

MATERIAL CURSO

LEGISLACIÓN QUE REGULA EL TRABAJO MÉDICO

17 SESIONES

Compilado del material de apoyo de cada clase,
elaborado por abogados de UDELAM y COLMED.



FALMED
UDEGEN
UNIDAD DE
DEFENSA
DE GÉNERO



FALMED
UDELAM
UNIDAD DE
DEFENSA
LABORAL MÉDICA

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| I. INTRODUCCIÓN AL CURSO. LEYES QUE REGULAN EL TRABAJO MÉDICO EN CHILE | |
| Módulo 1: Órganos de la Administración del Estado relevantes y leyes que rigen el trabajo médico en nuestro país. Sector Público | 4 |
| Módulo 2: Fuentes del Derecho del Trabajo en el Sector Privado | 12 |
| II. DEBERES Y PROHIBICIONES | |
| Módulo 1: Derechos, Deberes Generales de los Funcionarios Públicos | 29 |
| Módulo 2: Derechos y Obligaciones de los Trabajadores en el Sector Privado: con contrato de trabajo y honorarios | 81 |
| III. PROHIBICIONES DE LOS FUNCIONARIOS E INCOMPATIBILIDADES. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DE LOS SUJETOS A CONTRATO DE TRABAJO | |
| Módulo 1: Prohibiciones de los Funcionarios e incompatibilidades funcionarias | 232 |
| Módulo 2: Derechos y Obligaciones de los Trabajadores en el Sector Privado: con contrato de trabajo y honorarios. | 242 |
| IV. INICIO E INGRESO A LA VIDA LABORAL | |
| Módulo 1: Ingreso a la carrera | 254 |
| Módulo 2: Ingreso a trabajo en sector privado | 266 |
| V. DESARROLLO DE LA VIDA FUNCIONARIA | |
| Módulo 1: La Jornada de Trabajo de los servidores públicos | 280 |
| Módulo 2: Proceso de calificaciones de los Funcionarios Públicos | 290 |
| VI. DESARROLLO DE LA VIDA FUNCIONARIA: LA REMUNERACIONES Y ASIGNACIONES | |
| Las remuneraciones y asignaciones – Ley N° 19.664 | 297 |
| Remuneraciones transitorias | 301 |
| VII. DESARROLLO DE LA VIDA FUNCIONARIA | |
| Módulo 1: Remuneraciones de la ley 15.076 | 306 |



| | |
|---|------------|
| Módulo 2: Remuneraciones de la ley N°19.378, del Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal | 314 |
| VIII. DESARROLLO DE LA VIDA FUNCIONARIA | |
| Módulo 1: Remuneraciones asignadas para el personal de las Fuerzas Armadas, Carabineros y del Estatuto Administrativo General | 341 |
| Módulo 2: Horas extraordinarias y remuneraciones y asignaciones mal percibidas. Acciones | 352 |
| IX. EL ACOSO LABORAL Y ACOSO SEXUAL | 357 |
| X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA | |
| Módulo 1: La Responsabilidad Administrativa en General | 374 |
| XI. TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL O FUNCIONARIAL | |
| Módulo 1: Terminación de la relación funcional | 391 |
| Módulo 2: Terminación del contrato de trabajo | 405 |
| XII. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD, LA PATERNIDAD Y LA VIDA FAMILIAR | |
| Módulo 2: Protección a la maternidad | 474 |
| XIII. CONTRATACIÓN PÚBLICA | |
| Mecanismos de compras y contrataciones e instrumentos de gestión para la gestión de compras | 481 |
| XIV. DE LOS FERIADOS LEGALES, LOS PERMISOS EN EL SECTOR PÚBLICO, COMISIONES Y DESTINACIONES | |
| Módulo 1: De los Feriados y Permisos | 532 |
| XV. DERECHOS ESPECIALES | |
| Módulo 1: La Liberación de Guardia Nocturna | 567 |
| Módulo 2: El Incentivo al Retiro y el Bono postlaboral | 572 |
| XVI. LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SERVICIOS DE SALUD Y EL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO | |
| Los becarios, los comisionados de estudios y las misiones de estudios | 590 |
| El Periodo Asistencial Obligatorio | 655 |



