



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES EN
DERECHO
K 4190 (1007) 2017

Juridico

5013

ORD.:

MAT.: 1) La trabajadora que ejerció el cargo de Directora de Establecimiento de Atención Primaria de Salud sin que su empleador hubiere convocado un concurso público de antecedentes para tal efecto, no puede mantenerse en dicha función de forma indefinida una vez transcurrido el período de tres años desde su nombramiento, ni menos alegar titularidad sobre ella toda vez que su designación se efectuó sin cumplir con la formalidad establecida en el artículo 33 de la ley N° 19.378 que exige la convocatoria de un concurso público de antecedentes.

2) La Corporación Municipal de Educación, Salud y Atención de Menores de Chonchi debe ajustar su actuar a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley N° 19.378, precepto que impone la obligación de convocar a concurso público de antecedentes para proveer el cargo de Director de Establecimiento de Atención Primaria de Salud.

3) Las normas de protección a la maternidad resultan plenamente aplicables al personal de salud, regido por la ley N° 19.378 o Estatuto de Atención Primaria de Salud, contratados de acuerdo alguna de las modalidades contempladas en el artículo 14 de dicho Estatuto, esto es, a plazo fijo, indefinido o bien de reemplazo.

ANT.: 1) Instrucciones de Jefe de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho de 15.09.2017.

2) Correo electrónico de 04.07.2017 y 08.08.2017 de Lorena Cortés Bustamante.

3) Ord. N° 408 de 09.05.2017 de Director Regional del Trabajo- Región Los Lagos.

4) Correo electrónico de Inspectora Provincial de Castro Chiloé, de 05.05.2017.

5) Denuncia folio 1005/2017/265 de 02.05.2017 interpuesta por doña Lorena Cortés Bustamante.

SANTIAGO,

25 OCT 2017

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO
REGION LOS LAGOS
URMENETA N° 509, 3° PISO
PUERTO MONTT

Mediante presentación del antecedente Nro 3), se ha derivado denuncia formulada por doña Lorena Cortés Bustamante contra su empleador, Corporación Municipal de Educación, Salud y Atención de Menores de Chonchi, ingresada con el folio 1005/2017/265 de 02.05.2017, fundada en la decisión de este último de cambiar su función sin respetar el anexo de contrato de trabajo, medida que le fuera comunicada una vez reincorporada a su trabajo luego de haber hecho uso de licencia médica. La denunciante ejercía el cargo de Directora del CESFAM de Chonchi y su empleador le instruyó que en lo sucesivo desempeñaría la función inicial pactada en el contrato de trabajo, esto es, de Asistente Social. Agrega que se encuentra amparada por fuero maternal.

Al respecto, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 33 de la ley N° 19.378 Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, dispone:

"Para ser director de establecimiento de atención primaria de salud municipal, se deberá estar en posesión de un título, correspondiente a los siguientes profesionales:

- a) *Médicos Cirujanos, Farmacéuticos, Químicos-Farmacéuticos, Bioquímicos y Cirujanos Dentistas;*
- b) *Asistentes Sociales, Enfermeras, Kinesiólogos, Matronas, Nutricionistas, Tecnólogos Médicos, Terapeutas Ocupacionales y Fonoaudiólogos;*
- c) *Otros con formación en el área de salud pública, debidamente acreditada.*

El nombramiento de Director de establecimiento de atención primaria de salud municipal tendrá una duración de tres años. Con la debida antelación se llamará a concurso público de antecedentes, pudiendo postular el Director que termina su período.

El director que, antes de ejercer como tal hubiere tenido contrato indefinido, volverá a desempeñarse en dicha calidad, sin necesidad de concurso, en establecimientos de la misma comuna y hasta por igual número de horas que tenía contratadas antes de ejercer la función de Director, en el evento que habiendo repostulado no resulte seleccionado en el concurso público respectivo o no vuelva postular a dicho cargo".

