios de jornada ordinaria disponibles o aptos para trabajar fuera del horario establecido.

PERMISOS POR MOTIVOS LABORALES

Los funcionarios podrán solicitar permisos para ausentarse de sus labores por motivos particulares hasta por seis días hábiles al año, con goce de sus remuneraciones. Estos permisos podrán fraccionarse en medios días y serán concedidos por el director del establecimiento, según las necesidades del servicio.

277 (Ordinario N° 1878, 2020) Dirección del Trabajo.

FERIADO LEGAL

Para acceder al feriado legal, se requiere que el funcionario haya desempeñado al menos un año de servicios, el feriado será de 15 días hábiles (excluyendo los sábados) para el personal con menos de 15 años de servicios, y de 20 días hábiles para aquellos con 15 años o más de servicios, con goce de todas sus remuneraciones. El feriado podrá solicitarse en forma fraccionada, pero una de las fracciones no podrá ser inferior a diez días.

Asimismo, cabe destacar que el director del establecimiento tendrá la facultad de anticipar o postergar la época del feriado, a condición de que este se realice dentro del año correspondiente, salvo que el funcionario solicite expresamente hacer uso conjunto de su feriado con el del año siguiente, asimismo, no se podrá acumular más de dos períodos consecutivos de feriado.

A modo de conclusión, es importante precisar que las disposiciones de la Ley Nº 19.378 respecto a la jornada ordinaria de trabajo, ajustes horarios, permisos y feriados legales aseguran una estructura laboral equitativa y encuadrada a las necesidades operativas del sistema de atención primaria de salud municipal. Estas normativas promueven un equilibrio entre la eficiencia en la prestación de Servicios de Salud y los derechos laborales de los funcionarios, garantizando así un entorno de trabajo justo y productivo.

IV. REMUNERACIONES

La Ley Nº 19.378 establece el marco regulatorio para las remuneraciones de los funcionarios de la atención primaria de salud municipal, esta normativa no solo define el sueldo base de estos profesionales, sino también una serie de asignaciones adicionales que tienen en cuenta la naturaleza de sus funciones, las características del establecimiento donde trabajan y su desempeño profesional.

A continuación, se presenta una revisión detallada de los componentes que constituyen la remuneración según esta ley:

SUELDO BASE

El sueldo base es la retribución pecuniaria de carácter fijo que cada funcionario tiene derecho a percibir, de acuerdo con el nivel y la categoría en que esté clasificado o asimilado, conforme al Título II de la Ley Nº 19.378. Este monto se detalla en las liquidaciones de sueldo respectivo y se abona por períodos iguales y continuos.

ASIGNACIÓN DE ATENCIÓN PRIMARIA MUNICIPAL

La Asignación de atención primaria municipal es un incremento del 100% del sueldo base que corresponde al funcionario por el solo hecho de integrar una dotación de atención primaria, este beneficio se otorga automáticamente a todos los funcionarios incluidos en esta categoría.

OTRAS ASIGNACIONES

Además de la asignación de atención primaria, existen diversas asignaciones adicionales que se conceden en función de la naturaleza de las funciones desempeñadas, las características del establecimiento y la evaluación del desempeño, estas asignaciones son:

1. **Asignación por responsabilidad directiva**: el director de un consultorio municipal de atención primaria tiene derecho a una asignación de responsabilidad directiva, que varía entre un 10% y un 30% de la suma del sueldo base y la asignación de atención primaria, según su categoría funcionaria.
2. **Asignación por desempeño en condiciones difíciles:** esta asignación se otorga a los funcionarios que trabajan en establecimientos calificados como de desempeño difícil por decreto del Ministerio de Salud. El porcentaje de esta asignación se determina cada tres años y se calcula sobre el sueldo base y la asignación de atención primaria municipal, en relación con una jornada de 44 horas semanales.
3. **Asignación de zona:** este es un porcentaje del sueldo base, equivalente al establecido para los funcionarios del sector público, según el lugar donde realicen sus acciones de atención primaria de salud.
4. **Asignación de mérito**: esta asignación se concede anualmente a los funcionarios cuyo desempeño sea evaluado como positivo. La finalidad de esta asignación es mejorar la calidad de los servicios de los establecimientos de salud. Se considera con evaluación positiva a aquellos funcionarios cuyo puntaje se encuentre dentro del 35% mejor evaluado en cada categoría. Los porcentajes varían desde un 35% del sueldo base mínimo para el 11% mejor evaluado, hasta un 10% para el 13% del tramo inferior.
5. **Asignación por competencias profesionales**: durante varios años la Asignación por competencia profesional estuvo reservada exclusivamente a los médicos de la especialidad de Medicina Familiar, en razón

> de ello, la incorporación de nuevas especialidades a la obtención del estipendio en comento, era una demanda histórica del Colegio Médico de Chile A.G, sin embargo, corresponde dar una excelente noticia: la aprobación y despacho del presupuesto 2025, incluye $1.600 millones de pesos destinados para asignación de competencia profesional para médicos especialistas de la atención primaria de salud, distintos de Medicina Familiar, este logro proviene del resultado de una larga lucha gremial que incluirá a las especialidades como, por ejemplo, de Pediatría, Medicina interna, Gineco-obstetricia, entre otras, que serán incorporadas mediante el Decreto del Ministerio de Salud, el cual, será dictado dentro de los próximos meses, no menos importante es precisar que este avance permitirá la disminución de las listas de espera por consulta de especialidades distintas a la Medicina Familiar.

El monto corresponde al 100% de la suma del sueldo base más la asignación de atención primaria de salud, para una jornada de 44 horas semanales. Para jornadas de 11, 22 y 33 horas semanales, la asignación será del 25%, 50% o 75%, respectivamente.

El marco normativo de la Ley Nº 19.378 proporciona un esquema de remuneraciones para los funcionarios de la atención primaria de salud municipal, este esquema no solo asegura una compensación justa a través del sueldo base, sino que también reconoce y valora la diversidad de funciones, condiciones de trabajo y desempeño profesional mediante una variedad de asignaciones, estas disposiciones contribuyen a incentivar la excelencia y mejorar la calidad de los Servicios de Salud ofrecidos a la comunidad.

V. CAUSALES DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

La Ley Nº 19.378, que regula el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, establece con detalle las causales que pueden llevar al término de la relación laboral de los funcionarios de salud que integran la dotación municipal.

A continuación, se expone un análisis detallado de estas causales resaltando sus aspectos más relevantes de acuerdo a la norma en análisis:

A) RENUNCIA VOLUNTARIA

La renuncia voluntaria es una causal de término de la relación laboral que requiere que el funcionario presente su dimisión con una antelación de 30 días

a la fecha en que surtirá efecto, este requisito temporal busca garantizar que la administración disponga del tiempo necesario para encontrar un reemplazo adecuado y asegurar la continuidad del servicio público.

B) FALTA DE PROBIDAD, CONDUCTA INMORAL O INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES FUNCIONARIAS

Este supuesto se refiere a actos que socavan la integridad del funcionario o el cumplimiento de sus deberes, y deben ser establecidos fehacientemente mediante un sumario administrativo, cabe destacar que falta de probidad y la conducta inmoral comprometen la confianza pública y la ética en el servicio, mientras que el incumplimiento grave de las obligaciones pone en riesgo la eficiencia y eficacia de la administración.

Ahora bien, cabe precisar que respecto de los trabajadores de la atención primaria en salud municipal que se encuentren contratados bajo la modalidad a honorarios, la Dirección del Trabajo estableció que no puede iniciarse sumario administrativo, toda vez que la contratación bajo esta modalidad no les otorga la calidad de funcionarios, por tanto, no es posible establecer responsabilidad administrativa[278].

Ahora bien, esto no significa la existencia de una imposibilidad para perseguir la responsabilidad del trabajador, pues, aunque no le son aplicables las normas del estatuto en comento, debe aplicarse el mecanismo sobre responsabilidad y sanciones establecidas en el del Título III de la Ley Nº 18.575.

C) VENCIMIENTO DEL PLAZO DEL CONTRATO

Los funcionarios que tienen contratos a plazo fijo cesarán en sus funciones al término del período estipulado en su contrato, esta causal es clara y objetiva, estableciendo un fin previsible a la relación laboral.

D) OBTENCIÓN DE JUBILACIÓN, PENSIÓN O RENTA VITALICIA EN UN RÉGIMEN PREVISIONAL

La obtención de una jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, pone fin a la relación laboral, ya que el funcionario ha alcanzado su retiro formal del servicio activo, cumpliendo así con los requisitos previsionales correspondientes.

278 Ordinario Nº 858/47 de la Dirección del Trabajo, año 2004.

E) FALLECIMIENTO

El fallecimiento del funcionario es una causal natural e inevitable de término de la relación laboral, extinguiendo de inmediato cualquier obligación.

F) CALIFICACIÓN EN LISTA DE ELIMINACIÓN O CONDICIONAL

La inclusión del funcionario en la lista de eliminación o en la lista condicional por dos períodos consecutivos o tres acumulados implica un desempeño deficiente, justificando su separación del servicio para mantener estándares de calidad y eficiencia en la Administración pública.

G) SALUD IRRECUPERABLE O INCOMPATIBLE CON EL EJERCICIO DEL CARGO

Cuando un funcionario padece de una condición de salud que es irrecuperable o incompatible con el ejercicio de sus funciones, se justifica su cese, asegurando que las tareas sean llevadas a cabo por personal en condiciones óptimas para desempeñarlas, por ello, los jefes y jefas de servicio pueden solicitar a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) que evalúe la salud del funcionario que ha estado más de 180 días con licencia médica, Si la condición médica del funcionario o funcionaria es considerada irrecuperable, podrá acceder al beneficio estatutario de seis meses de mantención de su remuneración, sin la obligación de trabajar, debiendo retirarse de su cargo al término de este período. Si no lo hace, se procederá a declarar vacante su cargo[279].

H) INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES EN CARGOS PÚBLICOS

La inhabilidad para ejercer funciones en cargos públicos, o una condena por crimen o simple delito con sentencia ejecutoriada, representa una barrera legal para continuar en el servicio, asegurando que la Administración pública esté compuesta por individuos de conducta irreprochable.

I) DISMINUCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA DOTACIÓN

La reducción o modificación de la dotación puede conllevar el despido de personal, en cuyo caso se prevé una indemnización de un mes por cada año de servicio, con un límite de 11 años para personal con contrato indefinido, esta medida busca mitigar el impacto económico para los funcionarios afectados por decisiones administrativas que escapan a su control.

279 Decreto con Fuerza de Ley (DFL) Nº 29 del 2004 del Ministerio de Hacienda.

De acuerdo a lo expuesto sobre este punto cabe reflexionar en cuanto a que las causales de término de la relación laboral en la Ley Nº 19.378 son fundamentales para asegurar una administración eficiente y justa en la atención primaria de salud municipal, estas disposiciones garantizan que los funcionarios que integran la dotación municipal de salud mantengan altos estándares de desempeño, integridad y profesionalismo, contribuyendo así a la mejora continua de los Servicios de Salud pública.

VI. CAPACITACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL PERSONAL MÉDICO DE LA ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD MUNICIPAL

En el ámbito de la salud pública, hemos señalado con insistencia que la atención primaria se erige como el pilar fundamental sobre el cual descansa el sistema desempeñando un rol crucial en la promoción y prevención del buen estado de salud de la población, ofreciendo servicios esenciales y accesibles a la comunidad, en razón de ello la calidad de estos servicios está intrínsecamente ligada al nivel de capacitación y perfeccionamiento profesional permanente de los médicos que operan en este nivel asistencial.

Por ello, la constante evolución del conocimiento médico y los avances tecnológicos demandan que los profesionales de la salud mantengan una actualización continua y rigurosa de sus competencias, por cuanto el perfeccionamiento profesional no solo asegura la aplicación de las mejores prácticas clínicas, sino que también fortalece la capacidad de respuesta frente a los desafíos emergentes en el ámbito de la salud pública.

En este contexto, la obtención de una especialidad se presenta como una herramienta indispensable para elevar los estándares de atención y garantizar la calidad en el ejercicio de la medicina a los usuarios del sistema de salud municipal.

Por ello, este punto nos aboca a analizar las dos modalidades existentes para optar a una especialidad médica financiada por el Estado chileno, los aspectos relevantes de su remuneración durante el transcurso de ella, como también el análisis respecto de la carga de devolución mediante el Periodo Asistencial Obligatorio:

A. BECA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

La primera modalidad se materializa a través de la obtención de una beca de formación profesional, regulada en el artículo 43° de la Ley Nº 15.076, que

establece: "*Los Servicios de Salud y las Universidades del Estado o reconocidas por éste podrán otorgar becas destinadas al perfeccionamiento en una especialidad médica, dental, químico-farmacéutica o bioquímica. Los demás empleadores de los 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, así como en los Servicios de Salud, conservándoles el goce de su remuneración bajo las condiciones que fije el reglamento*".

En tal supuesto, el funcionario adquiere la denominación de becario, y su régimen de derechos y obligaciones se encuentra normado por el Decreto Nº 507 del año 1990, conocido como Reglamento General de Becarios (Ministerio de Salud, 1990), y por el Decreto Nº 91 del año 2001, que aprueba el reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización, conforme a lo dispuesto en la Ley Nº 19.664 (Ministerio de Salud, 2001).

B) MISIÓN DE ESTUDIOS

Las Misiones de Estudio o Comisión de Servicio constituyen la segunda alternativa, la que se refiere a la modalidad establecida en el inciso segundo del artículo 43° de la Ley Nº 19.378, que aprueba el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, esta disposición señala:

> "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" (Ley N° 19.378, 1995, art. 43).

En efecto, esta comisión de estudio, tal como se indica en la norma transcrita, constituye en la práctica una comisión de servicio, mediante la cual el funcionario, para cumplir con su obligación de perfeccionamiento o capacitación relacionada con los fines del organismo que la ordena y con las funciones que debe desarrollar según su cargo, se desplaza para cumplir funciones laborales formativas en una entidad diferente a la que pertenece.

En otras palabras, el funcionario municipal se encuentra autorizado para que, manteniendo su cargo dentro de la dotación municipal, sea perfeccionado y obtenga la especialidad que se ha propuesto, por lo tanto, se desplace a la universidad o centro formador de la especialidad a la que haya optado, y

al campo clínico respectivo para el desarrollo de su capacitación y formación académica.

En este contexto, el funcionario municipal comisionado de servicios o en misión de estudios técnicamente no adquiere la calidad de becario, sino que mantiene su condición de funcionario municipal en misión de estudios. Esta situación implica que el comisionado conserva vigente los derechos y obligaciones prescritos por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, contenido en la Ley Nº 19.378.

Entre los derechos que mantiene el funcionario en cuestión se incluyen el derecho a las remuneraciones, los permisos administrativos, el derecho a feriado legal y el derecho a solicitar licencias médicas.

INTEGRIDAD DE LAS REMUNERACIONES Y ASIGNACIÓN DEL ARTÍCULO 45 DE LA LEY Nº 19.378

La remuneración de los funcionarios de atención primaria de salud municipal es un tema de gran relevancia, especialmente cuando se trata de aquellos en misión de estudios, en este sentido la Ley Nº 19.378, establece un marco respecto a las asignaciones y la integridad de las remuneraciones que estos funcionarios deben recibir, sin embargo, es fundamental entender que, aunque los funcionarios tienen derecho a mantener el goce íntegro de sus remuneraciones permanentes, como el sueldo base y las asignaciones de mérito y desempeño colectivo, surge una controversia recurrente en torno a la asignación estipulada en el artículo 45° de la mencionada ley, por ello, sobre este punto se abordará la naturaleza y las condiciones de la asignación del artículo 45° de la Ley Nº 19.378, explicando los criterios y la discrecionalidad que la rodean, así como la implicancia de estos factores en la mantención de las remuneraciones de los funcionarios en misión de estudios.

En primer lugar, es dable mencionar que, en su condición de funcionario, el comisionado tiene el derecho a mantener el goce íntegro de sus remuneraciones, no obstante, es necesario aclarar que esta integridad se refiere exclusivamente a las remuneraciones de carácter permanente, tales como el sueldo base, la asignación de mérito y la asignación de desempeño colectivo, entre otras.

Una cuestión frecuentemente debatida es la exclusión de la asignación contemplada en el artículo 45° de la Ley Nº 19.378. Esta asignación, conforme a la norma jurídica mencionada, no es de carácter permanente, por ello la norma

la define como una asignación especial y transitoria, con una duración anual, y cuya principal característica es su naturaleza discrecional, lo que significa que la asignación del artículo 45° de la Ley Nº 19.378 depende de la voluntad de un órgano colegiado, específicamente, el Concejo Municipal respectivo, asimismo su otorgamiento está condicionado, entre otros requisitos, a las necesidades del servicio, lo que impide vincularla al pago de intereses particulares o a una persona determinada, evitando así que se convierta en un capricho de la autoridad.

Por lo tanto, el pago de esta asignación está supeditado a la aprobación del Concejo Municipal, a las necesidades del servicio y a la disponibilidad presupuestaria anual, si estos factores no se cumplen, no procede el pago de la asignación prevista en el artículo 45° de la Ley Nº 19.378.

El mencionado artículo 45° establece 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*" (Ley Nº 19.378, 1995, art. 45).

Como se puede observar, el otorgamiento de esta asignación para los funcionarios que se encuentran en misión de estudios es facultativo y discrecional del Consejo Municipal, por lo tanto, puede ser concedido solo a una parte de la dotación de salud municipal.

JORNADA PARCIAL DE TRABAJO EN EL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

Una cuestión de relevancia práctica en relación con las misiones de estudios de los profesionales de atención primaria de salud municipal se refiere a la jornada laboral de devolución una vez concluido el período de estudio, particularmente, en el caso de aquellos profesionales que, al momento de iniciar su misión de estudios, tenían contratada una jornada parcial, por ejemplo, de 22 horas semanales, en lugar de una jornada completa de 44 horas semanales; en este sentido, la Contraloría General de la República en su dictamen Nº 19.277 del 19 de julio del año 2019, da solución a la controversia que no había sido abordada por la norma. Según este dictamen, en ausencia de disposiciones claras en las bases de postulación de la beca de formación académica y ante la falta de

una norma legal específica, los profesionales que tenían una jornada parcial de 22 horas semanales deben cumplir su PAO bajo el mismo régimen de jornada parcial.

LUGAR DE DEVOLUCIÓN DEL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

Una vez concluida con éxito la misión de estudios, surge la interrogante sobre el lugar donde debe ejecutarse el Periodo Asistencial Obligatorio (PAO). Aunque el inciso segundo del artículo 43° del Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, contenido en la Ley Nº 19.378, establece que el comisionado de estudios tiene la obligación de retornar a su cargo de origen por al menos el doble del tiempo que duró su formación, la Contraloría General de la República ha señalado en el Dictamen Nº 28.889 del 21 de noviembre de 2018, que el lugar de cumplimiento del PAO de un profesional que accedió a una especialización mediante misión de estudios, financiada por un servicio de salud, debe ser determinado por dicho Servicio de Salud.

Esta determinación se realiza en acuerdo con la municipalidad respectiva y conforme a lo establecido en el convenio de especialización.

CONCURSO MEDICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD (CONE)

El Concurso de Médicos de Atención Primaria de Salud (CONE)) es un proceso de formación académica destinado a médicos generales que se desempeñan en dotaciones de salud de atención primaria municipal, contratados bajo la Ley Nº 19.378 o por el artículo 9° de la Ley Nº 19.664, como es el caso de los médicos en Etapa de Destinación y Formación que han sido incorporados mediante contratación directa del director del Servicio de Salud o por la Ley Nº 15.076.

El proceso de formación consta de dos etapas: una primera etapa de formación y una segunda etapa de Periodo Asistencial Obligatorio.

Entre los requisitos de postulación se encuentra un tiempo mínimo de un año de desempeño previo en el nivel primario de uno o más Servicios de Salud o establecimientos de salud municipal, que varía según la especialidad a postular.

Para especialidades de "interés nacional", se requiere al menos un año de desempeño previo, mientras que otras especialidades requieren un mínimo de tres años.