I. INTRODUCCIÓN AL CURSO. LEYES QUE REGULAN EL TRABAJO MÉDICO EN CHILE

Módulo 1: Órganos de la Administración del Estado relevantes y leyes que rigen el trabajo médico en nuestro país. Sector Público

Docente: Gabriel Nieto M, Abogado Jefe UDELAM

ESTATUTOS JURÍDICOS QUE RIGEN A LOS MÉDICOS

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

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

1. FUNCIONARIOS PÚBLICOS PROFESIONALES FUNCIONARIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SERVICIOS DE SALUD.

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

- Constitución Política de la República de Chile
- Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado
- Ley N°15.076
- Ley N°19.664



a) Constitución Política de la República de Chile

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

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

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

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.



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

Aplica como norma general, consagrando los siguientes elementos:

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.



c) Ley 15.076 Estatuto para los médicos farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, texto refundido, coordinado y sistematizado por el DFL N°1, de 2001, del Ministerio de Salud

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

1. El ingreso de los profesionales funcionarios a la planta del servicio público como titular;
2. Normas especiales sobre remuneraciones;
3. Horario de trabajo e incompatibilidades;
4. Calificaciones de los funcionarios;
5. Feriados, licencias y permisos;
6. Reemplazos, comisiones y traslados;
7. Otorgamiento de Becas;
8. Liberación de guardia nocturna.
- 9.

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

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

d) Ley 19.664 Establece Normas Especiales Para Profesionales Funcionarios Que Indica De Los Servicios De Salud Y Modifica La Ley N° 15.076

1. Se aplica a los médicos que se desempeñan cargos de 11, 22, 33 y 44 horas en los Servicios de Salud.
2. Es una ley modificatoria, por cuanto sólo rige en los casos especiales



que indica. En lo no previsto en ella, sigue vigente la Ley 15.076.

3. Esta Ley que se aplica sólo a los cargos diurnos indicados, regula la carrera funcionaria, separando la misma en dos grandes etapas:
4. Etapa de Destinación y Formación; y
5. Etapa de Planta Superior.
6. Además, regula el acceso a dicha carrera funcionaria, el ingreso a programas de especialización y subespecialización.
7. Asimismo, establece normas especiales sobre remuneraciones y asignaciones y el procedimiento de acreditación al que se tienen que someter los médicos para ir avanzando en los distintos niveles de la mentada carrera.

e) 18.834, Estatuto Administrativo

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

f) Código del Trabajo

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

2. FUNCIONARIOS DE LA ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD MUNICIPAL (APS MUNICIPAL)

- Constitución,
- Ley Orgánica
- Ley Orgánica de Municipalidades
- Ley 18.883



- Ley 19.378

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

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

- o Normas Generales del Régimen Laboral de la APS municipal;
- o Dotación y Jornada de Trabajo;
- o Remuneraciones;
- o De la carrera de los funcionarios de la salud del sector municipal que se desempeñen en APS;
- o Misiones de estudio;
- o Obligaciones Funcionarias;
- o Calificaciones;
- o Término de la Relación Laboral.

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

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

- a) La Ley 18.883, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales;
- b) La Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

3. PROFESIONALES FUNCIONARIOS DE LAS FUERZAS ARMADAS

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



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

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

b) En lo no previsto en el Estatuto Especial, rige la Ley 15.076 y, luego, la Ley 18.834.

4. PROFESIONALES DE CARABINEROS DE CHILE

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

- Ley 18.961 que fija la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.
- Decreto 412, de 2019 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile. Se faculta a la Dirección General de Carabineros para contratar médicos y dentistas, por horas de trabajo, conforme a las prescripciones de la Ley 15.076, de 1967, cuando las necesidades del servicio lo requieran, siempre que la Ley de Presupuestos consulte fondos para ello. Igualmente, se la faculta para contratar con cargo a los mismos fondos, en forma temporal y por un plazo máximo de seis meses, a profesionales afectos a la mencionada Ley, en caso de ausencias de los titulares de Carabineros, motivadas por feriados, licencias, permisos o reposo preventivo. Estas contrataciones no producirán incompatibilidades. Los profesionales contratados en virtud de este artículo no integrarán la planta institucional.
- Personal contratado por Resolución (CPR) aquel que desempeñe funciones en Carabineros de Chile, en forma transitoria, sin constituir escalafones ni ocupar plazas de la planta institucional fijada por Ley N°18.291 y sus modificaciones, por el lapso o periodo que la resolución respectiva determine o mientras sean necesarias sus funciones, pudiendo durar como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año. Se hace presente que este personal no se encuentra afecto a las