En el mismo orden de ideas, el artículo 34 del mismo cuerpo legal, dispone:

"Todo concurso deberá ser suficientemente publicitado en un diario o periódico de los de mayor circulación nacional, regional o provincial, si los hubiere, sin perjuicio de los demás medios de difusión que se estime conveniente adoptar, y con una anticipación no inferior a 30 días.

La cobertura de la publicación guardará relación con la cantidad y relevancia de los cargos a llenar".

De las normas legales se desprende que para acceder al cargo de Director de establecimiento de atención primaria de salud municipal, el candidato y/o postulante debe encontrarse en posesión de alguno de los títulos profesionales que la norma individualiza.

Asimismo, se establece que para proveer el cargo se debe convocar a concurso público de antecedentes y que el nombramiento en el cargo tendrá una duración de tres años, pudiendo presentarse al concurso al término de los tres años el director que termina su período de nombramiento.

De esta manera, se establece un sistema de concursos periódicos cuyo propósito es favorecer la evaluación del desempeño en dicho nivel de responsabilidad funcionaria.

En el mismo orden de ideas, y conforme lo establece este Servicio en su jurisprudencia administrativa contenida en dictamen Nro. 1802/102 de 05.04.1999, *“resulta jurídicamente improcedente pretender propiedad indefinidamente del cargo de Director de establecimiento de atención primaria de salud municipal, por cuanto el nombramiento en dicho cargo tiene una duración de tres años, al término del cual necesariamente debe convocarse a concurso público de antecedentes”*.

Precisa el mismo pronunciamiento que: *“el cargo de Director de establecimiento de atención primaria de salud municipal se ejerce por un período limitado en el tiempo, al término del cual necesariamente debe convocarse a concurso para proveer nuevamente dicho cargo, y el director que termina su período puede postular para obtener el nombramiento, pero, en ningún caso, se puede pretender propiedad sobre ese cargo en función del período”*.

En el mismo sentido, este Servicio ha señalado en dictamen nro. 1230/104 de 29.03.2000 que *“el cargo de director de establecimiento de atención primaria de salud municipal, como lo es de un consultorio, necesariamente debe ser proveído previo concurso público de antecedentes, porque para el legislador de la ley 19.378 dicho cargo importa un grado superior de responsabilidad que exige una selección transparente y técnica de los cuadros profesionales idóneos que requiera el sistema.*

Es por ello, como ya lo ha resuelto la Dirección del Trabajo en dictamen N° 1630/132 de 20.04.2000, que: *“No es posible ejercer este nombramiento de manera discrecional por la entidad administradora de salud municipal, toda vez que la ley exige proveer el cargo a través de un concurso público y con la debida antelación.*

De aceptarse el irregular procedimiento denunciado se impide precisamente el propósito del legislador de acceder a estos cargos con un particular rigor de selección técnico y a través de un procedimiento transparente”.

Luego de precisada la doctrina institucional sobre la materia, cabe pronunciarse respecto de la situación particular de la trabajadora. Conforme consta de los antecedentes tenidos a la vista, ingresó a la dotación de la Corporación Municipal, previo concurso público de antecedentes en el cargo de Asistente Social, categoría B, con una jornada de 44 horas semanales, según se establece en Resolución Exenta N° 1110 de 27.12.2011 emanada de la Corporación Municipal de Educación, Salud y Atención de Menores Chonchi.

Con fecha 28.12.2011, la Corporación Municipal de Educación, Salud y Atención de Menores de Chonchi y la trabajadora, celebraron contrato de trabajo, acordando en su cláusula primera, que esta última se *“compromete y obliga a realizar el trabajo de Asistente Social del CECOF de Huillinco y en CESFAM de Chonchi y a realizar todas aquellas actividades que emanen precisamente de la naturaleza de su empleo, directa o indirectamente relacionado con él o los que disponga la ley.”*

A su vez, las cláusulas tercera y cuarta del referido contrato de trabajo, consignan que el trabajo se realizará en CECOF de Huillinco, ubicado en Huillinco Rural y en CESFAM de Chonchi, ubicado en Sargento Candelaria s/n, Comuna de Chonchi y que la Asistente Social desempeñará una jornada ordinaria de 22 hrs. respectivamente en cada uno de los Centros, según la distribución de la Dirección del CESFAM de Chonchi o la Corporación Municipal le asignen, comprometiéndose además a cumplir labores fuera de horario cuando las razones de salud de los usuarios lo requieran.

