

DIFERENCIAS DOCTRINARIAS JURISPRUDENCIALES ,

ENTRE LA CONTRALORÍA GENERAL Y

LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO,

ANTE UN MISMO CASO .

DOCTRINARY DIFFERENCES JURISPRUDENTIAL,

BETWEEN THE GENERAL AND

THE DIRECTION OF THE WORK,

IN AN SAME CASE.

LEONARDO ESPINOZA ACOSTA¹

Universidad Bernardo O’ Higgins

Santiago, Chile

RESUMEN: La Ley 19.378, sobre Estatuto Jurídico del Personal de la Atención Primaria permite que los funcionarios contratados bajo dicha normativa, dependiendo de la realidad administrativa de la comuna, pueden ser contratados por una Municipalidad o Corporación Municipal, y cada una de ellas es fiscalizada por la Contraloría General de la República y la Dirección del Trabajo, respectivamente, generando diferencias de criterio jurídico en cuanto a la resolución de un mismo conflicto, trayendo como consecuencia arbitrariedad e indefensión en los sujetos activos de dicho cuerpo estatuario.

PALABRAS CLAVES: Jurisprudencia Administrativa. Estatuto Atención Primaria. Ley 19.378. Contraloría General. Dirección del Trabajo.

SUMMARY: Law 19.378, on the Legal Status of Primary Care Personnel, allows the employees hired under said regulations, depending on the administrative reality of the

¹ Abogado Universidad Bernardo O’ Higgins. Diplomado en Universidad y Nación, en Probidad y Transparencia del Estado y en Derecho Administrativo. Candidato a Magíster en Derecho Público. Profesor Invitado del Dpto. de Salud Familiar de la Universidad de Chile y del Diplomado de Recursos Humanos de Salud Primaria de la Universidad Andrés Bello. Relator de la Asociación Chilena de Municipalidades. Asesor legal de diversas Municipalidades en materias de Salud Primaria. Abogados de diferentes Asociaciones de Funcionarios de Salud Primaria. Director Almagro Consultores. LinkedIn: Leonardo Espinoza. Mail: lespinoza@almagroconsultores.cl

municipality, to be hired by a Municipality or Municipal Corporation, and each of them is supervised By the Comptroller General of the Republic and the Labor Directorate, respectively, generating differences of legal criteria regarding the resolution of the same conflict, bringing as a consequence arbitrariness and defenselessness in the active subjects of said statutory body.

KEY WORDS: Administrative Jurisprudence. Primary Attention Statute. Law 19.378. Comptroller General. Work address.

INTRODUCCIÓN

La existencia de diversas tareas en la función pública del Estado ha traído aparejado la dictación de cuerpos normativos que regulen las relaciones labores entre estos funcionarios y el Estado Administrador y en el caso que nos compete, las Municipalidades, no pudiendo aplicarse por regla general el Estatuto Administrativo General, naciendo a consecuencia por ejemplo la Ley 18.883 sobre Estatuto para Funcionarios Municipales, Ley 19.070 sobre Estatuto para Profesionales de la Educación, Ley 19.378(Ley) sobre Estatuto que rige a los funcionarios de la salud primaria, que es el caso que nos compete.

Es necesario aclarar que en el Pregrado la presente normativa, sólo se menciona como un simple ejemplo de un cuerpo estatutario especial y que ni siquiera llega a existir como ramo optativo.

Para efectos de una mejor comprensión, es necesario expresar que en la salud pública existen tres niveles de atención: Primaria, Secundaria y Terciaria, siendo la Salud Primaria la primera línea de defensa que tiene el sistema de la salud pública para la promoción, protección, rehabilitación de los ciudadanos, siendo realizada directamente por cada administración comunal.

Quien lleva a cabo la administración de los recursos humanos y financieros de esta actividad se le denomina Entidad Administradora², pudiendo ser una Municipalidad o bien una Corporación Municipal de Educación y Salud, siendo la primera una persona jurídica de derecho público y la segunda de derecho privado, lo que trae como consecuencia que las instituciones que ejercen el control las relaciones labores de los funcionarios regidos por dicha ley sean instituciones jurídicas distintas, siendo la Contraloría General de la República (CGR) y la Dirección del Trabajo (DT) respectivamente.

Al término de la lectura, podrá generarse el lector la necesidad de lograr unificación de jurisprudencia administrativa a través de una instancia judicial, en consideración que la norma legal que interpretan es una sola y que no es posible que existan diferentes visiones antes un mismo hecho, trayendo como consecuencia indefensión en los funcionarios regidos por la Ley 19.378 y una errónea aplicación del derecho por parte de las entidades administradoras de salud.

A modo de la indefensión y falta de seguridad jurídica que ocasiona la existencia de criterios distintos, no puedo dejar de mencionar uno de los tantos dictámenes que incurren en ello, a saber:

“Dictamen N° 45.517, del año 2002: Se solicita a esta Contraloría General un pronunciamiento acerca de la procedencia de conceder el beneficio contemplado en el artículo 149 de la ley N° 18.883, al personal de atención primaria de salud municipal que se desempeña en las corporaciones municipales.

La entidad recurrente señala que mediante el dictamen N° 43.231, de 2001, este Organismo Contralor manifestó que corresponde a la Dirección del Trabajo pronunciarse sobre los asuntos laborales de los docentes que se desempeñan en las citadas corporaciones municipales, dado el carácter de entidades privadas que éstas revisten.