Cabe precisar que los criterios de evaluación incluyen antigüedad laboral no funcionaria, funciones de responsabilidad, desempeño en zona extrema, Calificación Médica Nacional(CMN) trabajo comunitario y posta rural, actividades de formación continua, trabajos de investigación y docencia.

Una vez elaborada la lista de puntajes definitivos, se procede al ofrecimiento de los cupos de especialización mediante un llamado a viva voz.

El proceso tiene una duración máxima de nueve años, sumando los períodos de formación y de Periodo Asistencial Obligatorio, con la posibilidad de validar hasta el 50 % del tiempo de desempeño previo.

Es de relevancia tener presente que, durante la etapa de formación, los profesionales mantienen su calidad funcionaria y remuneraciones, conservando su contrato durante todo el ciclo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Contraloría General de la República (2023). *Informe sobre la jornada de devolución en misiones de estudio*.

Constitución Política de la República de Chile, Texto vigente, 1980, recuperado de www.leychile.cl

Ley Nº 15.076 (1963). *Estatuto de los profesionales de los Servicios de Salud*.

Ley Nº 18.695 (1988). *Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades*.

Ley Nº 18.883 (1989). *Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales*.

Ley Nº 19.378 (1995). *Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal*.

Ministerio de Salud (2023). *Guía para el funcionamiento de los establecimientos de atención primaria*.

Ley Nº 19.664 (2000). *Estatuto de los Profesionales de la Salud*.

"Proceso de selección para acceder a cupos en programas de especialización para médicos cirujanos regidos por el artículo 9 de la Ley Nº 19.664, por la Ley Nº 19.378 o por la Ley Nº 16.076"-CONE año 2025.

Dirección del Trabajo, Chile. Base de Datos Jurisprudenciales. Recuperado de www.dt.cl

Dirección del Trabajo, Chile. Base de Datos Jurisprudenciales. Recuperado de www.dt.cl

Manual del Dirigente, por la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A.G (2023), escrito por Gabriel Nieto Muñoz.

Contraloría General de la República. Chile, Dictámenes y pronunciamientos, recuperado de www.cgr.cl (2019).

Acoso y abuso sexual en el trabajo: abordaje práctico

Abogada Francesca Coghlan Orrego[280]
Abogada Paulina González Guzmán[281]
Dra. Carolina del Castillo Celis[282]

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años hemos sido testigos de un cambio de paradigma en relación a la violencia contra las mujeres, principalmente evidenciado en una serie de movimientos sociales transversales a distintos sectores de la

280 Área práctica, Unidad de Defensa de Género. Abogada Universidad Adolfo Ibáñez, Mención en Derecho Público. Diplomada en Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Diplomada en Prevención y protección en contra de la violencia, Universidad de Los Andes. Diplomada en Género, Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Chile. Curso Los feminismos, Universidad de Chile. Curso Género y Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. fcoghlan@falmed.cl

281 Área de práctica, Unidad Penal Negligencia Médica y Unidad de Defensa de Género. Abogada Universidad Adolfo Ibáñez, Mención en Derecho Penal. Candidata Magister Derecho Penal Universidad de Talca y Pompeu Fabra. Diplomada en Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho Penal Sustantivo Parte General, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Litigación Penal Avanzada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Alegatos en Tribunales Superiores de Justicia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Curso Debido Proceso, Universidad de Chile. Curso Género y Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. pgonzalez@falmed.cl

282 Médica cirujana de la Universidad de La Frontera, Especialidad Neurología Adulto. Universidad de Chile. Master Neuroinmunología, Universidad Autónoma de Barcelona. Diplomado en gestión de organizaciones de salud públicas y privadas, Universidad de los Andes. Diplomado en Medicina del Sueño en la Práctica Clínica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Docente de la Universidad de La Frontera, Referente de Neurología del Servicio de Salud Araucanía Sur, Neuróloga Hospital Hernán Henríquez. Ex Secretaria del Directorio la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED), Ex Presidenta de la Unidad de Defensa Laboral (UDEL), Tesorera del Consejo Regional Araucanía del Colegio Médico.

sociedad, que persiguen la efectiva protección de los derechos de las mujeres, especialmente el de vivir una vida libre de violencia, para lo que se ha hecho indispensable actualizar la legislación vigente en el ordenamiento jurídico nacional, incorporando modificaciones a diversos cuerpos legales que se encuentren en línea con las normas de Derecho Internacional ratificadas por nuestro país y con lo prescrito en la Constitución Política de la República, que garantiza el derecho a la vida e integridad física y psíquica de las personas, como asimismo, en el respeto a la honra de la persona y su familia. En miras de alcanzar estos objetivos es que en el marco regulatorio se han adoptado diversas medidas. En el ámbito del derecho penal se han tipificado una serie de conductas, además se han modificado otras ya existentes y se han incorporado nuevas circunstancias agravantes en la materia, según veremos. Por su parte, con la incorporación de la Ley "Karin", los procesos que versan sobre el acoso sexual en el trabajo, han sufrido cambios tendientes a brindar un escenario protector hacia las víctimas.

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un abordaje práctico del acoso y el abuso sexual en el trabajo, con la finalidad de servir como guía y marco conceptual para todos aquellos que se vean enfrentados a este tipo de situaciones utilizando las herramientas que el sistema legal prevé. Lo anterior implica no solo perseguir adecuadamente la conducta a través de la justicia sino también brindar una adecuada protección a la persona afectada, así como reestablecer una cultura organizacional que vele por los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Primeramente, realizaremos un abordaje teórico del acoso sexual y sus manifestaciones como tipos penales en el trabajo, que pueden abordar desde el abuso sexual a la violación. Para efectos del presente trabajo, se tratará específicamente el tipo penal del abuso sexual por sorpresa, además de abordar otras leyes que tienen influencia directa para el estatuto punitivo nacional que han sido recientemente promulgadas. Posteriormente, indicaremos cómo abordar desde lo práctico estas situaciones, desde la arista de la responsabilidad del empleador, considerando la nueva "Ley Karin". Por su parte, desde la arista penal se buscará otorgar un panorama general a partir de consideraciones, tanto conceptuales como jurisprudenciales, que configuran el delito. En este punto daremos ejemplos e indicaciones del uso de las herramientas legales, sobre todo desde el abordaje del tipo penal, e indicaremos cuál ha sido nuestra experiencia desde la aplicación práctica del mismo, utilizando un caso que resulta de interés para esta materia. Finalmente, ofreceremos una visión crítica indicando aspectos que creemos que aún deben mejorarse para lograr una mejor protección hacia la persona afectada, así como una efectiva sanción hacia la persona denunciada.

II. EL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

Sin dudas, el acoso sexual en el trabajo es un acontecimiento que genera diversos efectos para los involucrados, el establecimiento de salud, las personas trabajadoras e incluso respecto de usuarios. Sus efectos no se limitarán al daño que este produce a la persona afectada, ya que es una situación que obedece a estructuras de poder que, como sociedad, declaramos rechazar y que, sin embargo, siguen aún presentes. En este escenario, nuestro ordenamiento jurídico ha buscado sancionar a quienes cometen acoso sexual desde diversas aristas. En el mundo del trabajo, dichas sanciones pueden aparejar un despido, pero también sanciones menores. Muchas veces un acoso sexual no es solo un ilícito que se comete en contexto laboral, sino que se trata también de un delito propiamente tal y, siendo así, debe ser abordado desde ambas aristas, lo que en muchas ocasiones será responsabilidad del empleador.

Con la entrada en vigencia de la Ley Nº 21.643 conocida como "Karin", surgen diversas nuevas obligaciones que buscan prevenir la ocurrencia de hechos de acoso sexual, acoso laboral y violencia en el trabajo. Para efectos de este trabajo, nos centraremos en aquellas relativas a acoso sexual.

Antes de la Ley Karin nuestro ordenamiento jurídico ya reconocía la figura del acoso sexual y mandataba al empleador a contar con un procedimiento para perseguir la responsabilidad de quien fuera acusado por acoso sexual. Sin embargo, la nueva ley introduce obligaciones específicas que buscan no solo atacar directamente la problemática del acoso sexual, sino también prevenirlo, lo que resulta, sin dudas, un gran avance a nivel legal.

Es así como un importante elemento de la Ley Nº 21.643 será la prevención del acoso sexual y laboral, estableciéndose obligaciones específicas para el empleador, como lo es el contar con un protocolo que vele por detectar y tratar anticipadamente conductas que puedan desembocar en situaciones de acoso sexual, acoso laboral o violencia proveniente de terceros ajenos a la relación laboral, como lo son clientes, proveedores, pacientes, entre otros. Este protocolo de prevención debe ser elaborado por la institución en particular, ya que debe adaptarse a las necesidades específicas que tengan los y las trabajadoras en su quehacer diario. Debe ponerse a disposición de los trabajadores, por escrito. El referido protocolo debe identificar los riesgos a los que están expuestos los trabajadores y adoptar medidas para prevenir y controlar los referidos riesgos, con objetivos medibles, lo que, además, debe revisarse y mejorarse periódicamente. En el mismo sentido, el protocolo debe contener medidas para prevenir el acoso laboral, sexual y violencia en el trabajo, conforme a la naturaleza de los servicios

prestados. Es por ello, que, como se indicó, el protocolo debe ser hecho a la medida de la institución. Finalmente, en relación a los riesgos y la prevención del acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo, el protocolo debe contemplar las medidas para informar adecuadamente a los trabajadores los riesgos identificados y las medidas para prevenir y medidas de protección ante tales riesgos. Todo esto será de gran importancia para la nueva perspectiva para enfrentar situaciones de acoso laboral, acoso sexual y violencia en el trabajo, ya no desde una mirada únicamente reactiva sino identificando previamente las situaciones riesgosas que pudieran generar dichos escenarios, y tomando medidas para evitarlo, involucrando a los trabajadores y trabajadoras.

El acoso sexual es definido por el Código del Trabajo 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*"[283]. Es relevante que el acoso sexual no se limita a acercamientos físicos, sino que incluye cualquier acción que pueda representar una conducta sexual indebida, como son correos electrónicos, mensajes instantáneos, comentarios a través de plataformas de trabajo, entre otras[284][2] Considerando la forma de comunicación que puede realizarse hoy en día, no debemos dejar de lado en la consideración de esta conducta la comunicación realizada a través de fotografías, videos o incluso pictogramas o logogramas como los denominados *emojis*.

Vemos, entonces, que el acoso sexual puede cometerse por cualquier vía y de formas tan amplias como permita la interacción social. Resulta relevante para identificar esta conducta que la misma posea las siguientes características:

a) Carácter sexual: esto implica que esté referido a la corporalidad relativa al ámbito sexual, o directamente a la sexualidad, ya sea a través de gestos, bromas, tocamientos, solicitudes, amenazas, etc.

b) No consentida: en relación a este punto, es importante indicar que la falta de consentimiento no necesariamente se manifestará en una negativa. Puede expresarse también como una falta de consentimiento expreso de la conducta. En relación a ello el profesor José Luis Ugarte ha indicado que "el silencio o la pasividad por parte de la víctima no debe ser entendida

283 Artículo 2 del Código del Trabajo.

284 Dictámenes N° 1133/36 de 21/03/2005 y N° 2210/35 de 05/06/2009 de la Dirección del Trabajo.

como deseo o consentimiento para efectos de dar por descartado el acoso sexual, atendido el contexto de sujeción al poder que enfrentan las víctimas en el puesto de trabajo"[285].

c) Amenace o perjudique la situación laboral o las oportunidades de empleo: se ha entendido que la conducta reviste dicha característica cuando la persona sufre, o perjuicio laboral como, por ejemplo, no es ascendida a un puesto de trabajo por no consentir favores sexuales, o es amenazada de ser despedida de no aceptar dicho comportamiento. Sin embargo, esta característica no se limita a hechos tan evidentes, sino que también dicho perjuicio ha sido entendido por la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo como el daño que se sufre por la creación de un ambiente hostil y ofensivo que crea en sí la conducta de acoso sexual, por el mero hecho de presentarse[286].

d) La conducta puede haber sido realizada una única vez o de forma reiterada: este elemento (reiteración) era una importante diferencia que había entre el acoso sexual y laboral, en cuanto a requisitos para que se configurara. Esta diferencia fue eliminada por la Ley Karin, indicando que bastará una sola conducta para que se cometa acoso laboral. Respecto al acoso sexual no hubo modificación ya que en su inicio bastaba un solo hecho para su configuración.

e) La conducta debe ser realizada con ocasión del trabajo: esto no necesariamente implica que la conducta deba realizarse en las dependencias del empleador, puede ser una conducta que ocurra en otros espacios, pero siempre que su origen sea la relación laboral, por ejemplo, conferencias, eventos sociales del trabajo, viajes en contexto de trabajo, etc.

En cuanto a los bienes jurídicos que afecta esta conducta, se ha indicado que se trata de una conducta pluriofensiva, afectándose bienes tales como la honra, la intimidad, la no discriminación, y, por supuesto, la vida, la integridad física y psíquica[287].

---

285 Walker Echenique, Elisa; Sarmiento Ramírez, Claudia; García Machmar, William; Lagos Tschorne, Catalina. *Acoso sexual, acoso moral y discriminación*, p. 40.

286 Dictámenes N° 1133/36 de 21/03/2005 y N° 2210/35 de 05/06/2009 de la Dirección del Trabajo.

287 Dictamen N° 362/19 de 07/06/2024 de la Dirección del Trabajo.

Además, estas conductas pueden afectar la estabilidad laboral e inclusive factores como la productividad de los implicados, pudiendo incluso presentarse ausentismo laboral, licencias médicas, entre otras circunstancias que afectarán al establecimiento de salud, más allá de la víctima.

Finalmente, estas conductas pueden afectar a testigos y terceros que perciban las conductas, generando un ambiente hostil e inseguro en el que trabajar.

III. ABORDAJE PRÁCTICO DEL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

Por mandato de la Ley Nº 21.643, todo empleador debe contar con un procedimiento de investigación y sanción del acoso laboral, acoso sexual y violencia en el trabajo. Dicho procedimiento, además, debe contemplar medidas de resguardo, destinadas a brindar protección a la persona trabajadora afectada por la conducta.

En caso de encontrarnos ante un establecimiento de salud del sector privado, debemos solicitar el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (RIOHS) que lo contendrá. En caso de que el establecimiento de salud no se encuentre obligado a contar con RIOHS, igualmente deberá tener un procedimiento de investigación y sanción contra el acoso sexual, el que debe cumplir con los lineamientos del Reglamento del Ministerio del Trabajo y Previsión Social[288], y basarse en principios básicos, que son: perspectiva de género, no discriminación, no revictimización, confidencialidad, imparcialidad, celeridad, razonabilidad, debido proceso y colaboración[289].

Por su parte, en el sector público, resulta relevante que la Ley Karin modificó las normas sobre los procedimientos sumarios e investigaciones sumarias, así como la obligación de contar con un protocolo de prevención de la violencia en el trabajo, el acoso laboral y sexual. La Contraloría General de la República ha dictado instrucciones a los organismos públicos para la implementación de la Ley Karin.

Pues bien, todo establecimiento de salud tiene la obligación de contar con un canal de denuncia a través del cual se puede realizar una denuncia por acoso

288 Ello, según indica el artículo 211-B de la Ley Nº 21.643. Dicho Reglamento, el Decreto Nº 21 fue dictado por el Ministerio del Trabajo el día 28/05/2024.

289 Artículo 2° del Decreto Nº 21 del 28/05/2024 del Ministerio del Trabajo.

sexual. Para ello, lo primero que debemos hacer ante una situación de acoso sexual es, a través de dicho canal, encausar nuestra denuncia. Normalmente esto se hará a través de un formulario tipo con que contará el establecimiento de salud. En cualquier caso, la denuncia puede hacerse ante la Inspección del trabajo respectiva, en el caso del sector privado. Tratándose del sector público, se debe recurrir a los protocolos internos y solo una vez activados dichos protocolos puede denunciarse en la Contraloría General de la República[290]. Sin embargo, en casos en que se encuentre denunciado o involucrado el jefe de servicio, altos directivos o alguno de los funcionarios que deban tramitar las denuncias, o cuando las denuncias involucran a más de un servicio, y, en general, cuando existan razones fundadas que desaconsejan presentar la denuncia ante el propio servicio, se podrá recurrir directamente ante la Contraloría General de la República[291].

Una vez realizada la denuncia, ya sea en el sector privado o en el sector público, el empleador tiene la obligación de disponer las medidas de resguardo que resulten necesarias para el caso en particular, algunas de estas medidas son: la separación de espacios físicos de trabajo, redistribución del tiempo de la jornada y proporcionar atención psicológica temprana a la persona afectada.

Resulta relevante para el sector público que la Ley Karin establece nuevas obligaciones en el ámbito de los sumarios administrativos e investigaciones sumarias, haciéndose cargo de un problema práctico que se generaba para las personas afectadas. Dichos procedimientos, en su inicio, se encuentran diseñados para sancionar a los funcionarios públicos ante falta a sus deberes funcionarios, y no como procedimientos para brindar protección a las personas afectadas por sus conductas, como puede ser el acoso sexual o laboral. Por ello, el rol de la persona denunciante y afectada se podía ver sumamente limitado en dichos procedimientos, al no estar regido originalmente por principios básicos, como la no revictimización. Como veremos, era habitual que en casos de acoso sexual se citara a las personas afectadas a un "careo" con su agresor, lo cual, sin dudas y a la luz de dichos principios, resulta en una solicitud inaceptable. Asimismo, era frecuente que se limitara el aporte de la prueba de la persona denunciante o no existiera consideración suficiente sobre la toma de medidas de resguardo.

290 Dictamen N° E350740, de 2023, de la Contraloría General de la República.

291 Resolución exenta Nº 922, de 2023 de la Contraloría General de la República.

El nuevo procedimiento hace aplicables las disposiciones del artículo 90-A del Estatuto Administrativo, lo cual sin dudas resulta en una protección al trabajo del funcionario que decide denunciar hechos de acoso sexual. En virtud de dicha protección, no podrá ser objeto de medidas disciplinarias, como suspensión o destitución, desde que presenta la denuncia y hasta que esta es rechazada, o hasta 90 días después de terminado el sumario; tampoco podrá ser trasladado de localidad o de la función que desempeñe, durante el mismo lapso de tiempo ni ser objeto de precalificación anual, si el denunciado fuese su superior jerárquico.

Todas estas medidas buscan evitar que dichos factores desincentiven la denuncia, o tornen el procedimiento en una situación aún más lesiva para la persona afectada. Es común escuchar de muchos funcionarios que tienen miedo de denunciar, dado que sienten que se encuentran en una posición de menor poder que el denunciado y que este puede influir de forma negativa, enmascarando dichas intenciones en medidas de protección para el denunciante, como sería que lo trasladen de lugar de trabajo, siendo perjudicado en lugar de resguardado.

Se agrega además que los procedimientos sumarios deberán respetar los principios de celeridad, confidencialidad, imparcialidad y perspectiva de género, lo que resulta en un gran avance, considerando que muchos procedimientos sumarios resultaban en una tardanza tal que hacían que el aforismo "*justicia que tarda no es justicia*" resonara en el denunciante como una realidad. Por su parte, el adicionar la perspectiva de género resulta en un gran beneficio para que los investigadores puedan resolver las denuncias con una mirada más objetiva, evitando caer en sesgos o estereotipos de género al momento de resolver. Además, implícitamente la perspectiva de género comprende la no victimización secundaria. La secretaría de género ha definido que utilizar la perspectiva de género al juzgar, en este caso, en procesos de investigación o sumarios, de la siguiente manera:

> "*la perspectiva de género es una herramienta metodológica de análisis, que permite a jueces y juezas, conocer y juzgar los casos a que se enfrentan, visibilizando las barreras que pueden dificultar el goce o ejercicio igualitario de determinados derechos a un determinado grupo (p.e. las mujeres víctimas de violencia) y ser capaces, en consecuencia, de interpretar y aplicar el derecho de una manera que no perpetúe esas discriminaciones y que respete el principio de igualdad a la luz de las normas nacionales e internacionales pertinentes. En concreto, juzgar con perspectiva de género nos permite analizar la aparente neutralidad de las normas*

jurídicas a fin de determinar su alcance discriminatorio y evaluar el impacto diferenciado en su aplicación de acuerdo a las características de las partes"[292].