Con posterioridad, la trabajadora es nombrada en el cargo de Directora de Cesfam de Chonchi, sin que conste haberse llevado a cabo un concurso público de antecedentes, designación efectuada con fecha 01.01.2014, acorde a Resolución Exenta N° 3606 de 06.01.2014 emanada de la Corporación Municipal de Educación, Salud y Atención de Menores de Chonchi. A su vez, las partes celebran anexo de contrato de trabajo con fecha 02.01.2014 en el que se estipula que la trabajadora, Asistente Social, a partir de esa fecha, comenzará a prestar servicios en calidad de Directora de CESFAM de Chonchi y percibirá una asignación de responsabilidad equivalente a un 20%, asignación que se extenderá mientras permanezca en el cargo, estipendio que se aumentó a un 30% como también se acordó el pago de una planilla suplementaria de encasillamiento de \$ 100.000, conforme consta en anexo de contrato de trabajo de fecha 02.01.2015.

Con fecha 03.02.2017, la Corporación Municipal, mediante Resolución Exenta N° 7556, designa a la trabajadora, categoría B, nivel 11, en calidad de Asistente Social de la APS Chonchi, con una jornada de 44 horas semanales, distribuidas de la siguiente forma; 22 horas en CESCOF de Huillinco y 22 horas en CESFAM de Chonchi. Precisa dicha Resolución que dicha labor debe ser desempeñada a contar del día 09.02.2017 sin perjuicio de los cambios que pueda efectuar la administración.

Junto con lo anterior, la propia Resolución deja sin efecto la asignación de responsabilidad directiva de un 30% y la asignación municipal, estipendios que la trabajadora percibía en calidad de Directora de CESFAM de Chonchi.

De la revisión de los antecedentes expuestos se observa que la designación en su oportunidad de la trabajadora en calidad de Directora del Cesfam de Chonchi se efectuó sin la observancia de un concurso público, formalidad exigida por la ley de acuerdo a lo establecido en el precepto antes transcrito, norma que resulta de cumplimiento obligatorio para dicha Corporación Municipal y que le impone la exigencia de convocar a un concurso público de antecedentes para efectos de proveer el cargo de Director de un consultorio, presupuesto que no fue cumplido, lo que constituye un incumplimiento de las normas legales.

Conforme se señalara precedentemente, el nombramiento de los Directores de los establecimientos de atención primaria de salud se encuentra regulado de forma expresa en los artículos 33 de la Ley N° 19.378 que aprueba el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal y el artículo 15 del Decreto Reglamentario N° 1889, de 1995, del Ministerio de Salud, que Aprueba Reglamento de la Carrera Funcionaria del Personal regido por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, debiendo por tanto empleador ajustar su actuar a lo dispuesto en dichos preceptos, que exigen la provisión de determinado cargos a través de la convocatoria de un concurso público de antecedentes, entre ellos, el de Director de un Establecimiento de Atención Primaria de Salud Municipal.

De esta manera, la designación de un trabajador en calidad de Director de un Establecimiento de Atención Primaria de Salud sin cumplir dicho nombramiento con los requisitos que la norma establece, no solamente transgrede el mandato contenido en el precepto sino que también contraviene el propósito perseguido por el legislador al exigir la convocatoria de un concurso público de antecedentes para la designación en el cargo de Director de Establecimiento de Atención Primaria de Salud, cual es, someter a los postulantes a un proceso de selección de carácter técnico y transparente, debiendo por tanto, la Corporación Municipal regularizar la situación y dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 33 del cuerpo legal, antes citado, por constituir dicha conducta una transgresión de la norma legal, susceptible de ser sancionada administrativamente por este Servicio, sobre la base de lo establecido en el artículo 506 del Código del Trabajo.