² Acorde al art. 2, letra A, de la Ley 19.378. b) Entidades administradoras de salud municipal: las personas jurídicas que tengan a su cargo la administración y operación de establecimientos de atención primaria de salud municipal, sean éstas las municipalidades o instituciones privadas sin fines de lucro a las que la municipalidad haya entregado la administración de los establecimientos de salud, en conformidad con el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, del Ministerio del Interior, de 1980.

No obstante, esa Superintendencia requiere un nuevo pronunciamiento sobre la materia, esta vez referido al personal de atención primaria de salud municipal que presta sus servicios en tales corporaciones, atendido que el artículo 4° de la ley N° 19.378, califica a esos trabajadores como funcionarios públicos.

Al respecto, esta Contraloría General cumple con manifestar que debe abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado, toda vez que tal como lo ha señalado su reiterada jurisprudencia, las corporaciones municipales a que se refiere el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1980, tienen el carácter de entidades de derecho privado sin fines de lucro constituidas con arreglo a las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, y se encuentran sujetas a la fiscalización de este Organismo de Control únicamente para los efectos de lo dispuesto en el artículo 25 de la ley N° 10.336, esto es, para verificar la correcta utilización de las subvenciones o aportes del Estado en el cumplimiento del fin específico y determinado de tales recursos, razón por la cual a esta Entidad Fiscalizadora no le corresponde pronunciarse acerca de las relaciones laborales que esas corporaciones mantengan con sus trabajadores, asuntos que por su naturaleza son propios de la competencia de la Dirección del Trabajo.”

Se desprende claramente que CGR no actuará enviando la consulta la DT, que no responderá sobre el criterio señalado y mucho menos buscará una certeza jurídica con el ente competente para conocer de la cuestión, que obviamente tiene una relevancia jurídica que resolver, pero como hermanos sordos y mudos, no son capaces de comunicarse.

No puedo dejar de mencionar que, bajo la administración del actual Director del Trabajo, Don Christian Melis Valencia, hemos encontrado que, para arribar a una decisión, ha utilizado dictámenes de la CGR de manera constante, a diferencia de sus antecesores.

QUÉ ES SER UN FUNCIONARIO APS?

Jurídicamente hablando un APS (*funcionario de atención primaria, denominación propia generada por ellos mismos*), es un funcionario regido por el Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal, que se encuentra prestando servicios en una Dotación de Salud.

Pero en la realidad fáctica ser un APS significa prestar un servicio social a la comunidad, centrado exclusivamente en el ejercicio clínico-asistencial y poseer una vocación definida para los aspectos relacionados con la salud de las personas.

Es decir, es estar sensibilizado hacia un rol social y comprometido con la comunidad, demostrando valores éticos y morales. Cada funcionario público de la salud, **representa** el rostro cotidiano del Estado frente a la ciudadanía, porque es lo más cercano que éste tiene a su realidad concreta.

Por ello, en su desempeño individual se juega no tan sólo su imagen personal sino también la del Estado que representa.

MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA APS

La Ley madre del sistema jurídico de la Atención Primaria, es su estatuto, la Ley 19.378, que nace a la vida del derecho en el año 1995 con el único fin de extirpar todo otro cuerpo normativo, pero que a dicha data la mayoría del personal contratado se encontraba regido por el Código del Trabajo, tal como lo manifestó la Corte Suprema (CS), en el fallo del año 2003, al expresar:

“Considerando Primero: ...la dictación del estatuto de atención primaria, determino que dejaran de aplicarse las disposiciones del Código del Trabajo, salvo por vía supletoria de la Ley 18.883”³, es necesario aclarar que el reenvío que señala la Excma. CS, se refiere a norma expresa y no tácita.

³ Corte Suprema, “Gómez Mella Sonia con Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda”, 24 de Octubre 2004, Rol n° 3975-2003

El artículo primero⁴ señala las materias que la Ley regirá, dando los lineamientos centrales de su marco legal, abarcando la administración, financiamiento y coordinación de la atención primaria de salud municipal, tanto de los establecimientos de salud primaria y su personal.

EL artículo tercero nos establece que esta ley se aplicará a todo el personal que se desempeñe en los establecimientos municipales, es decir, todos los funcionarios de la dotación, ya sea su vínculo laboral indefinido o plazo fijo.

Artículo 3°.- Las disposiciones de esta 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 anterior.

Lo importante de este artículo, nos define lo que son acciones de atención primaria, entiéndase por tal aquellas de carácter asistencial, sea que éstas 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.

Es importante señalar que este artículo nos habla de la descentralización y desconcentración, principios establecidos en el artículo tercero de nuestra Constitución Política de la República, que en realidad es una quimera, ya que presupuestariamente siempre se depende del poder político central.

Por último, establece lo que busca normar este cuerpo jurídico que es la relación laboral, la carrera funcionaria y los deberes y derechos de los funcionarios de la salud municipal, en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 2, en su letra A nos expresa que debemos entender por establecimiento municipales de atención primaria, pero no nos da un concepto, sino más bien una enumeración:

⁴ ARTÍCULO 1. Esta ley normará, en las materias que en ella se establecen, la administración, régimen de financiamiento y coordinación de la atención primaria de salud, cuya gestión, en razón de los principios de descentralización y desconcentración, se encontrare traspasada a las municipalidades al 30 de junio de 1991, en virtud de convenios regidos por el decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, del Ministerio del Interior, de 1980. Asimismo, normará los aspectos anteriormente citados, respecto de aquellos establecimientos de atención primaria de salud que sean creados por las municipalidades; traspasados con posterioridad por los Servicios de Salud; o que se incorporen a la administración municipal por cualquier causa. También regulará, en lo pertinente, la relación laboral, carrera funcionaria, deberes y derechos del respectivo personal que ejecute acciones de atención primaria de salud.