Finalmente, respecto del sector público, resulta pertinente indicar que la Ley Nº 21.643 adiciona la potestad de la persona afectada de aportar antecedentes a la investigación, a conocer su contenido desde la formulación de cargos, a ser notificada e interponer recursos en contra de los actos administrativos, en los mismos términos que el inculpado. Estas facultades no se encontraban contempladas anteriormente, según explicamos. Por ello, resultaba del todo incierto qué se podría o no realizar en un procedimiento sumario cuando se representa a la víctima. En nuestra experiencia hemos tenido fiscales que ya aplicaban alguno de estos preceptos permitiendo, por ejemplo, aportar prueba. Sin embargo, en general siempre se aportaba en la misma denuncia, por lo incierto que resultaba poder tener alguna injerencia en el sumario posterior a ello. En muchas ocasiones, se cerraban procesos sin que la víctima fuera notificada, o no se le permitía tener acceso al contenido de la investigación, lo cual, de todas formas, se alineaba con la normativa.

En relación al procedimiento en el sector privado, debemos ceñirnos a lo que indique el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, el cual debe, en cualquier caso, cumplir con los estándares y lineamientos ya mencionados, permitiéndose siempre a la persona afectada el aportar prueba, realizar solicitudes de medidas de resguardo e impugnar la decisión final del proceso aportando nuevos antecedentes. Igualmente, para el cumplimiento del principio de celeridad, dicho procedimiento jamás debe superar los 30 días de extensión.

Al tratarse de procedimientos que afectan bienes jurídicos de relevancia y que además tienen una significación social y organizacional que debe ser repudiada, es que en el sector privado se contempla dentro de las sanciones el despido, según el artículo 160 del Código del Trabajo y, la destitución como medida disciplinaria en el sector público. Ello, sin perjuicio de otras sanciones que pudiera indicar el Reglamento Interno en el sector privado, o la aplicación de medidas disciplinarias diversas, como la multa o la censura, en el sector público.

---

292 Minuta "¿Qué significa juzgar con perspectiva de género?" de la Secretaría de género del Poder Judicial. Disponible en: https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/proyectos/Repositorio/Minuta_fallar_perspectiva_genero_final.pdf

IV. REVISIÓN LEGISLATIVA: NORMAS RELEVANTES EN MATERIA PENAL

En el escenario recién descrito tiene lugar la reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico un cuerpo normativo que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres en razón de su género, promulgado en junio de 2024, que establece en primer lugar que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, y define en su artículo 5° qué debemos entender por violencia de género, así prescribe que "Es violencia de género cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello".

La Ley en comento da cuenta de diversas formas de violencia de género, sin ser taxativa, entre las que se incluyen, la violencia física, comprendida como "*toda acción u omisión que vulnere, perturbe o amenace la integridad física, el derecho a la vida o la libertad personal de la mujer*"; además establece que por violencia psicológica se entenderá "*toda acción u omisión, cualquiera sea el medio empleado, que vulnere, perturbe o amenace la integridad psíquica, tales como tratos humillantes, vejatorios o degradantes, control o vigilancia de conductas, intimidación, coacción, sumisión, aislamiento, explotación o limitación de la libertad de acción, opinión o pensamiento*"; por otra parte define la violencia simbólica como "*toda comunicación o difusión de mensajes, textos, sonidos o imágenes en cualquier medio de comunicación o plataforma, cuyo objeto sea naturalizar estereotipos que afecten su dignidad, justificar o naturalizar relaciones de subordinación, desigualdad o discriminación contra la mujer que le produzcan afectación o menoscabo*".

Bajo este marco regulatorio se define la violencia sexual en los siguientes términos: "*toda conducta que vulnere, perturbe o amenace la libertad, integridad y autonomía sexual y reproductiva de la mujer; y su indemnidad en el caso de las niñas*", estableciendo así cuales son los bienes jurídicos amparados respecto de mujeres y niñas por esta legislación.

Otro de los aspectos relevantes de este cuerpo normativo es que modifica varias regulaciones atingentes a la materia, en el ámbito de este trabajo resulta relevante destacar que en materia penal impone una serie de deberes y obligaciones a los sujetos que intervienen en el proceso judicial en el tratamiento de este tipo de casos. Un ejemplo de lo anterior dice relación con la disposición contenida en el artículo 43, el cual dispone que en los procesos judiciales por delitos constitutivos de violencia de género no procederá la aplicación de la atenuante de "*obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación*".

En la misma línea de lo recién señalado se modifica una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, a saber, la de "*Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca*". Y se añade un nuevo numeral al mismo precepto que estipula la agravante de "*Cometer el delito en el marco de conductas activas constitutivas de violencia gineco-obstetricia, en su calidad de trabajadores de salud pública o privada, durante la atención de la gestación, preparto, parto, postparto y aborto, en las causales establecidas en la ley en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer*".

La regulación antes revisada no es la única que responde al propósito del legislador de atender las demandas de la ciudadanía relativas a la necesidad de erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, así es que en mayo de 2019 se modificó el Código Penal con el propósito de tipificar y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, la cual fue apoyada por parlamentarios de todos los sectores políticos.

En primer término, se establece que comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante. Esta ley no solo viene a modificar el articulado relativo a los delitos sexuales, sino que adicionalmente contempla nuevas figuras típicas.

Así se incorpora en el párrafo que trata sobre delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia una norma que sanciona las siguientes conductas:

- Al que en lugares públicos o de libre acceso público capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y sin su consentimiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.
- Al que difunda las imágenes, videos o registros audiovisuales, con pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de diez a veinte unidades tributarias mensuales.
- En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.

De igual manera se agrega en el ámbito de las faltas la sanción de conductas constitutivas de acoso sexual, que no constituyan otro delito o falta asociado a una pena más grave, estableciendo las siguientes:

- Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos, hipótesis en la que se impondrá una multa de una a tres unidades tributarias mensuales.
- Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.

Adicionalmente se modifica el artículo 366 del citado cuerpo normativo, que sanciona al que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de 14 años, en el sentido de disponer que se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio cuando el abuso consistente en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, figura típica no prevista anteriormente en la legislación, sobre esta última se continuará con una breve revisión jurisprudencial.

Si bien algunas conductas en el trabajo constituyen propia y únicamente acoso sexual laboral, el cual, como se indicó, no constituye necesariamente un delito, sí es susceptible de configurarlo bajo ciertas circunstancias. En muchos casos, varios de los ejemplos típicos que encontramos para definir el acoso sexual laboral, como son los roces o tocamientos corporales no consentidos por quien los recibe, constituirán además un delito que debe perseguirse y denunciarse. Ello no obsta la responsabilidad que adicionalmente tendrá el actor como denunciado por acoso sexual laboral, tratándose de dos dimensiones distintas que responden a contextos, sanciones y obligaciones diversas, por lo que perseguir ambas responsabilidades en ningún caso supondrá una vulneración al *non bis in ídem*.

V. CASO PRÁCTICO

Como indicamos, es posible que un caso de acoso sexual laboral sea, a su vez, constitutivo del delito de abuso sexual por sorpresa. Como Unidad de Género hemos recibido supuestos que presentan justamente dichas características. En particular nos referiremos al caso de una funcionaria que es acosada sexualmente por otro trabajador del establecimiento de salud en el que ella se desempeña. El hecho constituyó, a su vez, un abuso sexual por sorpresa, ya que el funcionario

–ahora destituido– de dicha institución incurrió en tocaciones no consentidas por la víctima.

En dicho escenario se activó inicialmente un procedimiento de investigación interna, en este caso se trató de un sumario administrativo. Si bien el establecimiento de salud contaba con un protocolo de prevención del acoso sexual, durante el proceso sumario se vislumbraron diversas situaciones que dieron cuenta de un actuar anacrónico de parte del fiscal que se encontraba a cargo de la investigación. Dentro de este actuar se encontraron actuaciones como:

a) citación a careo;

b) traslado de la funcionaria afectada como "medida de resguardo";

c) no entrega de información a la víctima;

d) ausencia de notificación a la víctima.

Pese a que la víctima se encontraba representada, existían buenos fundamentos para, por ejemplo, no entregarle información y excusarse de las notificaciones por lo que, si bien en estos contextos podíamos realizar solicitudes y formular peticiones fundándonos en principios como el debido proceso, es cierto que la normativa disponía el secreto sumario, el cual dejaba de serlo al momento de formulación de cargos solo para el afecto. En este sentido, es muy positivo el cambio que se produce actualmente que permite que la persona afectada pueda acceder a dicha información, lo que le permitirá aportar prueba, solicitar diligencias e interponer recursos, todo conforme al mérito de la carpeta de investigación del sumario.

Sobre la diligencia del "careo" podemos afirmar que este es un recurso que utilizan muchos fiscales mientras investigan y que puede traer muchos beneficios para el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, a la luz de los nuevos principios como lo es la perspectiva de género y la no victimización, dicha diligencia se torna poco recomendable, resultando mucho más adecuado citar a la víctima a aclarar únicamente puntos oscuros que puedan aparecer en su demanda. Enfrentarla a sus propios dichos y los del agresor en un contexto en que ambos se encuentran presentes, resulta violento. En el caso en particular, obviamente, la víctima de acoso sexual y abuso sexual por sorpresa se encontraba muy angustiada con esta citación, por lo que decidió no asistir. Ante ese escenario, se sugirió a la fiscal a cargo del sumario que citara a la víctima únicamente a aclarar puntos oscuros o dudosos, y sin la presencia del denunciado. Sin embargo, a esas alturas el procedimiento ya se encontraba cerrado, cuestión que no fue notificada a la víctima. Nuevamente, no existía dicha obligación legal.

Pese a la ausencia de dicha diligencia, en el procedimiento se contaba con prueba contundente, incluso existiendo un video de la situación, por lo que el mismo se cerró, determinándose la destitución del funcionario. El cual, además, fue puesto a disposición del Juzgado de Garantía de Quilpué por configurarse el delito de abuso sexual por sorpresa, como se indicará en el siguiente título.

VI. ABORDAJE PENAL DEL CASO: SENTENCIA CONDENATORIA

En el ámbito de las materias abordadas por la Unidad de Defensa de Género de FALMED es que nos ha correspondido asumir la representación en casos de violencia sexual ejercida primordialmente contra médicas a lo largo de todo el país, en particular se revisará lo fallado por un Tribunal de Garantía, donde se obtuvo una sentencia condenatoria por el delito de abuso sexual por sorpresa cometido en contra de una médica perteneciente a nuestra Fundación, decisión que fue confirmada en segunda instancia luego de la interposición de un recurso de nulidad por la defensa del condenado que fue rechazado por la Corte de Apelaciones respectiva en todas sus partes.

Los hechos que se tuvieron por acreditados durante el juicio son resumidamente los siguientes: encontrándose en funciones la víctima en su calidad de médico en un CESFAM se le solicita acudir al "botiquín" del centro de salud con el objeto de tomar medidas para implementar una serie de mejoras al espacio en compañía del condenado, funcionario administrativo que sería destituido a raíz de estos hechos, quien durante la ejecución de lo solicitado se ofrece a realizarle un masaje, frente a esto la víctima indica que ello no era necesario, no obstante, el sujeto da inicio de igual forma a dicha maniobra. Posteriormente sitúa su cuerpo sobre la médica, quien se encontraba sentada en una silla, procediendo a tocar sus mamas de manera sorpresiva y, por supuesto, no consentida. Todo esto fue grabado por cámaras de seguridad que se encontraban en el lugar, cuya ubicación era conocida por el agresor quien bloquea con su cuerpo la grabación de parte del hecho. Al momento de finalizar su acción, la afectada se pone de pie de forma inmediata cubriendo con sus manos la zona donde se realizaron las tocaciones para hacer abandono del lugar.

El sentenciado fue condenado a la pena corporal de 270 días de presidio menor en su grado mínimo, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del ilícito de abuso sexual de mayor de 14 por sorpresa, previsto y sancionado en el artículo 366 inciso 3°

del Código Penal, atribuyéndole participación en calidad de autor en grado de ejecución consumado. Atendido que cumplía con los requisitos legales para ello, se sustituye la pena impuesta por la de Remisión Condicional, quedando obligado a someterse a la observación y vigilancia de la autoridad de Gendarmería de Chile por el término de un año, debiendo cumplir con los requisitos impuestos en la sentencia.

Un primer punto relevante que resulta oportuno abordar se vincula a la incorporación de una norma que altera lo regulado previamente en materia de delitos sexuales, toda vez que introduce nuevos medios comisivos no establecidos en la regulación clásica de los tipos penales de violación, estupro y abuso sexual, en este sentido se crean como modalidades de ejecución la "sorpresa" y "cualquier otra maniobra" sin que medie el consentimiento de la víctima.

Otro aspecto significativo radica en que la penalidad asociada a este delito es inferior a aquella prevista para el resto de los abusos sexuales, lo que trae aparejado dos consecuencias, en primer lugar, que puede ser considerado como una figura residual respecto de las otras hipótesis de abuso y, en segundo término, que requiere una conducta de menor intensidad en relación a la afectación al bien jurídico y a los otros tipos penales establecidos en el mismo artículo.

Como recién se indicó, dentro de los elementos que diferencian la figura típica analizada de otros supuestos de abuso sexual propio, se encuentra la incorporación de dos modalidades de ejecución que constituyen una innovación en la materia, a saber, empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, atendida la novedad que supone la introducción de estos conceptos en nuestro ordenamiento resulta pertinente revisar cómo han sido entendidos por nuestros tribunales a la luz del fallo analizado y desde una perspectiva conceptual.

Un primer abordaje puede encontrarse en el sentido comunicativo cotidiano que se le asigna a la voz "sorpresa", así el diccionario de la Real Academia Española establece como sinónimos estupefacción, estupor, perplejidad, desconcierto o sobresalto, entre otros, ideas que coinciden con la aproximación doctrinal relativa al término, de allí que pueda entenderse en lenguaje jurídico en el contexto de este delito que la circunstancia alude a efectuar conductas de significancia sexual de forma imprevista e inesperada para la víctima, quien dadas dichas características se encuentra impedida de prevenir o reaccionar.

En términos similares a los recién expuestos lo plantea la jurisprudencia nacional, pudiendo citar al efecto lo sentenciado por el Juzgado de Garantía en el caso sujeto a análisis al manifestar en el fallo que "*se trató de una maniobra*

sorpresiva y súbita, por ello la conducta desplegada por el imputado transgredió los límites que la propia víctima otorgó en ese momento, una maniobra de carácter sorpresivo que en definitiva la persona afectada no pudo prever, por lo rápida de la maniobra, en que el imputado se acerca corporalmente más a la víctima, se coloca a su lado derecho, queda la afectada contra la muralla y es en esos instante en que el imputado aprovecha y realiza la tocación".

Respecto a la necesidad de que la conducta sea de aquellas que revisten connotación y relevancia sexual, en tanto se trata de un abuso sexual propio, puede entenderse que ello refiere a la circunstancia de ser socialmente idónea para incitar el instinto sexual de una persona. En relación a este requisito, el fallo en comento sostiene "*Que en este caso tenemos por un lado una conducta de relevancia y connotación sexual, dado que como ya se ha referido el imputado toca y aprieta una de las mamas en forma voluntaria y sin el consentimiento de la víctima, lo cual claramente es una conducta que transgrede los límites corporales permitidos de realizar durante un masaje*". Respecto de este mismo punto el Tribunal continúa su razonamiento en el siguiente sentido: "*Que además de lo que se ha señalado en forma precedente se desprende que los hechos realizados por el imputado tienen una significación de carácter sexual, por la zona tocada a la víctima*".

Es menester señalar que existen, a lo menos, tres posiciones doctrinales para determinar qué debe entenderse por actos de significación sexual en el contexto de esta norma, resultando al efecto pertinente tener en consideración el razonamiento ofrecido por la Corte de Apelaciones de Rancagua, en el contexto de un recurso de nulidad, al señalar:

> "*para configurarse el delito de abuso sexual por sorpresa del artículo 366 inciso tercero del Código Penal, es necesaria una conducta o acción de significación sexual y de relevancia en los términos del artículo 366 ter del mismo cuerpo legal. Por dicha razón, procede al análisis de "acto de significación sexual" a través de los parámetros usados por la doctrina nacional para corroborar si la conducta del requerido cumple los requisitos del tipo. En este sentido, la Corte identifica tres posiciones: la primera de ellas refiere al sector de la doctrina que recurre a parámetros objetivos, considerando aquellas acciones que tengan la aptitud de excitar el instinto sexual según los cánones vigentes en una sociedad determinada o que involucren los órganos genitales. En segundo término, hay quienes recurren a parámetros subjetivos, considerando el ánimo libidinoso o la finalidad del autor de involucrar a una persona en un contexto sexual. Y finalmente, se encuentra aquella postura que combina los elementos objetivos y subjetivos en donde el acto sexual es la conjugación entre el sexo y la intención del hechor para su satisfacción sexual*".

Sobre este punto puede señalarse que es posible apreciar en la doctrina nacional una tendencia que se inclina a la aceptación de un criterio objetivo como el señalado en primer lugar en el fallo recién citado.

Por otra parte, en lo que respecta a la falta de consentimiento, puede sostenerse que se desprende del carácter intempestivo del abuso, como recién se ha caracterizado la sorpresa, y atendida la imposibilidad de la víctima de reaccionar frente al ataque, que no puede existir una manifestación de voluntad equivalente al consentimiento, de igual manera es dable sostener que en todos los abusos sexuales se aprecia un grado de sorpresa que impide por cierto que concurra la voluntad de la víctima.

También resulta pertinente citar otros fallos para contextualizar el elemento analizado, así puede encontrarse un criterio interesante en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Temuco, que señala "*que el delito de abuso sexual por sorpresa implica el acometimiento de acciones a través de actos imprevistos, inesperados o sorpresivos que impiden a la víctima oponerse justamente por lo impensado del ataque*".

En cuanto al medio comisivo descrito como "*otra maniobra*", puede señalarse que la RAE define maniobra en su segunda acepción como "*acción encaminada a un fin*", el cual podría corresponder en este contexto a la realización de conductas con significación y relevancia sexual por parte del autor. Para la doctrina nacional, esta forma de ejecución debe entenderse en términos equivalentes a la sorpresa.

En relación al bien jurídico protegido, este puede encontrarse en la libertad sexual, comprendida en una doble dimensión, como el derecho a excluir a terceros de la esfera sexual individual sin que medie consentimiento expreso para la intromisión, pudiendo también ser entendido como el derecho a que no se involucre a una persona en un contexto sexual que genere un daño físico, psíquico o emocional, y también como la posibilidad de ejercer la sexualidad en los términos que cada uno se plantee con el límite del respeto a terceros. En la sentencia condenatoria que se analiza, el Tribunal determina que el bien jurídico afectado corresponde a la indemnidad sexual en los siguientes términos: "*Es una transgresión a la esfera de la sexualidad y en definitiva me parece que la conducta desplegada por el imputado transgredió los límites que la propia víctima otorgó en ese momento y justamente creo que acá hay una maniobra de carácter sorpresivo que en definitiva la persona afectada no pudo prever y que efectivamente desde el punto de vista de la persona podemos entender es una maniobra relevante, que afecta la indemnidad sexual*". No obstante lo sentenciado por el Tribunal, es necesario hacer presente que la

doctrina considera que en el caso de mayores de edad el bien jurídico protegido corresponde a la libertad sexual quedando reservada la indemnidad para casos que involucran menores.