disposiciones del Código del Trabajo y su legislación complementaria, salvo en lo que dice relación con las normas sobre protección de la maternidad reguladas en dicho cuerpo legal.

- -Asimismo, en conformidad al artículo 10 del D.F.L. (I)Nº2, de 1968, la Dirección de General de Carabineros, puede contratar médicos y dentistas por horas de trabajo, conforme a las prescripciones de la Ley Nº15.076, con fondos de la Ley de Presupuestos.

5. MÉDICOS CONTRATADOS BAJO EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por ese Código y por sus Leyes complementarias.



Módulo 2: Fuentes del Derecho del Trabajo en el Sector Privado

Docente: Ignacio Avendaño L., Abogado UDELAM

FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL SECTOR PRIVADO

Concepto

Fuente del Derecho "Es toda fuerza social con facultad normativa creadora cuyas normas se imponen de manera obligatoria, e independientemente de la voluntad de los sujetos a quienes se aplican".

Este concepto permite distinguir entre **Fuentes materiales** y **Fuentes formales**.

1. Fuentes materiales, propias o de producción, son elementos o factores que provocan la aparición de la norma jurídica, y que determinan su contenido, es decir, los hechos que han influido en una determinada fuerza social de tal modo que ésta tuvo que crear normas jurídicas. Gabriela Lanata indica que "son los "fenómenos histórico-culturales que han impuesto una cierta regulación de las relaciones de trabajo, con independencia de la voluntad de los interesados". Nos referimos a la sociedad civil o el Estado, las circunstancias políticas, las creencias religiosas, las concepciones filosóficas, etc, es decir, acontecimientos de carácter económico, cultural, social, religioso, tecnológico, político, etc.

Siguiendo a Pessoa, son momentos pre-jurídicos donde el derecho aún no se manifestó.

Las fuentes materiales, a su vez, pueden ser indirectas (religión, doctrina, filosofía, revoluciones, guerra, progreso tecnológico, etc.) o directas (los órganos legislativos, tribunales de justicia, poder ejecutivo, y propiamente en el área laboral, los grupos sociales).

2. Fuentes formales o impropias o jurídico-positivas, son todos los actos por medio de los cuales el contenido alcanza una plena formulación positiva, y que permite su conocimiento exterior. Siguiendo a Pessoa, son los medios por los que se expresa y se materializa el derecho, es decir, es la forma como se expresa la fuente material y a través de ella podemos llegar a conocer



cuál es el mandato, la cual se sub-clasifica en “fuentes generales del Derecho” que tienen incidencia en materia laboral, y “fuentes propias o específicas” del Derecho del Trabajo.

Esquema de las fuentes del derecho del trabajo

I.- FUENTES GENERALES DEL DERECHO CON INCIDENCIA EN MATERIA LABORAL

- a) Constitución Política
- b) Ley; D.F.L.; D.L.
- c) Reglamentos, Decretos (potestad reglamentaria del ejecutivo), Instrucciones y Circulares
- d) La Jurisprudencia Judicial y Administrativa
- e) La costumbre
- f) La doctrina de los autores

II.- FUENTES PROPIAS O PARTICULARES DEL DERECHO DEL TRABAJO (FUENTES PROFESIONALES)

- a) Instrumentos colectivos de trabajo: contrato colectivo, convenio colectivo, fallo o laudo arbitral
- b) Reglamento interno de la empresa
- c) El contrato Individual del Trabajo

III.- FUENTES INTERNACIONALES: CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES



I.- FUENTES GENERALES DEL DERECHO CON INCIDENCIA EN MATERIA LABORAL

a) Constitución Política de la República

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

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.