1. Consultorios generales urbanos
2. Consultorios rurales.
3. Postas rurales, y
4. Cualquier otra clase de establecimientos de salud, siempre y cuando sea administrado por una entidad administradora.

Esta enumeración es de carácter taxativa, así que sólo los mencionados anteriormente serán establecimientos de atención primaria, por tanto, el legislador nos limitó el ámbito de aplicación de la ley.

Ahora bien, el artículo 2, en su letra b, nos expresa lo que es una entidad administradora, entendiéndose por tal, las personas jurídicas que tengan a su cargo la administración y operación de establecimientos de atención primaria de salud municipal, sean éstas las municipalidades o instituciones privadas sin fines de lucro a las que la municipalidad haya entregado la administración de los establecimientos de salud, es decir, las corporación municipales, de conformidad con el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, del Ministerio del Interior, de 1980.

Cuando la entidad administradora recae solamente en la Municipalidad es ésta, quien hace las veces de empleador, pero cuando existe una Corporación Municipal, será ella quien ejerza la administración de Salud.

La Dirección de Salud es la denominación propia de las Corporaciones Municipales y el Departamento de Salud, proviene de las Municipalidades, esto es un por tema histórico y no dice relación con norma legal alguna.

Cualquiera sea la forma de administrar, existe una unidades técnicas, financieras y operacionales, además de la existencia de un departamento de personal exclusivo de la Atención Primaria, pasando a existir una suerte de independencia total del órgano principal.

En el Departamento de Salud (municipalidad) se ha entendido de acuerdo a la legislación vigente, que es la Contraloría General de la República, el órgano por excelencia que cumple dicha labor, tanto en lo laboral como en lo administrativo y a contrario sensu, en las Direcciones de Salud (Corporación Municipal) será la Dirección del Trabajo quien solo vele

por las relaciones laborales, manteniendo la CGR su labor sobre temas operacionales y administrativos, motivo del presente trabajo.

Por lo anterior, no es el reconocimiento de la naturaleza jurídica de funcionarios públicos la circunstancia determinante que excluye la aplicación del Código del Trabajo al personal que labora en la atención primaria de salud municipal, sino el propósito del legislador de establecer un estatuto jurídico propio para dicho personal atendida la importancia, urgencia y el interés general como necesidad colectiva, que representa la atención primaria de salud municipal.

Al existir esta dualidad de entidades administradoras, llevó a la Contraloría General de la República en su dictamen N° 29.730, de 21.09.95, a señalar que la naturaleza jurídica de funcionarios públicos que se reconoce al personal regido por la ley 19.378 no tiene el alcance propio del funcionario público, ya que para poder atribuir esa calidad es menester que se presten los servicios para un organismo público, exigencia que no concurre cuando su empleador es una corporación municipal, ya que son personas jurídicas de derecho privado.

La legislación de la Atención Primaria no regula algunas situaciones como por ejemplo el fuero maternal, la sala cuna, colación, permiso en caso de muerte de algún pariente cercano, entre otros ejemplos, hecho que trae como consecuencia que las entidades administradoras utilizan por expreso mandato legal normas de la Ley 18.883, sobre Estatuto de Funcionarios Municipales y a falta de regulación en esta, se deben interpretar las normas generales del derecho público.

El Código del Trabajo se aplica de manera expresa, cuando ha sido la propia ley que lo ha manifestado, tal como ocurre con las normas de la protección de la maternidad o fallecimiento de un familiar.

Pero ante la ausencia de norma alguna, las entidades administradoras deben basarse en la jurisprudencia administrativa, para dar solución a sus conflictos, a modo de ejemplo, es necesario expresar que durante el periodo de feriado legal tiene derecho a gozar de una licencia médica, no se expresa que institución prevalece, siendo la jurisprudencia quien debió

zanjar esta ausencia normativa, tal como lo hizo Dictamen N° 12496 de Contraloría General de la República, de 13 de Febrero de 2015, al disponer lo siguiente:

“En las leyes N°s. 18.834 y 18.883-, que atendido que en dichos textos estatutarios no se contempla una regla expresa que prevea la preferencia del derecho a licencia por sobre el otro, como tampoco disposición alguna que admita suspender el período destinado al descanso del servidor por efecto de una enfermedad que origine el otorgamiento de un permiso médico durante el goce de aquel, debe estarse a la norma general en la materia, cual es, que las vacaciones corren ininterrumpidamente cuando son concedidas.

De acuerdo al criterio contenido en los dictámenes N°s. 8.990 y 28.755, ambos de 2000, en casos debidamente calificados, la autoridad administrativa puede ponderar la procedencia de suspender las vacaciones de un servidor que se ve afectado por una enfermedad grave, durante el transcurso de las mismas, ya que, en ese evento, el feriado no cumpliría su principal objetivo, cual es el descanso del trabajador, debiendo ejercer tal facultad racionalmente, evitando incurrir en diferencias arbitrarias y analizando los antecedentes de cada situación, atendido el carácter excepcional de dicha decisión.”

PARALELO ENTRE LAS MUNICIPALIDADES Y CORPORACIONES MUNICIPALES

A continuación, podremos ver un paralelo fáctico y jurídico entre las entidades administradoras de salud primaria, que ayudara a visualizar las diferencias y semejanzas, entre una y otra.

SEMEJANZAS

1. Ambas son fiscalizadas por el Consejo para la Transparencia.
2. Las apelaciones del proceso de calificación las resuelve el Alcalde.