En el mismo orden de ideas, no resulta jurídicamente procedente que la trabajadora que ejerció el cargo por tres años permanezca de forma indefinida ejerciendo dicha función toda vez que su nombramiento se efectuó sin dar cumplimiento a lo

establecido en el artículo 33 de la Ley N° 19.378, precepto que junto con establecer la convocatoria a un concurso público de antecedentes para proveer dicho cargo, dispone que tal designación tendrá una duración de tres años, al término del cual, el funcionario que ejercía el cargo podrá postular nuevamente. En el evento que el funcionario decida no postular o bien de hacerlo, no resulte seleccionado, volverá a desempeñar la funciones establecidas en el contrato de duración indefinido que mantenía con su empleador antes de asumir el cargo de Director, sin necesidad de participar en un concurso público.

Con relación al fuero maternal que invoca, cabe tener presente que las disposiciones sobre protección a la maternidad establecidas en el Código del Trabajo, Libro II, Título II, denominado, De la Protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, tienen un ámbito de aplicación de carácter general, conforme lo dispone el artículo 194 del dicho cuerpo legal, en el siguiente término:

“La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente Título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales de administración autónoma, de las municipalidades y de todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado.

Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados.

Estas disposiciones beneficiarán 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.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.”

Se desprende de la disposición legal que su contenido resulta aplicable a todos los servicios, organismos, entidades y empresas tanto del sector de público como del privado, resultando beneficiadas con dicha protección, todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador y en general se encuentren acogidas a un sistema previsional.

De esta forma, las normas de protección a la maternidad resultan plenamente aplicables al personal de salud, regido por la ley N° 19.378 o Estatuto de Atención Primaria de Salud, contratados de acuerdo alguna de las modalidades contempladas en el artículo 14 de dicho Estatuto, esto es, a plazo fijo, indefinido o bien de reemplazo.

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto y disposiciones legales citadas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

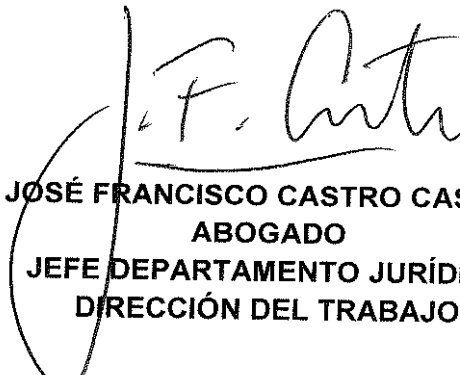

1) La trabajadora que ejerció el cargo de Directora de Establecimiento de Atención Primaria de Salud sin que su empleador hubiere convocado un concurso público de antecedentes para tal efecto, no puede mantenerse en dicha función de forma indefinida una vez transcurrido el período de tres años desde su nombramiento, ni menos alegar titularidad sobre ella toda vez que su designación se efectuó sin cumplir con la formalidad establecida en el artículo 33 de la ley N° 19.378 que exige la convocatoria de un concurso público de antecedentes.

2) La Corporación Municipal de Educación, Salud y Atención de Menores de Chonchi debe ajustar su actuar a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley

Nº 19.378, precepto que impone la obligación de convocar a concurso público de antecedentes para proveer el cargo de Director de Establecimiento de Atención Primaria de Salud.

3) Las normas sobre protección a la maternidad contempladas en el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo, resultan aplicables al personal de salud regido por la ley Nº 19.378, contratado de acuerdo a alguna de las modalidades contempladas en el artículo 14 de dicho Estatuto, esto es, a plazo fijo, indefinido o bien de reemplazo.

Saluda a Ud.,



JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

JFCC/LBP/CAS 

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control