Un aspecto importante en la línea de lo recién dicho dice relación con el detrimento o daño psíquico y emocional que puede experimentar la víctima a causa del hecho, en el caso sujeto a análisis el Tribunal valoró especialmente la importante afectación psicológica que el abuso sexual por sorpresa causó en la médica, al efecto la sentenciadora describe en su razonamiento que *"es una víctima con una tremenda afectación emocional producto de estos hechos, respecto a los cuales tampoco uno observa una motivación o una ganancia con esta denuncia"*, luego el Tribunal indica que "*la victima dio cuenta de un gran daño emocional, que no solo se debió cambiar de trabajo sino también estar con terapia psicológica y psiquiátrica y bajo licencia médica en un primer periodo*". Para continuar señalando que "*hay un daño emocional, que esta magistrada pudo apreciar por sus sentidos, y que es consistente con que ella pidió un traslado, para evitar la burla y el cuestionamiento de otras personas, pues estaba insegura de que le creyeran y ha preferido estar en un trabajo de menor categoría desde la fecha de ocurrencia de los hechos*". Sin perjuicio del valor que le atribuye a esta circunstancia el fallo, es menester señalar que la afectación psíquica o emocional si bien supone una consecuencia esperable del hecho no constituye un requisito dentro de los elementos del tipo, especialmente desde la perspectiva de la necesidad de apartarse de consideraciones sobre qué debería experimentar una mujer para ser considerada una "víctima ideal", esto porque todas las personas son distintas y reaccionan de forma diversa ante eventos traumáticos, además tampoco es necesario que concurra un elemento subjetivo en el autor como el ánimo lascivo.

VI. CONCLUSIONES

Si bien es cierto se ha avanzado en la materia queda un largo camino por recorrer, el cual debiera orientarse al establecimiento de normas en materia, laboral y administrativa en un enfoque preventivo, antes de recurrir al estatuto punitivo, considerando que no puede olvidarse que este tiene el carácter de *ultima ratio* al imponer las sanciones más gravosas previstas en nuestro sistema, como las penas corporales, resultando absolutamente indeseable caer en un populismo penal. Sin embargo, únicamente castigar una conducta no necesariamente se traduce en que esta deje de ocurrir, de allí que resulte indispensable establecer medidas de prevención y educación que concienticen a nuestra sociedad sobre la materia.

Desde una perspectiva crítica puede señalarse que la Ley Nº 21.153 es perfectible sin duda, dado que introduce una serie de conceptos en el delito de abuso sexual por sorpresa que resultan demasiado amplios y deben ser dotados de contenido por la doctrina y jurisprudencia, lo que puede abrir un peligroso espacio a la interpretación, dando cuenta de un déficit en la técnica legislativa. Adicionalmente puede considerarse que las conductas que busca sancionar la norma podrían estimarse subsumibles a los tipos penales ya existentes con anterioridad a su promulgación en el ámbito de los delitos sexuales.

Por último, y más allá de las modificaciones legislativas, y reconociendo el avance logrado, puede señalarse que los diversos actores sociales, independiente de la corriente a la que pertenezcan, han demostrado un trascendental compromiso con los derechos de los trabajadores, manifestándose la necesidad de crear un contexto en los que los mismos puedan desarrollar su trabajo en un ambiente seguro. Este compromiso debe ser adquirido por todos no solo desde la perspectiva sancionadora, sino que, orientándose a la prevención, educación y concientización de la sociedad en su conjunto, donde, como se indicó, cada uno de nosotros juega un rol fundamental.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Normas

- Ley Nº 21.153: modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos.
- Historia de la Ley Nº 21.153, Tipifica el delito de acoso sexual en público.
- Código Penal de la República de Chile.
- Código del Trabajo.
- Estatuto Administrativo.
- Ley Nº 21.643: Modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo.
- Dictamen Nº 362/19 de 07/06/2024 de la Dirección del Trabajo.
- Dictamen Nº 1133/36 de 21/03/2005 de la Dirección del Trabajo.
- Dictamen Nº 2210/35 de 05/06/2009 de la Dirección del Trabajo.
- Decreto Nº 21 fue dictado por el Ministerio del Trabajo: Reglamento de la Ley 21.643.
- Nº E516610 / 2024 de Contraloría General de la República.
- Resolución exenta Nº 922, de 2023 de la Contraloría General de la República.

Literatura

- Karime Parodi Ambel, *Abordando los sesgos contra las mujeres víctimas de delitos sexuales en el Poder Judicial chileno: un estudio de caso*, http://orcid.org/0000-0002-5730-5011, Universidad de California - Estados Unidos, karimeparodi@ucla.edu.
- Mayer Lux, L., & Vera Vega, J. (2023). *Límites del abuso sexual por sorpresa como tipo penal residual*. Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso, 60(1). https://doi.org/10.4151/S0718-68512023001-1395
- Bell Santos Mariana, *La falta de consentimiento como elemento de ilicitud en el derecho penal sexual*, Revista de Ciencias Penales 127, Sexta Época, Vol. XLVIII, Número 2 (2022), pp. 125-138.

– Escobar Veas, Javier. *Abuso sexual cometido en un centro médico: Sobre los contornos de la circunstancia comisiva de "incapacidad para oponerse" y su relación con el delito de abuso sexual por sorpresa*, Revista de Ciencias Penales Sexta Época, Vol. XLVIII, Número 2 (2023), pp. 171-194.

– Palavecino Cáceres, Claudio. *El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno.*

– Ugarte, José Luis. *Informe en Derecho: Acoso sexual y sexista en el trabajo: revisión desde la doctrina y la jurisprudencia* en Revista de Derecho Vol. XIX- Nº 1 de julio de 2006, pp. 105-123.

– Walker Echenique, Elisa; Sarmiento Ramírez, Claudia; García Machmar, William; Lagos Tschorne, Catalina. *"Acoso sexual, acoso moral y discriminación".*

– Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. *Informe V: Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo.*

Jurisprudencia

– Tribunal de Garantía de Quilpué, 27.04.2024, en causa RIT 804-2023.

– Corte de Apelaciones de Temuco, 9.06.2021, rol Nº 481-2021, considerando 7°.

– Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, 13.02.2020, Rit 152-2019, considerando 12º.

– Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol: 1895-2021, de 13 de diciembre de 2021.

Protección a la maternidad, paternidad y familia

Abogada Dominique Abarca Calquín[293]
Abogada Mónica Madariaga Suárez[294]
Dra. Anamaría Arriagada Urzúa[295]

I. INTRODUCCIÓN.

El siguiente apartado tiene dos principales objetivos; en primer lugar, analizaremos los cambios y modificaciones experimentados en la normativa nacional relativos a los derechos de la maternidad, y que son plenamente aplicables a nuestras médicas; y, seguidamente, desarrollaremos diversos derechos del padre trabajador, a fin de que estos puedan ejercer debida e informadamente un rol de corresponsabilidad en el cuidado de sus hijos e hijas.

En ese sentido, es necesario destacar la labor educativa que realiza la Fundación de Asistencia Legal Médica en miras de la prevención de la judicialización de la medicina, lo cual aplica de igual forma a las médicas y médicos en

293 Área práctica: Unidad de Defensa de Género. Abogada Universidad de Chile. Diplomada en Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Diplomada en Género, Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Chile. Diplomada en Derecho Laboral Colectivo, Universidad Diego Portales. Curso Introducción a las teorías feministas, Universidad de Chile. Curso Afrontar y Combatir la Violencia de Género, Amnistía Internacional. Curso Escuela de Formación de Formadores/as en Derechos Humanos, Universidad de Chile. dabarca@falmed.cl

294 Área práctica: Unidad de Defensa de Género. Abogada Universidad Adolfo Ibáñez, Diplomada en Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Curso Afrontar y Combatir la Violencia de Género, Amnistía Internacional. Curso Género y Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Curso Estatuto Administrativo, Thomson Reuters. Curso Introducción a las teorías feministas, Universidad de Chile. mmadariaga@falmed.cl

295 Médica internista, de la Universidad de Chile. Magíster en bioética, Univ. del Desarrollo. Presidenta del Colegio Médico de Chile. Profesora asistente, Facultad de medicina U. de Chile, y miembro del departamento de bioética y humanidades médicas. Coordinadora de trasplantes del Hospital del Salvador, Santiago.

su dimensión de trabajadores o funcionarios públicos. Por lo mismo, es importante realizar un estudio acabado de los derechos que protegen este capítulo, a fin de que sean conocidos, tanto en su dimensión normativa como práctica. Esto último, considerando las jornadas y circunstancias especiales presentes en la profesión médica.

Respecto del fundamento de la protección a la maternidad, paternidad y familia, la Constitución Política de la República dispone en su artículo primero que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad", siendo deber del Estado darle protección y fomentar su fortalecimiento.

Sin embargo, los cuidados históricamente han estado asociados exclusivamente a las madres, claro ejemplo de ello es que el Código del Trabajo, en su formato original, no contemplaba derechos para el padre trabajador respecto a los cuidados de niños y niñas. Por tanto, los cambios que ha experimentado el derecho laboral en esta materia de maternidad, son relativamente recientes.

En este orden de ideas, ha sido necesario implementar modificaciones no solo en torno a la protección de la maternidad, sino que también, en relación a la forma de ejercer la paternidad y desarrollar la vida familiar. Estas innovaciones se sostienen en el eje central de la corresponsabilidad social, la cual apunta a un sistema integral de los cuidados, de forma tal que, hoy por hoy, resulta vital hacer compatible el trabajo con la vida personal y familiar, todo lo cual se ha ido materializando en el reconocimiento de las y los trabajadores para gozar de permisos relacionados con la familia.

Ahora bien, en el libro *Derecho Médico* Tomo II, ya se señaló que "*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 o 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*".

En esta línea, creemos relevante reiterar que, en relación a los derechos de protección a la maternidad contenidos y regulados en el Libro II Título II del Código del Trabajo, titulado "De la protección a la maternidad, paternidad y la vida familiar", son aplicables tanto a trabajadores del sector privado como del sector público. Por consecuencia, las normas de maternidad son aplicables a las y los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo Ley Nº 18.834, 19.738 de APC y 18.883, Ley Nº 15.076 estatuto para médicos cirujanos,

farmacéuticos o químicos-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas y la Ley Nº 19.664 que establece normas especiales para profesionales funcionarios de los Servicios de Salud y modifica la Ley Nº 15.076. Lo anterior, en virtud de la remisión expresa que hace la Ley Nº 18.834 y la Ley Nº 18.883 al Código del Trabajo y, asimismo, por la aplicación supletoria de la Ley Nº 18.834 a las Leyes Nº 19.664 y Nº 15.076.

Por lo anterior, intentaremos acercar a nuestros médicos y médicas a una actualización acabada respecto de los derechos de maternidad y paternidad, de manera que les pueda ser de utilidad al momento de su planificación familiar y en el ejercicio de cargos directivos o de responsabilidad.

I. DERECHOS DE LA MATERNIDAD

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, con el objeto de proteger tanto a los hijos e hijas como a las madres y padres. Esto en miras al interés superior del niño o niña, lo cual está presente no solo en diversos cuerpos normativos, sino en tratados internacionales a los que nos referiremos en este artículo. Es este el principio rector que obliga al empleador a adoptar todas las medidas necesarias para proteger la maternidad, paternidad y la vida familiar, y que en muchas oportunidades es fundamental para guiar las decisiones tomadas por la jurisprudencia administrativa[296].

LICENCIAS DE MATERNIDAD

Si bien este derecho fue tratado acabadamente en el tomo II del libro de *Derecho Médico* y no han existido modificaciones legales sustanciales, es necesario hacer un tratamiento exhaustivo del mismo en cuanto a los derechos de maternidad se refiere y sus implicancias prácticas para las médicas.

Estos derechos corresponden a un descanso de las madres y padres trabajadores, según corresponda, que conlleva un subsidio a fin de reemplazar la

296 Adicionalmente, el artículo 194 del Código del Trabajo prescribe que el Título "*De la protección a la maternidad y la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*" en el cual se encuentran estas normas, se regirá por los siguientes principios: parentalidad positiva; corresponsabilidad social; protección a la maternidad y la paternidad, promoviendo la igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los hombres, buscando preservar tanto la salud y bienestar de los niños y niñas, como el de sus progenitores y progenitoras.

remuneración durante el tiempo de reposo[297]. Así, el concepto de licencia de maternidad puede definirse como el derecho que tiene una trabajadora de ausentarse a sus labores y acceder al subsidio por incapacidad laboral.

Antes de mencionar los distintos tipos de descansos de maternidad, es importante señalar que es un derecho irrenunciable, lo cual implica que el trabajo de la mujer que se encuentre gozando de estos descansos queda estrictamente prohibido[298]. El incumplimiento de esta prohibición tiene como una de sus consecuencias, la pérdida del subsidio[299]. Existen excepciones a esta prohibición relativas al traspaso de este derecho y a la reincorporación a jornada parcial, que trataremos en cada descanso correspondiente.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa se ha referido en reiteradas ocasiones sobre las consecuencias de realizar cualquier tipo de trabajo, remunerado o no, haciendo uso de licencia médica[300], que consiste en, como mencionamos anteriormente, el rechazo del subsidio[301].

Adicionalmente, es necesario mencionar que, de acuerdo con la interpretación de la Superintendencia de Seguridad Social, en los casos en que se ha emitido boletas de honorarios electrónicas durante el periodo de reposo, si esta actividad no se realizó durante el descanso, no se incumple con la prohibición

---

297 Artículo 198 del Código del Trabajo: "*La mujer que se encuentre en el período de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, de descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196, como también los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental, recibirán un subsidio calculado conforme a lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley Nº 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y en el artículo 197 bis*".

298 Artículo 195 inciso quinto del Código del Trabajo: "*Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas*". En el mismo sentido, el artículo 55 del Decreto Supremo Nº 3 de 1984 emitido por el Ministerio de Salud prescribe: "*Corresponderá el rechazo o invalidación de la licencia médica ya concedida, en su caso, sin perjuicio de la denuncia de los hechos a la Justicia Ordinaria si procediere, cuando el trabajador incurra en alguna de las siguientes infracciones:*

b) La realización de trabajos remunerados o no durante el período de reposo dispuesto en la licencia".

299 Artículo 55 inciso final del Decreto Supremo Nº 3 de 1984 emitido por el Ministerio de Salud: "*En estos casos el trabajador deberá devolver la remuneración o subsidios indebidamente percibidos para lo cual la entidad pagadora del subsidio lo comunicará al empleador para los fines estatutarios o laborales a que haya lugar*".

300 Dictamen Nº 7172 1993. Superintendencia de Seguridad Social.

301 Circular Nº 3646 de 2021. Superintendencia de Seguridad Social

de trabajar en el período en dicho período[302]. Si bien esta interpretación parece ser evidente, en la práctica pueden producirse problemas debido a la fecha de emisión de la boleta de honorarios.

En cuanto a los tipos de descansos o licencias maternales, estas se encuentran regulada en los artículos 195 y siguientes del Código del Trabajo, y consisten en los siguientes:

a. Descanso prenatal o licencia prenatal: regulado en el artículo 195 del código en comento, que señala que "*las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto*".

   Por lo tanto, este es un descanso que otorga la ley a las embarazadas que consiste en seis semanas o 42 días anteriores a la fecha probable del parto. En el caso de que el nacimiento se adelante, termina el prenatal e inicia de inmediato el postnatal.

   De acuerdo con el artículo 196 inciso segundo del mismo cuerpo legal, si el parto se produce después de la fecha indicada, se prorroga el prenatal hasta la fecha de parto. El mismo artículo en su inciso primero regula la licencia de prenatal suplementario, el cual se otorga en caso de alguna enfermedad durante el embarazo.

b. Descanso postnatal o licencia postnatal: el mismo artículo 195 lo regula, por lo que este es un descanso que otorga la ley que abarca un período de 12 semanas u 84 días.

   Si, producto del alumbramiento, la trabajadora sufre una enfermedad comprobada a través de certificado médico, se extiende el post natal. Esto, de acuerdo con el artículo 196 inciso tercero del Código del Trabajo.

   En caso en que el nacimiento se produzca antes de iniciada la semana número 33 de gestación, o si el niño al nacer pesa menos de 1.500 gramos, el artículo 196 inciso cuarto establece que el descanso será de 18 semanas.

   Respecto de los partos múltiples, el artículo 196 inciso cuarto señala que el postnatal se aumenta en siete días corridos por cada niño nacido, a partir del segundo.

302 Dictamen N° 113.092 de 2024. Superintendencia de Seguridad Social.

El inciso siguiente resuelve la disyuntiva en caso de un parto prematuro que a la vez sea múltiple, prefiriéndose la alternativa que más beneficie a la trabajadora en cuanto a días de descanso.

Por último, es necesario mencionar que, en caso de que ocurra la pérdida del hijo o hija, o no habiendo nacido con vida, de acuerdo con la redacción del artículo 195, el descanso postnatal surge con el parto, por lo que de cualquier manera se tiene derecho al postnatal.

DERECHO DE SALA CUNA Y DERECHO DE ALIMENTACIÓN

Si bien estos derechos también fueron tratados acabadamente en el tomo II del libro de *Derecho Médico*, es necesario nombrarlo someramente para mencionar los cambios y modificaciones que se han producido de estos derechos. Además, en la segunda parte se hará mención de estos derechos en caso en que lo ejerza el padre.

De acuerdo con el artículo 203 del Código del Trabajo, este es un derecho irrenunciable que corresponde a las trabajadoras cuyo empleador tiene 20 o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil.

Esto se traduce en una obligación para el empleador que, de acuerdo con el mismo artículo, puede cumplirse creando y manteniendo salas independientes y anexas al lugar de trabajo; construyendo o habilitando y manteniendo servicios de sala cuna con otros establecimientos de la misma área geográfica; o pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento que él mismo designe.

El mismo artículo establece además que corresponde al empleador pagar el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso en caso en que la sala cuna se encuentre fuera del recinto de trabajo.

En cuanto al derecho a alimentación, este se encuentra regulado en el artículo 206 del Código del Trabajo. Corresponde a, al menos, una hora al día para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Son tres las modalidades en que puede ejercerse este derecho:

a) en cualquier momento dentro de la jornada de trabajo;

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.

Además señala que, para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado.

La jurisprudencia administrativa ha desarrollado este derecho en extenso, en relación con situaciones particulares que afectan a las médicas trabajadoras del sector público, como lo son el caso de la acumulación y las jornadas diferentes a la ordinaria.

En primer lugar, es necesario reiterar que la ley establece la irrenunciabilidad de este derecho y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, independiente de si corresponde o no en su caso el derecho a sala cuna.

Al respecto, la Contraloría General de la República, órgano competente en materias relativas a los trabajadores del sector público, ha señalado en múltiples ocasiones que, atendiendo la irrenunciabilidad de este derecho, no corresponde acumular las horas de este permiso para ejercerlas de manera posterior a la jornada (por ejemplo, utilizarlas como días libres) ya que ello implica desnaturalizar este derecho[303]. Excepcionalmente, se permite la acumulación de las horas de lactancia, como en el caso en que la distancia entre el lugar de trabajo y el lugar en que se encuentre el lactante haga materialmente imposible el ejercicio de este derecho[304].

En cuanto a las jornadas mencionadas anteriormente, nos referiremos a los casos más consultados por nuestras afiliadas que trabajan en el sector público, las cuales son: las jornadas de más de 24 horas, de 12 horas, y jornadas parciales.

En primer lugar, respecto de la jornada laboral de más 24 horas, la Contraloría General de la República ha señalado que, en el caso de médicas con estas jornadas, corresponde que se otorgue una hora de lactancia por cada ocho horas de jornada realizadas por la servidora pública[305].

Con este mismo criterio proporcional se ha pronunciado el órgano contralor respecto de las jornadas de 12 horas, señalando que las funcionarias que se desempeñan en estos turnos tendrán derecho a una hora y treinta minutos para ejercer el derecho de alimentación[306].

---

303 Dictamen Nº 37.691 de 2008. Contraloría General de la República.

304 Dictamen Nº E251607 de 2022. Contraloría General de la República.

305 Dictamen Nº E121618 de 2021. Contraloría General de la República.

306 Dictamen Nº E184301, 2022. Contraloría general de la República.

Ahora bien, respecto a este criterio aplicado en los casos anteriores, debemos señalar que este criterio en ningún caso se traduce en una reducción proporcional de este derecho en las jornadas de trabajo parciales. Esto, porque, la ley establece que es una hora mínimo por ley[307]. En ese sentido se ha referido de igual forma el ente contralor[308].