3. El ente técnico es el Servicio de Salud, que corresponda al territorio de la comuna que corresponda.

DIFERENCIAS

1. El cargo de Director de Salud, en el caso de las Municipalidades es siempre mediante Concurso Público, en cambio en las Corporaciones Municipales, hoy en día en algunas de ella opera el Código del trabajo.
2. Que la Municipalidad es una entidad de derecho público, a diferencia de la Corporación Municipal es de derecho privado.
3. En las Corporaciones las contrataciones de los funcionarios se realizan mediante contratos de trabajo y excepcionalmente mediante resolución de la secretaria general. En el caso de la Municipalidad, toda contratación opera mediante el respectivo decreto alcaldicio.
4. En las Corporaciones Municipales para efectos de compras no aplica la ley 19.886, en el caso de las Municipalidades deben registrarse íntegramente por dicha normativa.
5. El cargo de Director de Salud, en el caso de las Municipalidades es siempre mediante Concurso Público, en cambio en las Corporaciones Municipales, hoy en día en algunas de ella opera el Código del trabajo.

Para finalizar la enumeración, el motivo que origina el presente trabajo, dice relación con el organismo que fiscaliza las relaciones labores de los funcionarios de las Corporaciones Municipales siendo este la DT y en cuanto al uso de los recursos públicos es la CGR, en el caso de las municipales en ambos casos es la CGR quien fiscaliza amabas situaciones.

Al existir esta dualidad de entidades administradoras, es lo que trae como consecuencia la existencia de dos órganos que fiscalizan a un mismo personal regido por una idéntica Ley, originando dudas e indefensión.

El personal debe dirigirse ya sea a la DT o a la CGR⁵, con el fin de obtener un pronunciamiento sobre su caso en particular, y esto nace a consecuencia del derecho a petición, que se encuentra en nuestra CPR, en su artículo 19, al consagrar en el numerando 14, que podrán presentarse peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;

Este artículo es prácticamente similar a los que prescribían las constituciones de 1833 y la de 1925. La gran diferencia de los textos mencionados radica en que hoy en día se establece respecto de toda persona y no limitada a los habitantes de ella, como se mandataba en las anteriores Constituciones.

En cuanto a los requisitos debe cumplirse con dos requisitos, como que debe realizada en términos respetuosos y que la petición debe ser conveniente.

Aun cuando no quedó plasmado una obligación de contestar, fue una discusión que dio dentro de la Comisión para estudio de una Constitución, el profesor Alejandro Silva Bascuñán manifestó incorporar dicha obligación al expresar:

“El señor Silva Bascuñán manifiesta que, en relación con este precepto, es de opinión que debe completarse con la obligación de la autoridad de responder y, como consecuencia, la sanción que el legislador pueda establecer para quienes no respeten ese deber”, hecho que nuestra Corte Suprema a recogido en sus sentencias al expresar:

⁵ Aquí es necesario expresar que la presentación no debe ser presentada en una institución equivocada, a diferencia del derecho de acceso de la información, la CGR y la DT, no se encuentran obligados a derivar el asunto de manera interna al competente, solo se han limitado a informar que deben ocurrir ante el que corresponda.

Que el derecho a petición involucra o trae aparejado en sí mismo el deber de respuesta oportuna de la autoridad, una vez terminado el proceso reglado para esa materia⁶, hecho que tanto la DT y la CGR, si están obligadas, ya que no pueden obviar este mandato tacita del Constituyente, de oír a los particulares y dar ciencia cierta sobre sus derechos subjetivos perturbados y a consecuencia de ello, es que tanto las decisiones de la CGR y de la DT, son obligatorios(pero no poseen capacidad de imperio), para las entidades administradoras, hecho que lo corrobora por lo menos la CGR, en el dictamen N° 6.177, de fecha 3 de febrero de 2010 de la Contraloría General de la Republica, el cual señala:

“Se ha dirigido a esta Contraloría General el Presidente de la Asociación de Funcionarios Municipales de la Salud “Manuel Bustos” de Quilicura, solicitando se aclare si los dictámenes de este Órgano Contralor son obligatorios para los municipios, al tenor del oficio jurídico interno N° 746, de 2009, de la Dirección de Asesoría Jurídica de ese municipio -el cual acompaña-, por el que se expresa que cualquier interpretación que haga esta Entidad de Fiscalización sobre una ley “sólo constituye una directriz para los Municipios y no los obliga.

Sobre el particular, cabe señalar que la jurisprudencia de este Organismo de Control, contenida, entre otros, en el dictamen N° 51.870, de 2009, ha manifestado que los informes jurídicos emitidos por esta Entidad son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización, entre los que se encuentran las municipalidades, obligación que encuentra su fundamento en los artículos 6°, 7° y 98 de la Constitución Política de la República; 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; y 1°, 5°, 6°, 9°, 16 y 19 de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, por lo que el incumplimiento de dichos pronunciamientos por parte de las autoridades significa la infracción de sus deberes funcionarios, comprometiendo su responsabilidad administrativa.