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.

Nº17.- “La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”;

Nº18.- “El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”;

El derecho a la seguridad social es parte del derecho del trabajo, en el sentido de que se establece un sistema en el que hay cotizaciones obligatorias para que los trabajadores tengan su pensión. Así mismo ocurre en temas de salud, etc.

Nº 19.- El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.



Análisis del precepto constitucional (Art. 19 N° 16 y 19)

El constituyente suprimió la norma programática que consagraba el derecho al Trabajo con el fin de eliminar aquellos derechos que constituyan declaraciones programáticas y que no dan acción para exigir su cumplimiento.

Norma programática: aquella que no contiene proposiciones imperativas ni establece mecanismos suficientes para asegurar su aplicación, sino que se limita a formular un programa de actuación, criterios u orientaciones de política legislativa.

Sin perjuicio de que la Constitución no consagra el derecho al trabajo, hay cierto sector de la doctrina que estima que tal derecho está amparado por la Constitución, al contemplar la protección de aspectos específicos del trabajo como son: a) la justa retribución; b) prohibición de la discriminación; c) la libertad de elección de trabajo. Además, esta posición se ve apoyada porque la Constitución establece en su artículo 20 que procede el Recurso de Protección cuando haya privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de la libertad de trabajo.

La idea de incorporación de la "libertad de trabajo" en la Constitución chilena, se aparta de la orientación de su antecesora -Constitución de 1925-, en relación con la consagración de derechos sociales. De esta forma la actual Constitución eliminó la consagración del derecho al trabajo, no porque no creyera en ellos, sino porque representaba una prestación del Estado que éste no podría cumplir. Una norma de esa especie llevaría, según la visión del Constituyente, a una suerte de descrédito constitucional. Por lo que se decide suprimir en el texto constitucional la alusión al derecho al trabajo con el objeto de evitar que éste pudiese ser exigido al Estado, partiendo de la premisa –equivocada- de que el único obligado a cumplir con el derecho asegurado es el Poder Estatal.

- i. **Artículo 19 N° 16 inc. 2:** Libre contratación y libre elección del trabajo.

Obviamente que la libre elección del trabajo es una garantía que antecede a la libre contratación. Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago refiriéndose a la libre elección ha señalado: "Es la Facultad para optar entre varias alternativas como son las de trabajar o no, la de elegir la clase de ocupación, y la de escoger las oportunidades lícitas que se le ofrezcan, según la propia aptitud, vocación y albedrío sin ejecución a poder externo". Agrega el fallo que "la sociedad debe facilitar al hombre oportunidades de



trabajo, permitir la libre iniciativa en el desempeño del mismo y garantizar el ejercicio de sus opciones. No puede entenderse en esta garantía el derecho a conservar el empleo”.

Por su parte la libre contratación es el derecho del empleador y del trabajador a elegir libremente a sus colaboradores. El derecho a la libre contratación y a la libre elección han sido fuertemente criticados por aquéllos que señalan que la realidad demuestra que el contrato de trabajo es de adhesión y no de libre discusión (desempleo).

ii. **Artículo 19 N° 16 inc. 2:** Derecho a una justa retribución.

En primer término, es preciso señalar que la acepción retribución es un concepto más amplio que el de remuneración, ya que al hablar de retribución se hace referencia tanto al trabajo dependiente como al independiente, y además la forma de la retribución puede ser cualquiera. Recordemos que las formas que puede adoptar la remuneración (concepto laboral), son las indicadas en el artículo 42 del Código del Trabajo. Por otra parte, el texto constitucional reconoce el sentido social y familiar de la remuneración al señalar que ella debe ser justa.

iii. **Artículo 19 N° 16 inc. 3:** Principio de no discriminación.