TRABAJO NOCTURNO Y EMBARAZO

En concordancia con el objetivo y principios contenidos en los derechos de maternidad, el artículo 202 del Código del Trabajo prohíbe las actividades peligrosas para la madre, obligando al traslado de estas labores a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado, sin detrimento de sus remuneraciones. Dentro de estos trabajos prohibidos, se encuentra el trabajo nocturno.

Existen distintas definiciones de trabajo nocturno, según el trabajador o funcionario se desempeñe en el sector privado o público.

En el sector privado, el Código del Trabajo lo define en el artículo 18, que prohíbe el trabajo nocturno a los menores de 18 años, considerando trabajo nocturno el que se realiza entre las 22 y las siete horas. Si bien este artículo no se encuentra en el título que contiene los derechos maternales, se puede interpretar analógicamente su extensividad a la prohibición a la que nos hemos referido. En ese sentido se ha referido la Dirección del Trabajo[309].

En el sector público, en cambio, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo, se considera trabajo nocturno el que se realiza entre las 21 horas de un día y las siete horas del día siguiente.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial de este derecho en el sector público, en cuanto a la compatibilidad con otras actividades que se realizaban antes del embarazo, la jefatura debe tomar en consideración estas actividades de manera tal que no interfiera con estas[310].

Por último, es necesario mencionar los impedimentos prácticos de esta redistribución en el sector público, que afecta a las funcionarias con jornadas de 22 y 28 horas, regidas por las Leyes Nº 19.664 y Nº 15.076 respectivamente. Como

307 Al utilizar la expresión "a lo menos".

308 Dictamen Nº 56.042, 2004. Contraloría General de la República.

309 Dictamen 1739/68 de 1996. Dirección del Trabajo.

310 Dictamen Nº 55.460 de 2015. Contraloría General de la República.

sabemos, la contrata de 28 horas corresponde a turnos nocturnos. Al existir una prohibición del trabajo nocturno, la autoridad está obligada a modificar dicha jornada sin excepción alguna, lo que implica que, en la práctica, deban realizar jornadas de 50 horas semanales.

Esto resulta perjudicial para el estado de salud de la mujer embarazada, puesto que existen estudios que han demostrado que trabajar más de 40 horas a la semana implicará para la mujer embarazada un aumento en el riesgo de parto prematuro[311], por lo que resulta evidente que una jornada de 50 horas en total implica una situación de riesgo para el embarazo.

A pesar de que se han hecho varias gestiones ante la autoridad ministerial y Contraloría, desde Unidad de Género de Falmed y nuestros Departamentos de Género, no ha existido ningún avance legislativo ni jurisprudencial respecto de esta problemática, por lo que seguiremos insistiendo fuertemente para lograr los cambios que aseguren el trabajo digno para nuestras médicas embarazadas.

II. DERECHOS DE LA PATERNIDAD

Como mencionamos en un inicio, han existido modificaciones recientes en nuestra historia legislativa en cuanto al cambio de los roles sociales, otorgando derechos para el padre trabajador. En ese sentido, han existido tanto extensión de ciertos derechos al padre trabajador, como permisos exclusivos para este.

DERECHO DE SALA CUNA Y DERECHO DE ALIMENTACIÓN

Ambos derechos ya han sido tratados a cabalidad en el Tomo II del libro *Derecho Médico*, por lo tanto, en esta ocasión, solo ahondaremos en cómo dichos beneficios pueden ser ejercidos por los padres.

El derecho de sala cuna se encuentra regulado en el artículo 203 del Código del Trabajo, y, es la Ley N° 20.399[312] la que viene a hacer extensible el derecho a sala cuna al trabajador. Esta ley agregó los incisos 8° y 9° al artículo 203 en comento, disponiendo que, en caso que la madre fallezca, el padre trabajador podrá ejercer el derecho de sala cuna, siempre que:

---

311 Cai, Chenxi; Vandermeer, Ben; Khurana, Rshmi; Nerenberg, Kara; Featherston, Robin; Sebastianski, Meghan; Davenport, Margie H, *The impact of occupational shift work and working hours during pregnancy on health outcomes: a systematic review and meta-analysis.*

312 Publicada el 23 de noviembre de 2009.

1. Este beneficio sea exigible para su propio empleador, es decir, cuente efectivamente con sala cuna.
2. El hijo o hija sea menor de dos años.
3. No haya sido privado del cuidado personal de su hijo o hija por sentencia judicial.

En cuanto al derecho de alimentación, el inciso 6º del artículo 206, dispone que, cuando el padre y la madre sean trabajadores, podrán acordar en conjunto que sea el padre el que ejerza este derecho. Esta decisión, o cualquier modificación que se le realice, deberá ser informada mediante un escrito firmado por ambos padres a sus respectivos empleadores, con a lo menos, 30 días de anticipación. Asimismo, el escrito deberá ser notificado a la Inspección del Trabajo correspondiente.

Por último, el artículo 206 señala que, en ciertos casos, podrá igualmente el padre trabajador ejercer este derecho. A saber: cuando tuviere la tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada; cuando se le haya otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal del menor o como medida de protección; y cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él.

BENEFICIO DE POSTNATAL PARENTAL

El 17 de octubre de 2011 es publicada la Ley Nº 20.545, la cual modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental.

Este permiso comienza a regir al término de los tres meses del permiso de post natal maternal, o, desde el nacimiento del hijo, y su principal innovación, es que puede ser traspasado al padre trabajador.

En términos generales, el postnatal parental puede ser ejercido por la madre por 12 semanas con un descanso a jornada completa, con el pago total del subsidio; o, por 18 semanas, retornando a sus funciones por media jornada. En esta última hipótesis, el subsidio será otorgado por la mitad del monto[313].

313 El artículo 197 bis del Código del Trabajo señala en su inciso primero que, la base de cálculo para el pago del subsidio del beneficio post natal parental debe ser el mismo que se ha utilizado para el postnatal. En esta misma línea, el articulado en comento, precisa en su inciso octavo que el subsidio derivado del permiso postnatal parental se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía del Decreto con Fuerza de Ley Nº 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1982

Pero ¿cuándo el beneficio de post natal parental puede ser ejercido por el padre?

a) Cuando la madre decide tomar 12 semanas a jornada completa, puede traspasar un máximo de seis semanas al padre, quien lo podrá ejercer únicamente en las últimas semanas del permiso y en las mismas condiciones que la madre, es decir, en jornada completa.

S.1	S.2	S.3	S.4	S.5	S.6	S.7	S.8	S.9	S.10	S.11	S.12
						P	P	P	P	P	P

b) Si la madre decide tomar 18 semanas a media jornada, solo podrá traspasar al padre un máximo de 12 semanas, quien lo deberá ejercer igualmente en media jornada, y solo en las últimas semanas del permiso.

S.1	S.2	S.3	S.4	S.5	S.6	S.7	S.8	S.9	S.10	S.11	S.12	S.13	S.14	S.15	S.16	S.17	S.18
						P	P	P	P	P	P	P	P	P	P	P	P

A modo de resumen, podemos señalar que, el beneficio post natal parental para el padre tiene las siguientes características:

1. Se encuentra sujeto a la elección de la madre.
2. Se puede ejercer solo a partir de la séptima semana y por la cantidad de semanas que la madre decida.
3. El subsidio se calculará en base a la remuneración del padre.
4. Gozará de fuero laboral por un periodo equivalente al doble de la duración del permiso postnatal parental que efectivamente ejerció, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero no podrá exceder de tres meses.
5. Si el padre es privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor, perderá el derecho a subsidio y fuero antes señalados.

Ahora bien, para ejercer el derecho de postnatal parental, la madre deberá dar aviso a su empleador por carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo, con a lo menos 30 días de anticipación al término del periodo de postnatal. De no cumplir las condiciones anteriormente señaladas, la madre trabajadora se verá obligada a ejercer su permiso postnatal parental bajo la modalidad de jornada completa.

Cabe precisar que, si bien la madre trabajadora es quien decide traspasar parte del permiso post natal parental al padre, es este último quien deberá dar

aviso a su empleador y al empleador de la madre, cumpliendo los siguientes requisitos copulativos:

i. por medio de una carta certificada;

ii. con a lo menos diez días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso;

iii. con copia a la Inspección del Trabajo.

La regla general es que, notificado el empleador, este se encuentra en la obligación de reincorporar a la trabajadora a sus funciones bajo la modalidad en que esta le haya informado, salvo que, por la naturaleza de sus funciones y las condiciones en que deba desempeñarlas, solo puedan ser desarrolladas ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes de su permiso prenatal. Así, la negativa del empleador de reincorporar a la trabajadora parcialmente, deberá ser fundamentada e informada a la misma dentro de los tres días de recibida su comunicación, mediante carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo en el mismo acto. Por su parte, la trabajadora podrá igualmente reclamar la negativa del empleador ante la Inspección del Trabajo dentro de tres días hábiles contados desde que tome conocimiento de la comunicación del empleador.

La Inspección del Trabajo será la llamada a determinar finalmente la modalidad bajo la cual la trabajadora podrá ejercer el permiso postnatal parental.

En el supuesto en que el empleador impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica que sea arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso, será sancionado con una multa de 14 a 150 unidades tributarias mensuales.

Respecto a los trabajadores independientes, tendrán igualmente derecho a acceder al permiso postnatal parental, ya sea por 12 semanas, percibiendo la totalidad del subsidio, o por 18 semanas, percibiendo la mitad de este, si así la madre lo decide, debiendo notificar a la entidad pagadora del subsidio antes del inicio del periodo.

Finalmente, la Ley Nº 20.545, también contempla ciertos supuestos a fin de que el padre trabajador pueda ejercer el derecho de post natal parental:

i. si la madre muriere durante el parto o durante el periodo en que se encuentra ejerciendo el postnatal y el postnatal parental, el permiso o el resto de él corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien además gozará de fuero maternal;

ii. en caso de adopción de un niño o niña menor de seis meses, la madre podrá ejercer el derecho de post natal maternal, y el derecho de post natal parental, el cual puede ser traspasado al padre.

    Si el un niño o niña es mayor de seis meses y menor de 18 años, la madre tendrá únicamente derecho al descanso post natal parental, pudiendo ser traspasado al padre[314];

iii. en caso que la trabajadora o el trabajador obtenga la tuición o el cuidado personal como medida de protección de un menor de edad, tendrá derecho al post natal parental[315];

iv. si el niño o niña nace antes de la semana 33 de gestación, el descanso postnatal parental será de 18 semanas, y puede ser traspasado al padre bajo las reglas generales;

v. si el niño o niña nace pesando menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal parental será de 18 semanas, y puede ser traspasado al padre bajo las reglas generales;

vi. en caso de partos múltiples, el descanso postnatal parental se extiende siete días por cada niño o niña a partir del segundo.

PERMISO POR NACIMIENTO DE UN HIJO

Dentro del paradigma de modificar las normas sobre protección a la maternidad, la Ley Nº 20.545 incorpora el permiso por nacimiento de un hijo, el cual va dirigido específicamente a los padres trabajadores.

Este permiso, tiene por finalidad que los padres puedan ausentarse de su trabajo por cinco días a partir del nacimiento del hijo o hija, los que deberán ser remunerados por el empleador, entendiéndose de esta forma como si los hubiera trabajado, y, para acreditar dicha circunstancia, el trabajador deberá

---

314 Ley Nº 20.545. Artículo 201, inciso segundo " *Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la ley Nº 19.620, el plazo de un año establecido en el inciso primero se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la ley Nº 19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley*".

315 Sobre el particular, el o la trabajadora deberá acompañar un certificado del tribunal en la cual conste que este le ha otorgado la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección.

presentar el certificado de nacimiento del hijo o hija emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Asimismo, el permiso se hace extensivo a todos los padres que se encuentran en un proceso de adopción, y se hará vigente una vez que se emita la resolución que le otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor.

De esta forma, la ley entrega al padre dos alternativas para hacer uso del permiso:

a) de forma continua a partir del nacimiento del hijo o hija, es decir, sin interrupciones, saltándose los días de descanso semanal en caso de existir;

b) distribuirlos a su elección dentro del primer mes de vida del hijo o hija, ya sea de forma continua o fraccionada.

Es importante aclarar que este permiso solo puede ser utilizado única y exclusivamente desde el nacimiento del hijo o hija y hasta que este cumpla un mes de vida, de lo contrario, se entiende que se pierde el permiso.

Por último, se precisa que, en caso de nacimientos múltiples, la Dirección del Trabajo ha manifestado de forma reiterada que el permiso pagado por nacimiento no aumenta, por consecuencia, el padre tendrá derecho solo a cinco días.

PERMISO POR MUERTE DE UN HIJO

El 29 de septiembre de 2021 se publica la Ley Nº 21.371, la cual establece medidas especiales en caso de muerte gestacional o perinatal, con especial atención al manejo clínico por parte de las y los trabajadores de la salud, y el acompañamiento integral a madres y padres que estén cursando el duelo gestacional y perinatal.

En esta línea, la ley establece un permiso de diez días corridos, pagados, para todo aquel trabajador que esté enfrentando la muerte de un hijo, y comenzará a regir desde el día del relativo fallecimiento, debiendo presentar el certificado de defunción a su empleador.

Las características de este permiso son: es un adicional al feriado anual, es irrenunciable, no es compensable en dinero, y es independiente al tiempo de servicio.

PERMISO POR MUERTE DEL HIJO EN PERIODO DE GESTACIÓN DEL PADRE TRABAJADOR.

De forma armónica, y a fin de reconocer la importancia de la pérdida de un hijo o hija en periodo de gestación en la vida de los padres, la Ley Nº 21.371 intenta dar una mayor cabida a la trayectoria del duelo[316], y por ello reemplaza los incisos primero y segundo del artículo 66 del Código del Trabajo, disponiendo un permiso de siete días corridos, pagados, para todo aquel trabajador que esté enfrentando la muerte de un hijo en periodo de gestación.

Este permiso se hará efectivo desde el día del respectivo fallecimiento, y, para hacerlo efectivo, el trabajador deberá presentar el certificado de defunción fetal.

Al igual que el permiso por muerte de un hijo, cuenta con las principales características de ser adicional al feriado anual, ser irrenunciable, no compensable en dinero, y ser independiente del tiempo de servicio.

III. DERECHOS QUE PUEDEN SER EJERCIDOS POR CUALQUIERA DE LOS PADRES

Finalmente, nos referiremos a los derechos que pueden ser ejercidos por cualquiera de los padres, consistentes en ciertos permisos relacionados a la vida familiar y el derecho a teletrabajo.

PERMISO POR ENFERMEDAD DEL HIJO(A) MENOR DE UN AÑO

Es un permiso contemplado específicamente para todas aquellas ocasiones en que la salud de un niño o niña menor de un año requiera la atención en el hogar a causa de una enfermedad grave. Su objeto es permitir que la madre y el padre, a elección de la madre, puedan ausentarse de sus trabajos y labores de manera justificada por un tiempo determinado, con el propósito de cuidar y acompañar personalmente a sus hijos o hijas que se encuentren en una condición grave de salud.

De acuerdo a lo anterior, se subraya que, si bien es un permiso que se otorga en primera instancia a la madre, esta puede traspasarlo al padre trabajador.

316 Norma General Técnica y Administrativa de la Ley 21.371, para el acompañamiento integral a personas en duelo gestacional o perinatal. Pág. 19

Concretamente, el permiso se materializa a través de un subsidio por incapacidad laboral que reemplaza la remuneración de las y los trabajadores dependientes del sector privado e independientes, siempre y cuando estos últimos cumplan los requisitos exigidos por la ley. En cuanto a los trabajadores dependientes del sector público, en los periodos de permisos de protección a la maternidad, estos tienen derecho a la mantención de sus remuneraciones.

Dicho lo anterior, las condiciones para que el padre pueda ejercer este permiso se pueden resumir en las siguientes:

1. La madre debe traspasar el permiso al padre trabajador.
2. Enfermedad grave del o la menor de un año.
3. Certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de las y los menores, donde conste la enfermedad de estos.
4. Notificar dentro del plazo al empleador o a la Isapre la licencia médica[317].

Asimismo, la ley hace presente que en ciertas circunstancias el padre trabajador podrá igualmente gozar de este permiso, a saber: cuando se le hubiere otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del o la menor como medida de protección; y cuando la madre hubiere fallecido y tuviere la tuición del menor por sentencia judicial.

En cuanto al tiempo que otorga este permiso, el Decreto Supremo Nº3 del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento de autorización de licencias médicas por la COMPIN e instituciones de salud previsional, dispone en su artículo 18 que las licencias por enfermedad de niño o niña menor de un año, se autorizarán únicamente por periodos de hasta siete días corridos, los cuales pueden ser prorrogados por igual periodo. De esta forma, cuando las licencias prorrogadas sobrepasen los 30 días corridos, el reposo que se conceda con posterioridad se podrá extender por todo el periodo que sea necesario.

Para finalizar, se aclara que el subsidio por enfermedad grave de la niña o el niño menor de un año solo se podrá otorgar una vez finalizado el postnatal

317 Para el caso del trabajador dependiente del sector público el plazo para notificar al empleador es de tres días hábiles siguientes al inicio del reposo, mientras que, para el trabajador dependiente del sector privado el plazo es de dos días hábiles siguientes al inicio del reposo. Por su parte, el trabajador independiente, tiene un plazo de dos días hábiles siguientes al inicio del reposo para notificar a la Isapre.

parental, pero, si el padre trabajador se encuentra ejerciendo el permiso postnatal parental en jornada parcial, este podrá acceder igualmente al permiso por enfermedad grave del hijo o hija menor de un año.

PERMISO POR ACCIDENTE GRAVE, O ENFERMEDAD GRAVE, AGUDA Y CON RIESGO DE MUERTE DEL MENOR DE 18 AÑOS

El Código del Trabajo dispone en su artículo 199 bis un permiso para aquellos casos en que el niño o niña mayor de un año y menor de 18 años requiera el cuidado personal de su padre y/o madre, con motivo de un accidente grave o por estar sufriendo de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte.

Este permiso permite que tanto el padre como la madre trabajadora, puedan ausentarse de su trabajo por un número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año. Estas horas podrán ser distribuidas en jornadas completas, parciales o combinar ambas alternativas a su elección, y se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales. Sin perjuicio de ello, el tiempo que el padre y/o la madre no hayan trabajado deberá ser restituido por estos, así, la ley les otorga la posibilidad de imputar dichas horas a su próximo feriado anual, o realizar horas extraordinarias, o cualquier otra forma que pacten con su empleador libremente[318].

Para que el padre pueda ejercer este permiso, debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. El niño o niña mayor de un año y menor de 18 años debe haber experimentado un accidente grave o estar sufriendo una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte.
2. Acreditar dicha circunstancia mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del niño o niña mayor de un año y menor de 18 años.

---

318 Sobre este punto, tanto el artículo 199 bis del Código del Trabajo, como la Dirección del Trabajo, esclarecen que "*el trabajador y el empleador podrán utilizar y convenir directamente los mecanismos señalados en el artículo* 375 *y* 376 *del* Código del Trabajo *para restituir y compensar el tiempo no trabajado, es decir, podrán utilizarse los "Pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal" y los "Pactos para trabajadores con responsabilidades familiares". En el evento de no ser posible aplicar estos mecanismos se podrá descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador cesare en su trabajo por cualquier causa*".. Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-60112.html

3. Notificar al empleador mediante cualquier escrito de comunicación, físico o electrónico, acompañando el certificado médico correspondiente, dentro de las 24 horas siguientes al ejercicio del derecho.

A diferencia de otros permisos, este puede ser ejercido por el padre y/o la madre de forma conjunta o separada.

Para el caso, se extiende igualmente el permiso al padre o persona de cuidado de un menor con discapacidad que se encuentre inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, o siendo menor de seis años, con la determinación diagnóstica del médico tratante; al padre o persona de cuidado de una persona mayor de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit, o bien, presenten dependencia severa; y, al trabajador, distinto al padre y la madre, que tenga el cuidado personal del niño o niña otorgado por resolución judicial.