En efecto, es preciso hacer especial mención que, de conformidad con el referido artículo 6°, inciso final de la ley N° 10.336, las decisiones y dictámenes de la Contraloría General

⁶ ALDUNATE, Eduardo, (2009): Constitución Política de la República: Doctrina y Jurisprudencia. (Chile, Editorial Punto Lex) T I, 265 pp.

de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de jurisprudencia administrativa, en las materias de su competencia a que se refiere el artículo 1° de ese texto legal; y, además, que de acuerdo con lo ordenado en forma expresa en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo, los abogados o asesores jurídicos de los distintos organismos sometidos al control de esta Entidad Fiscalizadora -entre ellos, las municipalidades-, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios”

Respecto de la DT, existe la posibilidad por parte de esta entidad, en el evento de no cumplir un ordinario, se puede solicitar la respectiva fiscalización y mediante dicha figura sancionar con una multa a beneficio fiscal, por el incumplimiento de las normas legales.

Tal como fue mencionado brevemente, debo recordar que las decisiones adoptadas por la CGR y la DT, no poseen la facultad de imperio que si tienen los tribunales de justicia, siendo esta la posibilidad de ejecutar sus resoluciones mediante órdenes "*directas*" a la fuerza pública y que "*la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar*".

No obstante, lo anterior, no puedo dejar de mencionar la responsabilidad administrativa que podría recaer en algún funcionario que no cumpliera con lo mandatado, ya que el superior jerárquico al conocer de la decisión adoptada, puede solicitar la aplicación directa de ello, teniendo a la vista el art. 58, letra f, de la Ley 18.883, Estatuto de Funcionarios Municipales, el cual dispone:

“Son obligaciones funcionarias: f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico;”

Para finalizar, sólo deseo expresar que no me detendré en analizar las facultades que posee tanto la CGR y la DT, para calificar los hechos que se colocan en el ámbito de sus conocimientos, ya que no son el tema central de este trabajo, limitándome que la fuente central de esta facultad, se encuentra en las leyes orgánicas de cada una de ellas.

JURISPRUDENCIA UNIFICADA

Los ejemplos que coloco a continuación sólo tienen el único fin de demostrar que ambas instituciones criticadas en este trabajo, son capaces de poseer un mismo criterio, sin ni siquiera trabajar en conjunto.

CAMBIO DE CATEGORÍA: Las categorías funcionarios, son aquellos estamentos, en los cuales la dotación de salud se distribuye y organiza, de acuerdo a sus niveles educacionales y necesidades del servicio. El listado que da el artículo quinto⁷ del estatuto de Atención Primaria es de carácter taxativo, no existiendo otras categorías, en otras palabras, la dotación que ingresa a la carrera funcionaria debe calificarse dentro de una de ellas y que durante la vida funcionaria puede ser modificado.

- a) *Ordinario N° 5102/195:* La Corporación Municipal de Lo Prado ha estado impedida de clasificar automáticamente a un funcionario en la categoría b) Otros Profesionales que prevé el artículo 5° de la ley 19.378, porque para acceder a las categorías contempladas por la citada disposición, debe convocarse a previo concurso público de antecedentes, siempre que existan horas vacantes en la categoría y el funcionario cumple con los requisitos exigidos para ser clasificado en ella.
- b) *Dictamen N° 48.077 del año 2004:* Distinto es el caso cuando se trata de cambiar a una categoría diferente, sólo podrá accederse mediante el mecanismo del concurso público, pero solamente en el evento que existan horas vacantes.

⁷ ARTICULO 5. El personal regido por este Estatuto se clasificará en las siguientes categorías funcionarias:

- a) Médicos Cirujanos, Farmacéuticos, Químico - Farmacéuticos, Bioquímicos y Cirujano - Dentistas.
- b) Otros profesionales.
- c) Técnicos de nivel superior.
- d) Técnicos de Salud.
- e) Administrativos de Salud.
- f) Auxiliares de servicios de Salud.

FERIADO PROGRESIVO: El Estatuto Jurídico de la Atención Primaria, no permite el pago del feriado progresivo ni proporcional, ya que dicho no está permitido y mucho menos regulado en la Ley, hecho se reconoce por la CGR y la DT.

- a) *Ordinario N° 6773/341, de fecha 7 de Noviembre de 1997:* Respecto de los beneficios no remuneratorios como por ejemplo la jornada de trabajo, feriado anual(progresivo) y feriado progresivo, cabe señalar que sólo mantendrán su vigencia en la medida que sean compatibles con la forma, duración y oportunidad para su ejercicio que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, y así se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, entre otros, en los dictámenes N°s 5.762-248, de 21.10.96; 3.947-216, de 08.07.97 y 3.948-217, de 08.07.97.
- b) *Dictamen N° 61.043 del 24-12-2008:* Los servidores afectos a la ley 19378 solamente pueden percibir los beneficios que en dicha ley se establecen, entre los cuales no se encuentra el pago del feriado proporcional.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DIFERENCIADA

A continuación, encontraremos casos sobre los cuales la CGR y la DT, ante una misma hipótesis han calificado de manera jurídica diferentes la resolución del problema, a saber:

- A. **FUERO MATERNAL:** El fuero maternal se encuentra regulado en el Código del Trabajo, el cual se aplica por reenvío directo de la norma supletoria de la Ley 19.378, siendo el Estatuto de Funcionarios Municipales, por ende una mujer contratada a plazo fijo o indefinido goza de fuero, pero aquella contratada bajo la modalidad de reemplazo⁸, se discute.

⁸Ley 19.378, inciso final, art. 14: En todo caso, en el porcentaje establecido en el inciso precedente, no se incluirá a quienes estén prestando servicios en razón de un contrato de reemplazo. Este es aquel que se celebra con un trabajador no funcionario para que, transitoriamente, y sólo mientras dure la ausencia del reemplazado, realice las funciones que éste no puede desempeñar por impedimento, enfermedad o ausencia autorizada. Este contrato no podrá exceder de la vigencia del contrato del funcionario que se reemplaza.