TELETRABAJO.

A. Ley Nº 21.645[319], que concilia la vida laboral, familiar y personal

El 29 de diciembre de 2023 se publicó la Ley Nº 21.645 que modifica el Título II del Libro II del Código del Trabajo "De la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar" y regula un régimen de trabajo a distancia y teletrabajo.

Esta ley viene a materializar una de las muchas enseñanzas post pandemia por covid-19, y es que la posibilidad de favorecer y conciliar la vida laboral, familiar y personal, sumada a la conciencia cultural de la corresponsabilidad en los

319 Es importante aclarar que la Ley Nº 21.645 solo aplica a las y los trabajadores del sector privado, pues en términos prácticos, al regular un nuevo régimen de trabajo a distancia y teletrabajo, solo modifica el Libro I del Código del Trabajo, y, como se ha señalado, el único Libro extensible del Código del Trabajo a funcionarios públicos por la remisión expresa que hace la Ley Nº 18.834, es el Libro II, que trata la maternidad, paternidad y la familia. Al respecto, la Contraloría General de la República ha señalado en Dictamen E443357N24, fecha 24-01-2024: "*En primer lugar, cabe recordar que en conformidad con la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, el Capítulo IX del Título II del Libro I del Código del Trabajo no resulta aplicable al sector público, toda vez que el contrato de teletrabajo es un contrato especial que requiere el acuerdo de voluntades de las partes empleadora y trabajadora, y las autoridades públicas no se encuentran facultadas para suscribirlo, salvo disposición expresa que lo autorice (aplica dictamen Nº E189764, de 2022).*

En ese contexto, se advierte que el teletrabajo del artículo 152 quáter O bis, incorporado por la ley Nº 21.645 al Código Laboral, se encuentra contenido precisamente en el referido capítulo, por lo que no constituye una norma aplicable al sector público".

cuidados, se presentan como elementos fundamentales para alcanzar un anhelado trabajo decente.

La Ley Nº 21.645 tiene como eje central el derecho al trabajo a distancia o teletrabajo para las personas trabajadoras que desempeñan labores de cuidado no remunerado, disponiendo así que, es deber del empleador ofrecer a la persona trabajadora que tenga el cuidado personal de un niño o niña menor de 14 años o que tenga a su cargo el cuidado de una persona con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, no importando la edad de quien se cuida, sin recibir remuneración por dicha actividad, para que todo o parte de su jornada diaria o semanal pueda ser desarrollada bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permita[320].

Para lo anterior, el trabajador deberá:

1. Presentar por escrito una solicitud de teletrabajo, en la cual conste una propuesta que contenga la combinación fija de tiempos de trabajo presencial en la empresa, y de tiempos de trabajo fuera de ella o a distancia, los que en ningún caso podrán superar los limites diarios y semanales de trabajo.
2. Acompañar:
    a. certificado de nacimiento que acredite la filiación respecto de un niño o niña o;
    b. resolución judicial de un tribunal que otorga el cuidado personal de estos o estas;

320 Es la misma Ley Nº 21.645 la que grafica algunos ejemplos de cuándo la naturaleza de las funciones de la persona no trabajadora no permite la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, a saber:

- *labores que requieran que la persona trabajadora se encuentre presencialmente en su puesto de trabajo, o*
- *la atención presencial de público, o*
- *que por necesidades organizativas sean requeridas para la realización de los servicios de otros trabajadores, o*
- *labores de atención de servicios de urgencia, guardias o similares, o*
- *cuando no existan condiciones de conectividad en el lugar en el que se desarrollarán las labores, o*
- *cuando el organismo administrador del seguro determine que el lugar en el que se desarrollarán las labores no cumple con condiciones de seguridad y salud adecuadas, de acuerdo con lo previsto en el inciso cuarto del artículo 152 quáter M.*

c. o el certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad.

Presentada la solicitud, el empleador deberá entregar al trabajador una respuesta dentro del plazo de 15 días hábiles, y podrá aceptar, rechazar o presentar una nueva fórmula.

En caso de rechazar la propuesta, el empleador deberá acreditar que la naturaleza de las funciones de la persona trabajadora no permite la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo; o que no existen condiciones de conectividad en el lugar en que la persona trabajadora desarrollará sus labores, o que el organismo administrador del seguro ha determinado que dicho lugar no cumple con condiciones de seguridad y salud en el trabajo adecuadas.

En caso de aceptar la propuesta, el empleador deberá extender a la persona trabajadora un anexo de contrato, el cual deberá contener:

1. La identificación del trabajo de cuidado no remunerado de la persona trabajadora y el medio de acreditación presentado por este, y
2. La fórmula de combinación de tiempos de trabajo presencial en la empresa y los tiempos de trabajo fuera de ella.

El ejercicio de este derecho a través del anexo de contrato de trabajo, en ningún caso puede significar la modificación o alteración de otras condiciones ya pactadas, o que el empleador deba iniciar la búsqueda de un reemplazo, entre otros[321].

Ahora bien, si en el ejercicio de este derecho, la persona trabajadora desea realizar una modificación a la distribución pactada con el empleador, deberá dar aviso por escrito con una anticipación mínima de 30 días. A su vez, el empleador tendrá un plazo de 15 días para pronunciarse.

Por otro lado, si hay alguna causa sobreviniente, la persona trabajadora podrá volver unilateralmente a las condiciones pactadas previamente al teletrabajo, debiendo dar un aviso al empleador con una anticipación mínima de 30 días.

Asimismo, la Ley Nº 21.645 incorpora otros dos derechos para favorecer el cuidado, siendo estos el derecho preferente para hacer uso del feriado legal

321 El anexo de contrato en ningún caso puede significar la modificación de la duración de la jornada de trabajo semanal, la naturaleza de los servicios prestados o de la remuneración, etc.

durante las vacaciones definidas por el Ministerio de Educación conforme al calendario escolar; y, el derecho a la modificación transitoria de los turnos o la distribución de la jornada diaria y semanal.

El primero de estos derechos se encuentra regulado en el artículo 67 del Código del Trabajo, y dispone que se concederá el feriado preferentemente a las personas trabajadoras que tengan el cuidado personal de un niño o niña menor de catorce años o adolescente menor de dieciocho años con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, durante el periodo de vacaciones definidas por el Ministerio de Educación, conforme al año escolar.

Para gozar de este derecho, la persona trabajadora deberá:

1. Presentar una solicitud con a lo menos 30 días de anticipación.
2. Acompañar:
    a. el certificado de nacimiento que acredite la filiación respecto de un niño o niña;
    b. o la resolución judicial de un tribunal que otorga el cuidado personal de estos o estas;
    c. o el certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad.

En cuanto al derecho sobre la modificación transitoria de los turnos o la distribución de la jornada diaria y semanal, el artículo 76 bis del Código del Trabajo señala que se podrá otorgar este derecho siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. La persona trabajadora tenga el cuidado personal de un niño o niña menor de catorce años o adolescente menor de dieciocho años con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada.
2. La naturaleza de sus funciones lo permita.
3. La empresa funcione en un horario compatible.

Y, para hacer efectivo este derecho, la persona trabajadora deberá:

1. Presentar una propuesta con a lo menos 30 días de anticipación.
2. Acompañar:
    a. el certificado de nacimiento que acredite la filiación respecto de un niño o niña; o

b. la resolución judicial de un tribunal que otorga el cuidado personal de estos o estas; o

c. el certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad.

Al ser una propuesta, el empleador deberá pronunciarse dentro de los diez días siguientes a su presentación. Por tanto, el empleador podrá aceptar, rechazar u ofrecer una nueva fórmula. En caso de rechazar la propuesta, el empleador deberá acreditar la o las circunstancias que así la justifican, y, en caso contrario (aceptar la propuesta), deberá extender a la persona trabajadora un anexo de contrato de trabajo cumpliendo las indicaciones ya señaladas.

B. Ley Nº 21.652, que prorroga el artículo 66 de la Ley Nº 21.526

Ante la creación de la Ley Nº 21.645, funcionarios del sector público no tardaron en hacer presente la necesidad de contar con una ley que regulara el trabajo remoto para dicho sector, por lo que, el 16 de enero de 2024 se publica la Ley Nº 21.652 que prorroga el artículo 66 de la Ley Nº 21.526, que otorga reajuste de remuneraciones a las y los trabajadores del sector público, entre otros.

Así, desde el 1º de enero y hasta el 31 de diciembre de 2024, las y los funcionarios públicos tienen la posibilidad de solicitar la eximición del control horario de jornada de trabajo, debiendo realizar labores presenciales en las dependencias de la institución, al menos, tres jornadas diarias dentro la de jornada semanal.

Se aclara que la Ley Nº 21.652 no entrega un derecho a las y los funcionarios públicos, pues son las y los jefes superiores de servicio quienes poseen la facultad de otorgar o no la eximición del control horario. Por lo anterior, la o el jefe de servicio deberá emitir una resolución fundada para aceptar o rechazar las solicitudes en consideración a la naturaleza de las funciones de la o el funcionario. Sobre este punto, es importante destacar que, a contrario sensu, si la o el jefe de servicio toma la decisión de no otorgar este beneficio, no se encuentra en la obligación de fundamentar dicha decisión.

Finalmente, la Ley Nº 21.652 establece un número máximo de funcionarios y funcionarias que podrán quedar afectos a esta facultad, no pudiendo exceder del 20% de la dotación máxima de personal del servicio, debiendo priorizar a las y los funcionarios que tengan bajo su cuidado a niños y niñas menores de 14 años o a una persona con dependencia severa[322].

322 Contraloría General de la República. Dictamen Nº E443357. Fecha 24-I-2024.

Excepcionalmente, la Dirección de Presupuestos podrá autorizar el aumento de dicho porcentaje previa solicitud fundada de la jefa o jefe superior de servicio. Para lo anterior, la Dirección de Presupuestos deberá contar con la opinión técnica favorable de la Dirección Nacional del Servicio Civil, pero, en ningún caso el porcentaje adicional que se autorice podrá exceder del 15% de la dotación máxima del personal del respectivo Servicio.

Por último, se recomienda al padre trabajador:

1. Acompañar una solicitud formal en la cual pueda argumentar que en virtud de la naturaleza de sus funciones, y su rol de cuidado, puede acceder a trabajo remoto.
2. Acompañar:
    a. el certificado de nacimiento que acredite la filiación respecto de un niño o niña; o
    b. la resolución judicial de un tribunal que otorga el cuidado personal de estos o estas; o

c. el certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad.

Ley Nº 21.545 que incorpora el artículo 66 quinquies al Código del Trabajo

El 2 de marzo de 2023 se publica la Ley Nº 21.545, que establece la promoción de la inclusión, la atención integral, y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación.

Esta ley asegura una serie de derechos en favor de las personas con trastorno del espectro autista. En detalle, la ley contempla el derecho a la igualdad de oportunidades y el resguardo de la inclusión, y, asimismo, establece la eliminación de cualquier forma de discriminación que las personas con trastorno autista puedan sufrir, promoviendo un abordaje integral en diferentes ámbitos para dicho fin. Sobre esto último, es dable señalar que es deber del Estado asegurar los derechos y principios antes consignados en todo el desarrollo personal y oportunidades de las personas con trastorno del espectro autista de conformidad a lo dispuesto en la ley. Por consecuencia, es el Estado quien tiene la responsabilidad de asegurar a dichas personas el pleno goce y ejercicio de sus derechos en absoluta igualdad de condiciones.

En materia de derecho laboral, esta ley incorpora el artículo 66 quinquies al Código del Trabajo, siendo plenamente aplicable a las y los trabajadores dependientes del sector privado, como también, a las y los funcionarios públicos regidos por las Leyes Nº 18.834 y Nº 18.883.

En detalle, el artículo 66 quinquies otorga la facultad a quienes sean padres, madres o tutores legales de menores de edad debidamente diagnosticados con trastorno del espectro autista, para acudir a emergencias[323] respecto de la integridad de sus hijos o hijas en los establecimientos educacionales en los cuales cursen su enseñanza parvularia, básica o media. Por consecuencia, el tiempo que los padres y las madres destinen para la atención de dichas emergencias, será considerado como trabajado para todos los efectos legales, y el empleador no podrá calificar su salida como intempestiva e injustificada.

Para acceder a este derecho, el padre o la madre deberá dar aviso a la Inspección del Trabajo del territorio donde se encuentre domiciliado el hijo, hija o menor bajo tutela legal, diagnosticado con trastorno del espectro autista.

Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda al padre:

1. Informar a la Unidad de Recursos Humanos o al Departamento de Gestión de Personas la circunstancia de tener un hijo, hija o menor bajo su tutela legal del espectro autista, acompañando el certificado de nacimiento que acredite la filiación del niño o niña, o la resolución judicial de un tribunal que otorgue su cuidado personal, o el certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad, más certificado emitido por el especialista respectivo.
2. Dar aviso a la brevedad a su jefatura directa cuando deba ausentarse del lugar de trabajo con motivo de una emergencia que presente su hijo o hija en los establecimientos educacionales de enseñanza parvularia, básica o media.

III. CONCLUSIONES

Podemos observar que, si bien hay un cambio cultural en el ejercicio de la paternidad, su regulación normativa sigue siendo insuficiente y aún existen temas pendientes que deben ser regulados.

Los derechos y beneficios otorgados a los padres trabajadores, deben tener como principal eje el que estos puedan participar activamente en la crianza y cuidados de hijos e hijas. Así, al cumplir dicho objetivo, se estará beneficiando a cada uno de los integrantes de la familia, pues promoverá la igualdad de

323 Se entiende por emergencia, toda aquella situación o circunstancia de peligro o desastre que requiera atención inmediata.

oportunidades en el desarrollo de niñas y niños, y, por sobre todo, incrementará las posibilidades de alcanzar una equidad de género.

Por tanto, en la medida que la paternidad se encuentre más presente en la vida familiar, se generará un reparto más equilibrado en las labores de cuidado, ya que, si la finalidad es llegar a un sistema integral de cuidados y de corresponsabilidad parental, resulta del todo fundamental que los derechos y beneficios se otorguen por igual a madres y padres.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Normas

Decreto Supremo Nº 3 de 1984. Aprueba reglamento de autorización de licencias médicas por las COMPIN e Instituciones de Salud Previsional, del Minsal.

DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo.

DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 15.076. Ministerio de Salud.

Ley Nº 15.076. Fija el texto refundido del estatuto para los médico-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bio-químicos y cirujanos dentistas.

Ley Nº 19.664. Establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los servicios de salud y modifica la Ley Nº 15.076.

Ley Nº 20.399. Otorga derecho a Sala Cuna al trabajador.

Ley Nº 20.545. Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental.

Ley Nº 21.371. Establece medidas especiales en caso de muerte gestacional o perinatal.

Ley Nº 21.545. Establece la promoción de la inclusión, la atención integral, y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación.

Ley Nº 21.645. Modifica el Título II del Libro II del Código del Trabajo "De la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar" y regula un régimen del trabajo a distancia y teletrabajo en las condiciones que indica.

Ley Nº 21.652. Prorroga, para el año 2024, la facultad establecida en el artículo 66 de la Ley Nº 21.526, y regula otra materia que indica.

Literatura

Aguayo, Francisco; Correa, Pablo y Kimelman, Eduardo (2012). *Estudio sobre la participación de los padres en el Sistema Público de Salud de Chile. Informe Final*. Chile Crece Contigo.

Subsecretaría de Evaluación Social (2022). *Informe sobre la situación de bienestar de las mujeres: Conciliación entre la vida personal y el trabajo remunerado y no remunerado*. División Observatorio Social.

Superintendencia de Seguridad Social (2020). *Protección a la vida familiar y corresponsabilidad paternal*. Boletín Fiscalía Nº 3.

Superintendencia de Seguridad Social (2017). *Evolución y desafíos del padre trabajador en la corresponsabilidad parental*. Serie Documentos de Trabajo. Documento de Trabajo Nº 11.

Superintendencia de Seguridad Social (2022). *Guía enfermedad grave de niño/a menor de un año*.

Cai, Chenxi. Vandermeer, Ben. Khurana, Rshmi. Nerenberg, Kara. Featherston, Robin. Sebastianski, Meghan. Davenport, Margie H (2019) *The impact of occupational shift work and working hours during pregnancy on health outcomes: a systematic review and meta-analysis*.

Jurisprudencia

Dictamen E443357N24 de enero de 2024. Contraloría General de la República.

Dictamen Nº 67/1 de 2024. Dirección del Trabajo.

Dictamen Nº 7172 1993. Superintendencia de Seguridad Social.

Circular Nº 3646 de 2021. Superintendencia de Seguridad Social

Dictamen Nº 113.092 de 2024. Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen Nº 37.691 de 2008. Contraloría General de la República.

Dictamen Nº E251607 de 2022. Contraloría General de la República.

Dictamen Nº E121618 de 2021. Contraloría General de la República.

Dictamen Nº E184301, 2022. Contraloría General de la República.

Dictamen Nº 56.042, 2004. Contraloría General de la República.

Dictamen 1739/68 de 1996. Dirección del Trabajo.

Dictamen Nº 55.460 de 2015. Contraloría General de la República.

Referencias

Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Fácil. Licencia médica para el acompañamiento de hijos e hijas enfermos graves o en estado terminal. Disponible en https://www.bcn.cl/portal/leyfacil/recurso/licencia-medica-para-el-acompanamiento-de-hijos-e-hijas-enfermos-graves-o-en-estado-terminal

Dirección del Trabajo. Centro de consultas. ¿Cómo se ejerce el derecho a los días de permiso pagado que le asiste al trabajador? Disponible en https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-87307.html

Dirección del Trabajo. Centro de consultas. ¿Cuándo procede el permiso por hijo menor de un año gravemente enfermo? Disponible en https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-60111.html

Dirección del Trabajo. Centro de consultas. ¿Cuándo procede el permiso por hijo o hija mayor de un año y menor de dieciocho años afectado por un accidente grave o de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte? Disponible en https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-60112.html

Superintendencia de Seguridad Social. Guía de la Seguridad Social. Subsidio maternal por enfermedad grave niño menor de un año. Disponible en https://www.suseso.cl/606/w3-propertyvalue-10348.html#presentacion

Superintendencia de Seguridad Social. Webinar: Avances en la protección de la paternidad, maternidad y vida familiar en Chile. Disponible en https://www.suseso.cl/619/w3-article-733660.html

Lineamientos para una atención médica con perspectiva de género, y libre de discriminaciones

Abogada Elizabeth Campos Poblete[324]
Dra. Gisela Viveros Moncada[325]

El presente apartado tiene como objeto realizar una revisión teórica y normativa respecto del derecho a la no discriminación y el enfoque de género, reflexionando respecto a su impacto en las atenciones médicas.

Resulta indudable reconocer que el ejercicio médico se ha ido complejizando, y su puesta en práctica se encuentra interceptada por fenómenos sociales que, mediante un fecundo desarrollo teórico y conceptual, ponen de manifiesto la existencia de estructuras y construcciones sociales que necesariamente van a influir en la atención médica y la experiencia usuaria.

Así, este trabajo pretende ser un aporte inicial para que nuestras médicas y médicos conozcan una panorámica amplia de la normativa aplicable en materias de no discriminación y género, tanto en la normativa internacional como nacional, y así, contar con herramientas que signifiquen una contribución a la reflexión del ejercicio médico.

---

324 Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesora de Historia y Ciencias Sociales por la Universidad de Santiago de Chile. Diplomada postítulo en Derecho administrativo - Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Diplomada en Derecho a la no discriminación - Universidad Nacional Autónoma de México; Curso género e identidades sexuales - Universidad de Concepción; Curso Derechos Fundamentales - Editorial Thomson Reuters; Curso Abordaje y prevención de la violencia digital - Aprofa; Curso Especialización sindical para mujeres y disidencias sexogenéricas - Subsecretaría del Trabajo. Cursando un Magíster en Derecho con mención en Derecho Público. Área de práctica: Unidad de Defensa de Género Falmed. Correo electrónico: ecampos@falmed.cl

325 Médica Pediatra Universidad de Chile. Ex Directiva Médicos Generales de Zona, Fundadora Departamento de Género Colegio Médico de Chile. Secretaria Técnica UDEGEN 2021-2023. Vicepresidenta Colegio Médico Santiago 2024-2026.

1. GÉNERO COMO DETERMINANTE SOCIAL DE SALUD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Al referirnos al género, es preciso señalar que este concepto ha tenido un fecundo desarrollo histórico y filosófico, y se encuentra en constante revisión. En un principio, gracias al trabajo de diversas filósofas, entre quienes destaca Simone de Beauvoir, se puso en cuestionamiento la construcción del sexo y las determinantes sociales que influyen en dicho proceso, lo cual se puede sintetizar en su célebre reflexión: "No se nace mujer, se llega a serlo".

Posteriormente, los médicos John Money y Robert Stoller conceptualizaron el género propiamente tal, en tanto, mediante estudios realizados a recién nacidos con características físicas intersexuales, concluyeron que la identidad de género de las personas no podía sentirse ni construirse como femenino o masculina sin un estímulo social previo.

Así, el género se instaló en contraposición del sexo, pero con raigambre en el mismo, que posteriormente devenía en patrones de comportamiento y roles asignados social o culturalmente. Este paradigma se cuestionó recientemente en virtud de la labor de Judith Butler, quien disputa la idea de que el sexo es lo biológico, mientras que el género es lo social, señalando que, de hecho, ambos "forman parte de construcciones discursivas y performativas que los caracterizan y significan en el mundo y afirma que todo lo que rodea al género se hace en un espacio, tiempo y colectividad determinados"[326], instalando con ello la idea del género como un dispositivo de poder.

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud define género como "la construcción cultural que asigna, jerárquicamente, en las esferas públicas y privadas, roles y formas de comportamiento a las mujeres y a los hombres sobre la base de su diferenciación sexual". Haciendo parte al género como un determinante social más de la salud, comprendiendo el impacto que tienen estos en la salud, entendida a su vez como el estado de completo bienestar físico, mental y social.

Teniendo a la base lo ya señalado, ha de tenerse en consideración que la Organización Mundial de la Salud (OMS) indica que "el género se refiere a los roles, las características y oportunidades definidos por la sociedad que se consideran apropiados para los hombres, las mujeres, los niños, las niñas y las

326 Varela, Nuria, *Feminismo 4.0, la cuarta ola*. Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., 2019, p. 125.

personas con identidades no binarias. El género es también producto de las relaciones entre las personas y puede reflejar la distribución de poder entre ellas". Así, el género entonces trasciende las relaciones entre los sexos en lo individual, puesto que refiere también a "una gama compleja de estructuras, prácticas y comportamientos que definen los sistemas de organización que constituyen las sociedades humanas"[327], es un elemento organizador de la vida social, y problematizarlo al hablar de salud es del todo atingente. Para comprender cómo se entrecruza género y salud, es fundamental conocer tres definiciones entregadas también por la OMS:

1. Determinantes de la salud relacionados con el género: normas, expectativas y funciones sociales que aumentan las tasas de exposición y la vulnerabilidad frente a los riesgos para la salud, así como la protección frente a los mismos, y que determinan los comportamientos de promoción de la salud y de búsqueda de atención sanitaria y las respuestas del sistema de salud en función del género. Son uno de los principales determinantes sociales de las inequidades sanitarias.
2. Interseccionalidad: relación entre el sexo, el género y otros determinantes sociales, así como a los factores que crean inequidades sanitarias en los procesos y sistemas de poder a nivel individual, institucional y mundial. Se basa en el análisis de las cuestiones relacionadas con el género, y lo amplía.
3. Perspectiva de género: implica evaluar el modo en que el género determina las medidas planificadas, incluidas la legislación, las políticas y los programas, en todos los ámbitos y a todos los niveles. La incorporación de la perspectiva de género también puede contribuir al empoderamiento de las mujeres y la igualdad de participación en todos los niveles del personal sanitario.

Reconocemos desde la salud que los hombres tienen una menor esperanza de vida y una mayor carga de enfermedad de años de vida ajustados por discapacidad (AVAD) que las mujeres. Se aduce que ciertas cargas de enfermedad se correlacionan con normas sociales que determinan que los hombres estén más expuestos al tabaco y las bebidas alcohólicas, lo que a su vez genera tasas de AVAD tres veces superiores en los hombres que en las mujeres. Sin embargo,

327 Sen, Gita et al., *Incorporar la perspectiva de género en la equidad en salud: un análisis de la investigación y las políticas*. Organización Panamericana de la Salud, 2005, p. 7.

también existen normas sociales y de género que aumentan la carga de algunas enfermedades entre las niñas y las mujeres.

El género determina una desigual exposición y vulnerabilidad a diferentes enfermedades, a través del acceso inequitativo a recursos sociales y condiciones materiales; implica riesgos diferentes relacionados con ocupaciones, roles según los estereotipos de género; establece diferencias en comportamientos y estilos de vida, así como en autoestima y autoeficacia. Y, por último, en el apoyo o redes sociales.

Cabe destacar que el género, a través de la división sexual del trabajo, articula dos dimensiones complementarias y necesarias de la economía: remunerada (trabajo productivo) y no remunerada (trabajo reproductivo), los cuales son atribuidos tradicionalmente a hombres y mujeres respectivamente. El trabajo no remunerado, en el que se encuentran mayoritariamente las mujeres, permanece invisible al reconocimiento social (por ejemplo: labores de cuidado dentro de la familia), lo que tiene como consecuencia la precarización de la vida de ellas en diferentes ámbitos, menor tiempo para las actividades personales y de autocuidado, menos ingresos económicos y, por tanto, menor cotización para salud y pensión, entre otros. En razón de esta y otras discriminaciones sistemáticas contra las mujeres, es que se ha defendido la incorporación de la perspectiva de género "como un enfoque fundamental y estratégico para alcanzar los compromisos en igualdad de género"[328].

Es por todo lo anterior que este trabajo propone que, observar la salud desde una perspectiva de género, es buscar comprender cómo las relaciones de poder y las desigualdades afectan la salud de todas las personas, y es también posicionar la idea de que la salud corresponde a un derecho humano, y como tal, se debe asegurar la generación de mecanismos y prácticas que procuren la protección efectiva de este derecho, reconociendo como planteamiento base que "pertenecer a un grupo (social) u otro, nos condiciona a resultados en salud

328 Planteamiento defendido en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer convocada por las Naciones Unidas, y celebrada en el año 1995 en Beijing, China, en la cual 189 países adoptaron la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing que establece una serie de objetivos estratégicos y medidas para el progreso de las mujeres y el logro de la igualdad de género en 12 esferas, entre las que se destaca: la mujer y la salud; los derechos humanos de la mujer; la mujer y la pobreza, entre otros.

diferentes, siendo habitualmente desfavorecedores para las mujeres y diversidades sexuales"[329].

2. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Referirnos al género, y entenderlo como un dispositivo de poder que crea y reproduce jerarquías sociales, necesariamente nos lleva a hacer referencia al fenómeno de la violencia contra las mujeres, y contra las diversidades sexo-genéricas, quienes ocupamos una posición de alteridad frente al hombre como categoría de sujeto universal.

Por una parte, respecto de la violencia contra la mujer, se puede entender que esta tiene un carácter estructural, que, "en su origen se relaciona de manera directa con la circunstancia biológica de las víctimas y de los elementos subjetivos que socialmente envuelven esta condición"[330]. Mientras que, respecto de las diversidades sexo-genéricas, ha de entenderse que:

> "son consideradas como un grupo que históricamente ha sido marginado y vulnerado debido a la orientación sexual y/o a la identidad de género contraria a la que socialmente es esperada e impuesta a las personas, en tanto existe un orden heterocisbinario que, al no ser obedecido, es ampliamente reprochado por medio de discriminación y violencia"[331].

Estas violencias tienen amplias y diversas consecuencias sociales, en tanto limitan el pleno ejercicio de los derechos humanos de quienes las sufren, interponiéndose en el goce de la igualdad de todas las personas, y un desarrollo social libre de discriminaciones.

Asimismo, estas violencias ponen en jaque a los Estados, en tanto estos se encuentran obligados a garantizar sin discriminación los derechos humanos de todas las personas, y así se ha establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha puesto especial atención en la mujer (y

---

329 *Orientaciones técnicas sobre trato digno en la atención de salud con enfoque de derechos y género*. Ministerio de Salud, 2022, p. 12.

330 Francesconi, Lavinia, *Violencia contra las mujeres en Chile y Derechos Humanos*, 2017, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2017, p. 7.

331 Canales, Valentina, *Derechos y pobreza: discriminación y violencia contra las personas LGBTIQA+ en Chile*. Anuario de Derechos Humanos – Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2022, p. 220.

paulatinamente en las personas de la diversidad sexo-genérica), como sujeto de derecho especial de protección, y respecto de quienes se puede destacar el desarrollo particular de estándares y derechos asociados, entre los cuales se resalta el derecho a la igualdad y no discriminación.

A) APROXIMACIÓN TEÓRICA

Existe vasta teoría que ha discutido y definido tanto el concepto de la igualdad, como el de discriminación y no discriminación. Por lo cual, efectuar una aproximación teórica de ambos conceptos, busca establecer un entendimiento básico de ambos, y en ningún caso es definitiva, y, además, se debe aclarar que las definiciones que acá se presentan son propias de la teoría jurídica.

Respecto de la igualdad en los derechos fundamentales, se puede señalar que se configura como "el igual derechos de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás"[332], así, la igualdad entonces implica reconocer a todas las personas como sujetos de derechos, y valorar sus diferencias, en virtud de la dignidad inherente a cada persona, es decir, por el valor intrínseco de cada ser humano.

Por su parte, la discriminación se puede entender como: "(...) una conducta, culturalmente fundada y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de prejuicios o estigmas relacionados con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) anular o limitar tanto sus derechos y libertades fundamentales como su acceso a las oportunidades socialmente relevantes de su contexto social"[333]. Por tanto, la discriminación o la conducta discriminatoria, genera un efecto negativo directo de vulnerar el principio de igualdad.

Seguido de lo anterior, la no discriminación "es la clave de acceso para todas las personas, en condiciones equitativas, a todos los derechos. De esta manera,

---

332 Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Ciudad de México, 2005, pp. 10-11.

333 Rodríguez, Jesús, *La otra des igualdad*. La discriminación en México. Consejo Nacional para Prevenir la discriminación y Cátedra UNESCO, 2011, p. 19.

el derecho a la no discriminación se presenta como una suerte de *derecho a tener derechos* (...) como un *derecho llave* para otras titularidades jurídicas"[334].

La igualdad y no discriminación se entrecruzan. El derecho a la no discriminación se manifiesta como un derecho humano de igualdad de trato, que conlleva consigo el derecho al ejercicio irrestricto de otros derechos humanos, es por ello, que su comprensión resulta una pieza clave en el marco general de los derechos fundamentales.

B) DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tal como se desprende del apartado anterior, es evidente que el derecho a la igualdad y no discriminación resultan centrales en el andamiaje del derecho internacional de los derechos humanos, y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "se trata de un elemento que estructura el orden jurídico nacional e internacional, permeando todo el ordenamiento jurídico, e integrando el dominio del *ius cogens*"[335]. Así, se destaca también que el derecho a la igualdad y no discriminación suelen tratarse en conjunto, y respecto de ellos se afirma que:

> "La igualdad debe ser comprendida como un principio estructural del sistema internacional de Derechos Humanos que nos provee de un marco conceptual para analizar los problemas de Derechos Humanos. Así, el principio de igualdad, junto al principio relacionado de la no discriminación, entregan un mecanismo moral y analítico para asegurar que todas las personas efectivamente gocen de las garantías establecidas o reconocidas por los derechos humanos"[336].

Los principales instrumentos internacionales aluden expresamente al derecho a la igualdad y no discriminación, así, desde la propia Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, se establece en su artículo primero que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", para posteriormente en el artículo segundo prohibir la discriminación a todo efecto,

---

334 Rodríguez, Jesús, *Una teoría de la discriminación*. Editorial Universidad Autónoma Metropolitana. México, 2023, p. 43.

335 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03: párr. 101 y Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 184.

336 Francesconi, Lavinia (2017). *Violencia contra la mujer en Chile y Derechos Humanos*, p. 10-11.

al señalar que los derechos y libertades proclamados en dicho instrumento se encuentran garantizados para todas las personas "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". Ambos derechos se encuentran luego reforzados por lo dispuesto en el artículo séptimo de dicho instrumento, que asevera: "todos (los seres humanos) son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

Los instrumentos y organismos internacionales han aludido expresamente al principio de igualdad y no discriminación de forma reiterada, tanto de forma amplia[337], como específica[338], y en particular, en materia de género destacan:

I. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), de 1979

Esta Convención fue adoptada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ha sido ratificada por 189 países, entre ellos, Chile, que la ratificó el siete de diciembre del año 1989.

Este instrumento es pionero en materia de violencia contra las mujeres. En su artículo primero define la expresión discriminación contra la mujer, la cual "denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"., y en base a dicha definición, en el artículo segundo compromete a que los Estados Partes condenen la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y sigan una política encaminada a eliminar dicha discriminación.

La CEDAW consagra en reiteradas estipulaciones la igualdad y no discriminación en diversas esferas, tales como en materia de protección jurídica (artículo

337 Véase: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966.

338 Véase: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorio y de sus Familiares de 1990; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

segundo); protección de la maternidad (artículo cuarto); vida política y pública (artículo séptimo); educación (artículo décimo); empleo (artículo décimo primero); atención médica (artículo décimo segundo), entre otros.

Este Convenio se ha entendido, aplicado y reconocido[339] como una efectiva ampliación de la Carta Universal de Derechos Humanos, puesto que orienta disposiciones en la búsqueda de igualdad entre hombres y mujeres, en las más diversas esferas sociales, y además corresponde al primer tratado de derechos humanos que ratifica los derechos reproductivos de las mujeres.

II. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como "Convención Belém do Pará" de 1994

Esta Convención fue adoptada en el año 1994 por la Organización de Estados Americanos, siendo ratificada por 32 Estados, entre ellos Chile, que hizo lo propio en el año 1996.

Este instrumento es de suma relevancia, puesto que introduce al ordenamiento jurídico la problemática de la violencia contra la mujer. En su preámbulo afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Luego, en su artículo primero define violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado", y posteriormente en su insigne artículo tercero establece que "toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado", así, introduce un derecho específico a observar por los Estados Partes.

El derecho a la igualdad y no discriminación, se encuentra también presente en este Convenio. A saber, en su artículo cuarto, letra f) consagra el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley; en la letra j) del mismo artículo establece el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas del país y a participar en asuntos públicos; y en su artículo sexto, letra a) señala que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, incluye –entre otros–, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación.

Esta Convención ha forjado una pauta para sus Estados Partes, en cuanto a la creación y adopción de leyes y políticas públicas en materia de prevención,

339 Específicamente por parte del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres, y ha aportado significativamente a fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

III. Principios de Yogyakarta, de 2006

Estos corresponden a un conjunto de principios legales no vinculantes denominados "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género". Fueron adoptados en una reunión de especialistas en legislación internacional, que se llevó a cabo en Yogyakarta (por ello han sido conocidos como "Principios de Yogyakarta"), Indonesia, en el año 2006, a petición del entonces Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour.

La necesidad de sistematizar estos principios se da en primer lugar, a raíz de la preocupación en torno a abusos y violencia contra un grupo de personas, señalando en su introducción que "las violaciones de derechos humanos debido a una orientación sexual o identidad de género constituyen un patrón global y arraigado que es motivo de profunda preocupación", para posteriormente profundizar en la reflexión, y tomando elementos de la interseccionalidad como herramienta analítica que estudia, identifica y refiere a las desigualdades sistemáticas y los elementos que influyen en ellas, señalando que "Estas violaciones son a menudo agravadas por experiencias de otras formas de violencia, odio, discriminación y exclusión, como las basadas en la raza, la edad, la religión, la discapacidad o la condición económica, social o de otra índole". Y en segundo lugar, estos principios resultan también necesarios, puesto que, tal como señala su introducción, aun cuando el sistema internacional ha visto grandes avances hacia la igualdad de género y protección contra la violencia, "la respuesta internacional a las violaciones de derechos humanos por motivos de orientación sexual o identidad de género ha sido fragmentada e inconsciente", así, se buscó la necesaria sistematización mediante estos principios, a fin de que permitieran alcanzar una comprensión sólida de todo el régimen del derecho internacional humanitario y su aplicación en materia de orientación sexual e identidad de género.

Los principios hacen referencia a un abanico de derechos humanos extraídos de tratados y convenciones de derechos humanos generales, pero que en este caso los interpreta y aplica a cuestiones relativas a la orientación sexual e identidad de género de las personas, ratificando estándares que deben observar los Estados, a fin de asegurar la igualdad plena de las personas y un desarrollo en una sociedad libre de discriminación.

Estos principios orientadores recogen el derecho al disfrute universal de los derechos, los derechos a la igualdad y no discriminación, el derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, la protección contra abusos médicos, el derecho a promover los derechos humanos, entre otros, de un total actual de 29 principios.

Los principios primero, segundo y tercero describen en su conjunto el principio de universalidad de los derechos humanos, y su aplicación sin discriminación a todas las personas. Y en específico, respecto del derecho a la no discriminación, el artículo segundo de este compendio señala que "Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género". Para posteriormente reforzar esa idea indicando que "La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación". El mismo articulado incluye además las obligaciones que deben observar los Estados, tales como consagrar en sus constituciones u otra legislación relevante los principios de igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; derogación de disposiciones penales que prohíban la actividad sexual consensuada entre personas del mismo sexo; adopción de medidas tales como programas de educación y capacitación para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género, entre otras.

A pesar de no ser un instrumento vinculante para los Estados, los Principios de Yogyakarta han cobrado gran relevancia en el derecho internacional de los derechos humanos, al ser una iniciativa precursora y sustantiva del reconocimiento de la violencia y discriminación que viven las personas de la diversidad sexo-genérica en el mundo, y al proporcionar una articulación sistemática de la legislación internacional de derechos humanos ya existente, a fin de que este se aplique con especificidad en las vidas y experiencias de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidad de género.

C) NORMATIVA NACIONAL

En virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política de la República, los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, se entienden subsumidos a la normativa interna. Así, lo ya señalado en relación al derecho a la no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es fuente de derechos en Chile.

En añadidura a esto último, es menester señalar que en el ordenamiento jurídico nacional el derecho a la no discriminación resulta fundamental. En primer lugar, este se desprende del artículo 1º de la Constitución Política de la República, el cual señala que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Posteriormente en el artículo 19º, número 2, asegura la igualdad ante la ley, y específicamente también prohíbe toda forma de discriminación en relación a materias de acceso al trabajo. Asimismo, el artículo 20º de la Constitución establece una acción de tutela constitucional (acción o recurso de protección), que es un mecanismo que busca el restablecimiento del imperio del Derecho para aquellos casos en que una persona, debido a un acto ilegal y/o arbitrario, se vea privada, perturbada o amenazada en el legítimo ejercicio de derechos y garantías constitucionales que enumera, entre los cuales destaca la igualdad ante la ley.

De la legislación nacional que ha aludido de forma amplia, pero expresa el principio de igualdad y no discriminación, en relación con materias de género, destacan:

I. Ley Nº 20.609, que establece medidas contra la discriminación, de 2012

Esta ley fue introducida a discusión legislativa en el año 2005, y aprobada recién siete años más tarde, entrando en vigencia en julio del año 2012. Se le conoce social y mediáticamente como "Ley Zamudio"[340].

Acorde a su artículo primero, el propósito de esta ley es instaurar un mecanismo judicial para el restablecimiento del imperio del derecho frente a la comisión de un acto de discriminación arbitraria. Seguido, en su artículo segundo, se encuentra uno de los grandes méritos sustantivos de esta normativa, y es que define lo que se entenderá por discriminación arbitraria, señalando que corresponde a:

> "(...) toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos

340 Daniel Zamudio fue un joven homosexual, quien fue golpeado y torturado en virtud de su orientación sexual. Falleció el 27 de marzo de 2012, y su muerte puso de manifiesto la carencia de legislación relativa a acciones de protección del derecho a la no discriminación en Chile.