Dictamen N° 961 de 2012: Las recurrentes fueron contratadas en calidad de reemplazantes y que posteriormente, el municipio las contrató a plazo fijo, bajo la *errónea creencia que las amparaba el fuero maternal*, cabe concluir que se ajustó a derecho que no se haya renovado la designación de las funcionarias y haya dispuesto el cese de los contratos a plazo fijo, puesto que no procedían.

Ordinario N° 1881/158: En el sistema de salud municipal, el personal reemplazante tiene derecho fuero maternal.

B. CONTRATACIÓN CON FINANCIAMIENTO DIFERENCIADO: En el sistema presupuestario de la salud primaria, uno de las vías de financiamiento de ella son los fondos que ingresan a través de programas por medio de los Servicios de Salud a lo largo del país. Se ha discutido como procede la contratación del personal que desarrolla labores en ellos, si es a través de plazo fijo o indefinido o bajo la modalidad de honorarios. Aquí podremos ver una igualdad de criterio, pero los fundamentos para arribar a una misma conclusión son diferentes y consecuencia de este hecho, es porque decido colocarlo en este título del trabajo y no en el anterior.

Dictamen N° 71.661 de 2010: La Subsecretaría de Redes Asistenciales manifestó, que no existiría un impedimento jurídico para contratar a quienes se desempeñan en los mencionados programas de salud, bajo la modalidad de plazo fijo o indefinido, toda vez que dichas personas cumplen funciones en los establecimientos respectivos, ejecutando “en forma personal y exclusiva acciones directamente relacionadas con la atención primaria de salud”.

La Asociación Chilena de Municipalidades, informo que no existiría la obligación de contratar a honorarios, sino que sería una mera facultad, no habiendo inconvenientes en realizar designaciones a plazo fijo o indefinido.

Es posible concluir que los municipios, al efectuar la estimación del número de horas requeridas para ejecutar las prestaciones de atención primaria de salud, pueden

considerar la contratación a plazo fijo o indefinido del personal necesario para la realización de aquellos programas a que alude el anotado artículo 56 de la ley N° 19.378, en tanto estos se mantengan en el tiempo.

Ordinario N° 2093: La modalidad de contratación del personal que realiza funciones transitorias, asociadas a programas anuales de salud y financiadas con recursos provenientes del Servicio de Salud, en el marco de convenios celebrados con este último, debe atenderse a lo señalado en el cuerpo del presente informe.

El legislador permite la contratación a honorarios para atender necesidades específicas del servicio surgidas accidentalmente, correspondiendo éstas a labores que habitualmente no se realizan en el área o sector, pero que no obstante su accidentalidad y especificidad resulta indispensable atender, sin embargo, de extenderse la circunstancia que da origen a dicha contratación por un período prolongado importa que la labor o función contratada por esa modalidad, no tiene el carácter de accidental, en cuyo caso, debe entenderse que el personal afectado está cumpliendo labores habituales y permanentes que ameritan la contratación por alguna de las modalidades que contempla el artículo 14 de la ley 19.378.

En la especie, manifiesta que el personal por el cual consulta, se desempeña en labores de carácter transitorio asociadas a programas anuales de salud, las cuales no especifican ni describe, asimismo, señala que al personal que se encuentra en la situación en consulta se le ha contratado por la Corporación mediante contrato de trabajo. Pues bien, a la luz de lo expuesto, para determinar la modalidad de contratación correspondiente, debe analizar cada caso de acuerdo a los parámetros y limitaciones legales y jurisprudenciales explicitadas en los acápites que anteceden.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que para determinar la modalidad de contratación del personal que realiza funciones transitorias, asociadas a programas anuales de salud financiadas con recursos provenientes del Servicio de Salud, en el

marco de convenios celebrados con este último, debe atenderse a lo señalado en el cuerpo del presente informe.

- C. **RENUNCIAR A HORAS DE CONTRATACIÓN:** La Ley 19.378 que una de las causales de cesación de funciones es la renuncia voluntaria, sin hacer distinción si existe la hipótesis de renunciar a una parte o totalidad de sus horas. A continuación, encontraremos la diferencia de criterio existente, a través del cual la CGR rechaza la situación de renunciar y que la Dirección lo permite.

Dictamen N° 12.027 de 1997: El médico incorporado a la dotación de atención primaria con jornada de 44 horas, no este renuncie a parte de la jornada.

Ordinario N° 381/10.: El personal sujeto a contrato indefinido que voluntariamente renuncia a una parte de las horas de su jornada semanal, mantiene su contrato indefinido por las horas restantes.

- D. **PLAZO IMPUGNACIÓN PLAZO FIJO:** El proceso a través del cual las personas logran ingresar a la dotación de Salud, para obtener un contrato de indefinido, es por medio de un Concurso Publico acorde al a ley supletoria, el plazo es de diez días.

Dictamen N° 36.698 de 2015: Dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde que se tuvo conocimiento de la situación, resolución o actuación que le dio lugar.

Ordinario N°1518/29: Corresponde a los Tribunales de Justicia determinar irregularidades o ilegalidades en las bases de los concursos internos ordenados por la ley 20.858, si los mismos ya se encuentran terminados y han sido contratados indefinidamente los funcionarios que resultaron ganadores de los mismos.

- E. **CAUSA LEGAL PARA EL PAGO DE BONOS ADICIONALES:** El Estatuto de Atención Primaria, señala claramente los estipendios que debe recibir el personal de la salud primaria, existiendo siempre una causa legal para el pago de ellos.