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden 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, género, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad".

Así, esta ley "establece criterios que en principio se presumen discriminatorios o que son "potencialmente" discriminatorios (y que) La doctrina comparada e internacional ha denominado a estas referencias expresas como categorías sospechosas"[341], entre las cuales, y para los fines del presente trabajo, se subrayan las de sexo, género, orientación sexual, e identidad y expresión de género.

Como se ha señalado, esta ley instaura una acción de no discriminación arbitraria, que procede ante la existencia de una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria, y puede ser interpuesta por cualquier persona lesionada en su derecho a la no discriminación, por su representante legal o quien esté a cargo del cuidado personal o educación del afectado, en un plazo no superior a los 90 días corridos desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde que se tuvo conocimiento de la misma.

Esta ley, al tener un carácter amplio, llegó a modificar también otros cuerpos legales, tales como el Estatuto Administrativo, el Estatuto Administrativo para Funciones Municipales, y el Código Penal.

Actualmente esta normativa se encuentra en proceso de discusión y reforma, ya que su puesta en práctica ha develado una serie de dificultades y desincentivos para la aplicación, dentro de lo cual se puede destacar que: su objeto es muy limitado, al no considerar una reparación integral del daño, por lo cual la reforma considera ampliar el artículo primero señalando como objetivos de la ley el erradicar, prevenir, sancionar y reparar toda discriminación arbitraria; considera un concepto limitado de discriminación, por lo cual la reforma amplía los grupos de especial protección y agrega una cláusula abierta a las categorías sospechosas; la carga de la prueba la tiene el demandante o denunciante, por lo cual, en la práctica considera a ambas partes iguales, desconociendo la dificultad probatoria del acto discriminatorio, cuestión que se invierte en la propuesta de

341 Henríquez, Miriam, *Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación*. Apunte Academia Judicial Chile, p. 8.

reforma; no existen órganos estatales encargados exclusivamente de materias de no discriminación, por lo cual la reforma busca crear un Consejo de Igualdad y no discriminación arbitraria, entre otras modificaciones propuestas, que actualmente se encuentran en discusión en Comisión Mixta en el Congreso.

II. Ley Nº 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, de 2018

En el año 2013 un grupo de senadoras y senadores presentaron una moción que pretendía reconocer y dar protección al derecho a la identidad de género. De dicha moción surge la Ley Nº 21.120 que fue publicada el 10 de diciembre[342] de 2018, y entró en vigencia el día 27 de diciembre de 2019. El propósito manifestado por dicha moción era la de "terminar con las situaciones de discriminación y exclusión que afectan a muchas personas en Chile, por la imposibilidad de manifestar abiertamente y vivir conforme con su identidad de género, en los casos en que existe una incongruencia entre el sexo asignado registralmente, el nombre, y la apariencia y vivencia personal del cuerpo"[343].

Hasta la entrada en vigencia de esta ley, el derecho a la identidad de género solo se incorporaba y definía en virtud de normas y principios del Derecho Internacional de Derechos Humanos, y otras fuentes, como jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, una de las virtudes de la Ley Nº 21.120 es que reconoce y define el derecho a la identidad de género, entendiéndolo en su artículo primero como "la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos". Para posteriormente en el inciso segundo de dicho articulado señalar que, "se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento".

Esta ley regula procedimientos judiciales y administrativos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona, a fin de que exista una

342 El día diez de diciembre de cada año se celebra el Día internacional de los Derechos humanos, en conmemoración de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

343 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley Nº 21.120, Primer trámite constitucional, Legislatura 361, Sesión 20, 07 de mayo, 2013, P. 3.

correspondencia entre sexo y nombre registral, en aquellos casos en que dicha partida no sea congruente con la identidad de género de la persona.

Se destaca que la norma expresa que los únicos requisitos para el ejercicio al derecho a la identidad de género son aquellos que la propia ley contempla, y en ningún caso se pueden exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal mediante tratamientos médicos, quirúrgicos u otros de quien solicita el procedimiento de rectificación de partida de nacimiento, para dar curso, rechazar o acoger dichas solicitudes. Asimismo, establece que este derecho reconoce –entre otros– el principio de la no patologización, señalando en su artículo 5º, letra a) que toda persona trans tiene el derecho "a no ser tratada como enferma".

Finalmente, cabe destacar que esta ley se encuentra en concordancia con estándares internacionales y compromisos estatales en materia de igualdad y no discriminación, y ha permitido la puesta en práctica de mecanismos eficaces de protección de dicho derecho específicamente para personas trans.

III. Ley Nº 21.400, que modifica diversos cuerpos legales para regular en igualdad de condiciones el matrimonio entre personas del mismo sexo, de 2021

En el año 2017, el Ejecutivo envió un proyecto de ley al Congreso, que permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, como medida parte del Acuerdo de Solución Amistosa del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, a fin de dar cumplimiento con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, recién fue publicada en el Diario Oficial el diez de diciembre del año 2021, entrando en vigencia el diez de marzo de 2022.

Algunos de los cuerpos normativos modificados con esta normativa son el Código Civil y el Código del Trabajo.

En base a lo anterior, el actual artículo 34 del Código Civil establece que los padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación, entendiendo como tales a su madre y/o padre, sus dos madres o sus dos padres. Posteriormente, la misma norma indica que las expresiones de madre y padre se entenderán aplicables sin distinción de sexo, identidad de género y orientación sexual.

Por su parte, el nuevo artículo 207 ter del Código del Trabajo, contemplado en el título relativo a normas sobre la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, establece que "Los derechos que correspondan a la madre trabajadora referidos a la protección a la maternidad regulados en este Título, serán aplicables a la madre o persona gestante, con independencia de su sexo

registral por identidad de género. A su vez, los derechos que se otorgan al padre en el presente Título, también serán aplicables al progenitor no gestante".

Así, del tenor literal de la norma se desprende que la madre o persona gestante, es titular de los derechos a fuero maternal, a ser trasladada a otras funciones sin reducción de su remuneración en caso de que sus labores sean consideradas perjudiciales para la salud en su estado, los descansos de maternidad pre y post natal, permiso postnatal parental, beneficio de sala cuna, derecho a alimentar a hijos menores de dos años y todos aquellos establecidos en favor de la madre trabajadora, en sus mismos términos.

Así, y en concordancia por lo señalado en el Ordinario Nº 147 de la Dirección del Trabajo, resulta obligatorio al empleador proveer un trato igualitario para todas las personas gestantes, en cuanto a la protección del embarazo y garantías protectoras de la maternidad, sin distinción de sexo, identidad de género y orientación sexual.

Por su parte, al progenitor no gestante le asisten todos los derechos que la normativa protectora de la maternidad, paternidad y vida familiar ha reservado para el padre, en sus mismas condiciones.

IV. Ley Nº 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, de 2024

En noviembre del año 2016, el Ejecutivo envió un proyecto de ley al Congreso relativo al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, señalando en su mensaje que dicho proyecto respondía al compromiso del Estado de Chile con los tratados internacionales sobre derechos humanos, particularmente la Convención "Belém do Pará", la cual exige a los Estados Partes en su artículo 7, letra c) "incluir en su legislación normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso". Tras ocho años de tramitación en el Congreso, este proyecto de ley se transformó en la Ley Nº 21.675, siendo publicada el 14 de junio de 2024.

Esta reciente normativa reconoce el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, y en su artículo 5 define violencia de género como "cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello. (…) También será considerada violencia de género aquella ejercida contra niñas, niños y adolescentes, con el objeto de dañar a sus madres

o cuidadoras"; posteriormente en el artículo 6 indica las formas de violencia de género y las define en su particularidad. Sin realizar un listado taxativo, indica que las violencias contra las mujeres son de carácter: física, psicológica, sexual, económica, simbólica, institucional, política, en el trabajo y gineco-obstétrica.

Entre los principios rectores de la ley (artículo 3) se encuentra el de igualdad y no discriminación, el cual se reitera a lo largo de la normativa, entendiendo que la discriminación arbitraria por motivos de género constituye violencia de género y exacerba la violencia contra las mujeres, lo cual a su vez vulnera la igualdad de derechos.

Otro de los elementos centrales de esta normativa es que establece un deber general para todos los órganos de la Administración del Estado, a fin de que, en el marco de sus competencias legales, adopten medidas conducentes a la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género (artículo 7). A raíz de este deber general, la ley también identifica obligaciones especiales para determinados organismos estatales, modifica otras leyes (Código Civil, Ley de violencia intrafamiliar, Ley de tribunales de familia y CNTV), y establece la creación de una Comisión de articulación interinstitucional para el abordaje de la violencia de género, por lo cual, resulta evidente que en términos formales se pretende abordar el fenómeno de la violencia de género y violencia contra la mujer desde diversos entes de la Administración del Estado, sin embargo, la normativa carece de herramientas y recursos para garantizar la aplicación de las medidas que ordena implementar.

Si bien esta ley significa un avance sustantivo en relación a estándares internacionales de derechos humanos, su puesta en práctica aún es incierta, especialmente en virtud de la falta de recursos para que su implementación sea efectiva y cumpla con su objeto, que es el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra toda mujer, en razón de su género (artículo 1).

3. ATENCIONES MÉDICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS

Como ha quedado de manifiesto, la normativa internacional y nacional es clara en cuanto a la obligación de protección del derecho a la igualdad y no discriminación de todas las personas, y teniendo especial resguardo respecto de los derechos de mujeres y personas de la diversidad sexo-genérica, puesto que se encuentran en una posición estructural de alteralidad frente a un sujeto universal que ostenta espacios de poder, y se encuentra en la cima de las jerarquías sociales, y esto a su vez condiciona el acceso a derechos.

Frente a estas consideraciones, se pone en el centro el enfoque de género y de derechos, puesto que estos "reconocen estas inequidades, brechas y barreras que se establecen por jerarquías sociales y distribución del poder"[344] y además se conforman como "una estrategia para el diseño y la implementación de políticas públicas que tiene su sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...). Por el medio del cual las personas son reconocidas como titulares de derechos en lugar de concebirlas como portadoras de necesidades que deben ser asistidas"[345].

Las y los profesionales de la salud se encuentran mandatadas y mandatados a brindar una atención respetuosa y digna a las personas, reconociendo su derecho a la igualdad y no discriminación, tanto porque con ello se da cumplimiento a la normativa vigente en la temática, como también porque aquello es un deber ético.

Respecto del enfoque de género y derecho a la no discriminación en materia de atenciones de salud, destaca la siguiente normativa:

I. Ley Nº 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, de 2012

Esta ley conforma un pilar de reformas de salud que tienen su origen en proyectos de ley presentados en el año 2022, que según su mensaje ponen en el centro "la dignidad de la persona humana"[346]. La norma se encuentra en vigencia desde el 1º de octubre de 2012, y formaliza los derechos de los pacientes en un cuerpo normativo específico.

En su mensaje se indica que entre los principios inspiradores de la ley se encuentran: la dignidad de las personas de carácter inherente a la condición humana; la autonomía de las personas en su atención de salud; el derecho de las personas a decidir informadamente; y el respeto a los menores de edad considerando su desarrollo progresivo.

El artículo segundo de la norma reconoce expresamente el derecho a la no discriminación, en armonía con la normativa vigente en la materia en el país,

---

344 Orientaciones técnicas sobre trato digno en la atención de salud con enfoque de Derechos y Género, Ministerio de Salud, 2022, p. 6.

345 Orientaciones técnicas sobre trato digno en la atención de salud con enfoque de Derechos y Género,Ministerio de Salud, 2022, p. 9.

346 Mensaje del presidente Ricardo Lagos E., del 21 de mayo de 2001.

así indica en su inciso primero que "Toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes".

Posteriormente, se refuerza la idea anterior en el artículo quinto de la ley que estipula que las personas tienen derecho a un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia, y en consecuencia de aquello, los prestadores deberán "velar porque se adopten actitudes que se ajusten a las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas, y porque las personas atendidas sean tratadas y llamadas por su nombre".

Esta ley plantea un catálogo de derechos de las personas en salud, los cuales deben ser respetados y garantizados a todas las personas sin distinción, buscando y, paulatinamente, logrando con ello disminuir las brechas de discriminación que afectan a la población en materia de acceso a la salud.

II. Circular 21, que reitera instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial, de 2012

Este es un instructivo emanado desde el Ministerio de Salud, el cual se encuentra vigente desde el 14 junio de 2012. Cabe aclarar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el denominador común de toda persona trans es el hecho de que su identidad y/o su expresión de género no se condicen con las "socialmente establecidas", para el género que les fuera asignado al nacer, y reiterar que el derecho a la identidad de género se encuentra consagrado también en normativa nacional.

Esta circular establece que el personal de salud deberá considerar siempre el uso del nombre social y el género con el cual una persona se identifica, con independencia del nombre legal. Así, al ser tomados los datos de identificación en el proceso de atención de salud a la persona se le preguntará por su nombre social (con el cual la persona se identifica, acorde a su identidad) y el legal (el que está asignado en el registro civil), debiendo utilizarse en todos los registros ambos nombres siempre, pero siendo imprescindible que la identificación verbal durante el trato y la atención sea a través del nombre social.

III. Circular 05, sobre la atención de salud de infancia y adolescencia trans y género no conforme, de 2022

Este es un instructivo emanado desde el Ministerio de Salud, encontrándose vigente desde el 19 de mayo de 2022, y considera como antecedentes la Convención sobre los Derechos del niño que reconoce su autonomía progresiva; la Ley Nº 20.609 que establece medidas contra la discriminación; y la Ley Nº 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género y que reafirma los principios de interés superior, la dignidad en el trato y la no patologización de la identidad.

Esta circular señala que su objeto es eliminar todas aquellas diferencias injustas y evitables que se traducen en barreras de acceso a la salud, instruyendo a los equipos de atención abierta y cerrada vinculados a la atención de niñas, niños y adolescentes (NNA) a: respetar la identidad del NNA no patologizando su identidad y expresión de género, y afirmando su identidad en consonancia con su autonomía progresiva; utilizar su nombre social y pronombre, consignándolo en el sistema de registro junto a su nombre legal; y capacitar y reforzar el conocimiento de los equipos en materias de diversidad sexual.

IV. Circular 336, que imparte instrucciones respecto a la no discriminación por identidad de género en la afiliación, de 2019

Como ya se ha señalado, la identidad de género no es una enfermedad, patología ni una condición de salud, y así lo ratificó la Superintendencia de Salud en el año 2019, la cual, a través de la Circular 336 que busca velar por la dignidad e igualdad en el trato a las personas trans, impidiendo que las ISAPRES les discriminen al momento de afiliarse o mantenerse en alguna de ellas.

Por tanto, la identidad de género no debe declararse en el formulario de Declaración de Salud, y la ISAPRE tampoco puede exigirla, puesto que no es una patología, y por ello no se encuentra dentro de las preexistencias. Así, la Isapre se encuentra impedida de rechazar la afiliación, restringir la cobertura o dar término al contrato de salud basándose en la identidad de género de las personas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Existe un fecundo desarrollo teórico y posterior recolección de dicha teoría en la normativa jurídica en materias de género, y en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, que, aunque parezca reciente, lo cierto es que forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde sus

inicios, pero en los últimos años ha logrado enfocarse en determinados grupos humanos que consistentemente ven vulnerados sus derechos, y requieren por ello de especial protección.

Este desarrollo ha permeado de forma transversal a la sociedad y así como ha logrado avances, también ha llevado a cierta resistencia, ya sea por convicciones ideológicas, temores prácticos o desconocimiento. Es por lo anterior que resulta fundamental reiterar que: los derechos humanos son intrínsecos a las personas; el derecho a la igualdad y no discriminación es un derecho humano: el derecho a la salud es un derecho humano; la normativa reconoce estos derechos y las personas cuentan con mecanismos para hacer efectiva su protección. Por tanto, plantear las atenciones de salud con enfoque de derechos que considere una perspectiva de género y de no discriminación, no es tan solo una estrategia y una convicción para propender un trato digno en salud, sino que es también dar estricto cumplimiento a la normativa.

En el presente trabajo se ha realizado una revisión jurídica respecto del derecho a la no discriminación en materia de género, sin embargo, esta revisión no es definitiva, sino que más bien es demostrativa de las obligaciones y derechos de las personas, y también de los caminos adoptados por los Estados para estar a la altura de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Lo esperable es que este catálogo normativo se amplíe, y es por ello que informarse y capacitarse en estas materias también es primordial.

Finalmente, y en consideración a lo ya planteado, resulta pertinente rescatar que poner en práctica lo ya expuesto en materia atenciones de salud con enfoque de derechos y género es algo constante, asequible y necesario, y para ello, un primer paso está en revisar las propias prácticas, incorporar nuevas experiencias y enfrentar los desafíos con información veraz y oportuna.

BIBLIOGRAFÍA

- CANALES, Valentina. *Derechos y pobreza: discriminación y violencia contra las personas LGBTIQA+ en Chile*. Anuario de Derechos Humanos – Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2022.
- Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03: párr. 101 y Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. Ciudad de México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005.
- FRANCESCONI, Lavinia. *Violencia contra la mujer en Chile y Derechos Humanos,* 2017.
- FRANCESCONI, Lavinia. *Violencia contra las mujeres en Chile y Derechos Humanos*, 2017.
- HENRÍQUEZ, Miriam. Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Apunte Academia Judicial Chile.
- Ley Nº 20.584, que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.
- Ley Nº 20.609, que Establece medidas contra la discriminación.
- Ley Nº 21.120, que Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.
- Ley Nº 21.400, que Modifica diversos cuerpos legales para regular en igualdad de condiciones el matrimonio entre personas del mismo sexo.
- Orientaciones técnicas sobre trato digno en la atención de salud con enfoque de derechos y género (2022). Ministerio de Salud.
- Principios de Yogyakarta.

- RODRÍGUEZ, Jesús. La otra des igualdad. La discriminación en México. Consejo Nacional para Prevenir la discriminación y Cátedra UNESCO, 2011, p. 19.
- RODRÍGUEZ, Jesús. Una teoría de la discriminación. Editorial Universidad Autónoma Metropolitana. México, 2023.
- SEN, Gita et al. Incorporar la perspectiva de género en la equidad en salud: un análisis de la investigación y las políticas. Organización Panamericana de la Salud, 2005.
- VARELA, Nuria. *Feminismo 4.0, La cuarta ola*. Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., 2019.

FALMED

www.falmed.cl

ANDROS IMPRESORES
www.androsimpresores.cl

En la presente obra, la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A. G., FALMED, aborda diversas materias relevantes para la vida laboral de los médicos y médicas del país. Dicho esfuerzo es apoyado gracias a la amplia experiencia de la Unidad de Defensa Laboral, UDEL, en conjunto con la visión necesaria y oportuna de médicos y médicas con experiencia en estas materias, quienes han aportado como autores o revisores de cada uno de los artículos, en esta labor educativa impulsada por nuestra institución. En efecto, los abogados expertos de UDELAM, UDEGEN y UDMP, gracias a su extenso conocimiento y experiencia acumulada en el ámbito jurídico público y privado, con la participación de insignes doctores y doctoras expertas desarrollan una serie de temáticas de interés, que buscan aportar a la comprensión y análisis de las más diversas materias laborales que forman parte del quehacer médico cotidiano.

Este trabajo recoge la experiencia acumulada en más de 6.569 juicios, 4.000 consultas en materia laboral, 960 procedimientos relativos a defensa de género y 420 atenciones en materias de medicina privada. Es así como la iniciación de actividades y obligaciones tributarias; contratos de honorarios profesionales con instituciones públicas y privadas; profesionales regidos por el Código del Trabajo; protección a la maternidad, paternidad y familia; acoso sexual y laboral; e incentivo al retiro, son algunos de los temas desarrollados de manera específica y detallada por nuestros abogados y abogadas, con el fin de brindar una visión práctica basada en la evidencia jurídica, que permita orientar el trabajo médico y prevenir la judicialización.

FALMED | 30 AÑOS 1995 - 2025

WWW.FALMED.CL