Dictamen N° 18.744 de 2015: La Contraloría Regional de Los Ríos ha remitido a esta Sede Central una presentación de la Municipalidad de Valdivia, mediante la cual solicita se determine si resulta pertinente conceder, en un periodo específico, más de una asignación especial transitoria de aquellas previstas en el artículo 45 de la ley N° 19.378, a funcionarios pertenecientes a la categoría b) de su dotación de salud.

Sobre el particular, el artículo 45 del referido texto legal preceptúa 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 de la municipalidad, según las necesidades del servicio. 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”.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa contenida, en los dictámenes N°s. 56.269, de 2011, y 82.349, de 2013, ha concluido que la asignación en comento tiene una naturaleza discrecional, o sea, que compete exclusivamente a la municipalidad, con la aprobación del concejo, decidir su procedencia, en consideración a los recursos de que disponga, pudiendo conferirla en la fecha que estime oportuna, rebajarla, e incluso dejarla sin efecto, dentro del pertinente año o de uno para otro, sin expresión de causa, en razón de las variaciones que experimente su presupuesto.

Ordinario N° 0758/014: No existe inconveniente jurídico para que la Corporación Municipal de Ancud, unilateralmente y por mera liberalidad, haya otorgado a sus trabajadores el pago de la indemnización por años de servicio a todo evento al término del contrato, según sus disponibilidades presupuestarias, sin perjuicio de eximirse posteriormente de ese pago cuando no exista esa disponibilidad presupuestaria.

- F. **RENOVACIÓN PLAZO FIJO:** La dotación de salud primaria puede ser contrata a plazo fijo o indefinido, y en el caso de la primera hipótesis estos cesan en funciones por la sola llegada del plazo acorde a la letra C del artículo 48 de la Ley.

Dictamen N° 29.299 de 2013: Solicita se determine si se ajustó a derecho su despido, dispuesto por el aludido municipio de Maipú, el que le fuera comunicado por correo electrónico, sin notificación previa, haciendo presente que se encontraba con licencia médica y que nunca firmó un contrato con esa municipalidad. su vez, el artículo 48 del texto legal citado, al regular el término de la relación laboral, previene -en lo pertinente-, que los servidores de una dotación municipal de salud dejarán de pertenecer a ella, entre otras causales, por el vencimiento del plazo del contrato, en conformidad a la letra c) de dicha disposición.

Por lo que su desvinculación se produjo por la razón expuesta precedentemente, debiendo tener presente que la renovación de la especie constituye una potestad privativa de la máxima autoridad edilicia, la que no se encuentra obligada a disponerla (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 80.470, de 2010 y, 61.393, de 2012, ambos de este origen).

Ordinario N° 5313/351: De acuerdo con las disposiciones legales aludidas y la doctrina administrativa expuesta, en opinión de la suscrita, el funcionario que continúa prestando servicios después del vencimiento del plazo, debe entenderse que se ha renovado su contrato por otro período igual o inferior a un año calendario, y que las posteriores renovaciones no alteran la naturaleza jurídica de contrato a plazo fijo.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Todo dictamen de la CGR y de la DT, puede ser revisada por los Tribunales de Justicia, por medio de cualquier instrumento que nos entrega la ley, ya sea por la Acción de Nulidad de Derecho Público o el querido Recurso de Protección, sea cual fuera la decisión que el

particular desee tomar, la sentencia judicial siempre se impondrá sobre la decisión administrativa.

Esta imposición, la vemos plasmada en la *Teoría de la Inclinación* derivada de la Corte Suprema, la cual consiste claramente que toda jurisprudencia administrativa, debe inclinarse ante la Judicial, tal como se plasma de manera clara en el Fallo de la Corte Suprema, causa número de rol 5.339-2012, considerando Quinto, el cual expreso:

“Quinto: Que en cuanto a las normas de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República que se indican como vulneradas, ha de descartarse tal reproche como quiera que fue la propia actora quien pidió un pronunciamiento al municipio recurrido sobre el tema, el cual fue respondido mediante el Oficio Ordinario N° 10/1364 que ha sido el impugnado a través del presente reclamo de ilegalidad y en el cual la Municipalidad expuso las razones que le impedían sostener que la sociedad no estaba afecta a patente municipal, debiendo además señalarse que el criterio sostenido por la Contraloría General de la República invocado por la recurrente ha de ceder frente al de esta Corte Suprema, que no se encuentra vinculada por los dictámenes del órgano contralor de la Administración del Estado y que es la llamada a resolver el presente caso.

En efecto, tal como lo señalara esta misma Corte en sentencia recaída en recurso de protección Rol N° 2791-2012, “debe dejarse establecido una vez más que *la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales*, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece -interpretando la ley- que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los

dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos ‘de la jurisprudencia administrativa’ como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica”.⁹

Ahora bien, aun cuando es necesario que el imperio del derecho se vea respetado y ordenado por los Tribunales de Justicia, no siempre estos fallan acorde al mérito legal, tal como es el caso que a continuación veremos, ya que el ordenamiento jurídico de la Atención Primaria, tal como lo reconoce tanto la Jurisprudencia de la CGR y los Ordinarios de la DT, el feriado progresivo no es una institución aplicable al personal regido por la Ley, ya que esta no lo dispone, no mucho menos por aplicación supletoria del Código del Trabajo, tal como lo señale anteriormente.

No obstante, lo anterior, el Segundo Juzgado Laboral de Santiago, en la causa número de RIT: O-3744-2014, en su Considerando Decimo Quinto, decide en una forma muy distinta a lo expresado por los dos órganos fiscalizadores, a saber:

“DÉCIMO QUINTO: Que los demandantes solicitan, además, el pago de feriados legales y proporcionales en las sumas que indican, y el demandado señala que no les corresponde por cuanto las normas aplicables contenidas en la ley 19.378, no contempla el pago de dicho concepto.

Que de la norma transcrita no se infiere lo sostenido por la demandada, por cuanto claramente la norma indica que es un derecho del personal regido por esa ley, y en cuanto derecho le asiste tanto el hacer uso del mismo o el obtener el pago del mismo en caso que no hubiese hecho uso de él y su relación concluyó, cuyo es el caso de los demandantes, y dado que la demandada no acreditó por medio alguno que aquéllos hubieren hecho uso del mismo o que se hubiese pagado, se accederá a su cobro en los términos solicitados en la demanda.”. Es claro que no compartimos este criterio, ya que, si los jueces obran en dicho tenor, se abre la puerta para que un tiempo próximo, se inicien a utilizar instituciones privadas para resolver controversias de índole público.

⁹ Otros fallos de la Corte Suprema, se puede revisar el Rol n° 5.592 y el Rol n° 5.984, ambos del año 2013.

Ahora bien, en este mismo campo de aplicación del feriado legal, el Juzgado de Letras de Ancud, con fecha 30 de Septiembre de 2015, en su Considerando quinto, expreso que conforme al artículo 18 de la ley N°19.378, sin que al regularse se establezca su pago proporcional al terminarse la relación laboral antes del cumplimiento de un año, como en el Código del Trabajo, sin que se pueda aplicar sus disposiciones en este punto, por ser un aspecto regulado¹⁰.

De todo lo descrito anteriormente, se deja de manifiesto tanto de manera expresa como tacita, la aplicación real la “teoría de la inclinación”, dejando en claro la superioridad de la jurisprudencia judicial.

CONCLUSIONES

1. La existencia de un Estatuto Jurídico especial para los funcionarios que participan en la Salud Primaria, siendo este la Ley 19.378, y que dependiendo de quién administre este sector, dependerá del órgano que fiscalice sus relaciones laborales.
2. Que, ante una Corporación Municipal, el órgano competente es la DT y ante una Municipalidad, será la CGR.
3. Que tanto la DT y la CGR, tienen la capacidad para calificar jurídicamente los hechos que solicitan su pronunciamiento, ya que carecer de esta potestad no permitiría realizar su labor.
4. Que existen criterios jurídicos distintos entre la CGR y la DT en temas específicos, que requieren unificación de criterio y así no generar indefensión y confusión en el personal de la salud primaria.

¹⁰ Podemos apreciar también la existencia de diferencias jurisprudenciales a nivel judicial, tema que no es materia en este estudio.

5. Que la DT, es quien ha basado su jurisprudencia en más de alguna ocasión en lo resuelto por la CGR y que esta última jamás, ha utilizado decisiones de la DT para solucionar un conflicto sometido a su conocimiento.
6. Que la Jurisprudencia Judicial, se impone de manera categórica ante la administrativa, siendo la último ratito.
7. Que, ante la ausencia de norma expresa, los dictámenes deben ser quienes llenen el vacío legal existente.
8. Que, ante la existencia de jurisprudencia administrativa unificada, se puede demostrar que posible generar criterios idénticos.
9. Que la jurisprudencia de ambos órganos, se aplica por analogía a otros de casos que se encuadren dentro del hecho ya sancionado.
10. Que tanto la CGR y la DT, deben velar por el principio de la Coordinación y Colaboración que deben tener a la vista los Órganos Públicos, con el fin de obtener seguridad jurídica en sus decisiones respecto de derechos de los funcionarios.

BIBLIOGRAFÍA

Libros citados

1. ALDUNATE, Eduardo, (2009): Constitución Política de la Republica: Doctrina y Jurisprudencia. (Chile, Editorial Punto Lex) T I.

Jurisprudencia Judicial citada

1. Corte Suprema “gomez mella sonia con municipalidad de pedro Aguirre cerda” ,24 de octubre 2004 (2003), Rol 3975-2003.
2. Juzgado Laboral de Santiago (2) “Rodríguez morales, con corporación municipal de desarrollo social de Macul”, 30 de diciembre de 2014, Rol O-3744-2014.
3. Juzgado de Letras de Ancud, “ C.A.U.U. con Corporación Municipal Ancud”, 30 de Septiembre de 2015 Rol : O-10-2015.

Jurisprudencia Administrativa citada

Dictámenes de la Contraloría General de la Republica

1. Dictamen N° 45.517, del año 2002.
2. Dictamen N° 29.730, del año 1995.
3. Dictamen N° 12496 del año 2015.
4. Dictamen N° 6.177, del año de 2010.
5. Dictamen N° 48.077 del año 2004.
6. Dictamen N° 61.043 del año 2008.
7. Dictamen N° 961 del año 2012.
8. Dictamen N° 71.661 del año 2014.
9. Dictamen N° 12.027 del año 1997.
10. Dictamen N° 36.698 del año 2015.
11. Dictamen N° 18.744 del año 2015.
12. Dictamen N° 29.299 del año 2013.

Ordinarios de la Dirección del Trabajo

1. Ordinario N° 5313/351.
2. Ordinario N° 5102/195.
3. Ordinario N° 1881/158.
4. Ordinario N° 2093.

5. Ordinario N° 381/10.
6. Ordinario N°0758/014.
7. Ordinario N°1518/29.