En términos generales el principio de la no discriminación es una expresión del principio de la igualdad ante la ley. En relación con este principio es necesario señalar:

- a) El artículo 2° del Código del Trabajo recoge este principio y enumera los elementos sobre los cuales no se puede discriminar.
- b) El texto constitucional admite que pueda discriminarse o hacerse uso del derecho de elección cuando éste se basa en la capacidad o idoneidad personal. Esto nos parece lógico puesto que el contrato de trabajo es intuitu personae y el empleador deberá elegir a aquellos trabajadores que tengan una mayor aptitud para efectuar un determinado trabajo.
- c) También señala el texto constitucional (aunque no lo indica específicamente) que no es discriminatorio, sino que es una norma



protectora el exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

- iv. **Artículo 19 N° 16 inc. 4:** Ninguna clase de trabajo puede ser prohibido.

Tal principio ya estaba consagrado en la Constitución de 1833 y tan sólo el actual texto ha cambiado el vocablo "buenas costumbres" por "moral". El cambio no es muy trascendente por que la moral según el Diccionario de la Lengua es "lo perteneciente a las costumbres o reglas de conducta. Es el conjunto de reglas no jurídicas pero respetadas por los sujetos de derecho".

- v. **Artículo N° 16 inc. 4:** Libertad de afiliación gremial:

Esta garantía constitucional está dirigida tanto a las organizaciones sindicales, como a las organizaciones gremiales.

- vi. **Artículo 19, N° 16 inc. 5:** Derecho a la Negociación Colectiva.

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.

La negociación colectiva es un procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones, por un tiempo determinado.



vii. **Artículo 19 N° 16 inc. 6:** Limitaciones constitucionales a la huelga.

La limitación constitucional a la huelga en el caso de los funcionarios del Estado y de las Municipalidades parecería innecesaria, ya que estos sectores no pueden negociar colectivamente y la huelga es una etapa inserta en tal procedimiento de negociación. En cuanto a la imposibilidad que declaren la huelga 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, el artículo 384 del Código del Trabajo, señala que tales trabajadores no podrán declararse en huelga. Podrán negociar, pero tal como se ha señalado, deberán someter necesariamente la negociación a arbitraje obligatorio.

Sergio Gamonal en materia de consagración del derecho a huelga indica que el constituyente reguló este derecho de forma negativa por cuanto la prohíbe en determinados sectores como es el de los trabajadores del Estado y de las municipalidades, no obstante que no efectúa una expresa consagración de la misma.

viii. **Artículo 16 N° 19:** Libertad sindical.

El texto constitucional consagra en forma expresa:

- a) derecho de libre constitución de sindicatos;
- b) libertad de afiliación sindical y
- c) libertad o autonomía sindical

Además, el artículo 16 N° 19, yendo más allá de los límites de una Constitución declarativa de principios, establece la forma específica en que las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica: por simple depósito del acta de constitución y de sus estatutos, en la forma y condiciones que señale la ley (sistema de depósito).



b) Ley, D.L. y D.F.L. como fuente formal del derecho del trabajo

La ley -siendo la principal el Código del Trabajo, que reunifica o sistematiza la relación laboral- no tiene grandes diferencias con otras ramas del Derecho salvo en lo que se refiere al contenido material de la norma, contenido que en materia del Derecho del Trabajo se refiere a las relaciones que tienen como base la prestación de servicios por cuenta ajena y bajo subordinación y dependencia.

c) Reglamentos, decretos y circulares

Se trata de textos dictados en virtud de la potestad reglamentaria, que es la facultad de que está dotado el Poder Ejecutivo y las demás Autoridades encargadas de la administración del país, para dictar normas jurídicas y así cumplir con las funciones que la Constitución les encarga.

d) La jurisprudencia

1. Jurisprudencia Judicial.

Podríamos definir a la jurisprudencia como el conjunto de fallos de los más altos tribunales de justicia de un país, y que se toman en consideración para aplicar el derecho de una manera uniforme.

En cuanto al valor de la jurisprudencia judicial debemos agregar que, si bien ella no es fuente formal, en Chile ha trazado la senda sobre la que se han construido importantes reglas que el legislador luego ha hecho suyas, convirtiéndolas en ley. En este sentido es interesante citar el recurso de unificación de jurisprudencia que se da sólo en materia laboral, y tiene por objeto que a través de un fallo de la Corte Suprema se mantenga la uniformidad en la jurisprudencia sobre ciertos casos expuestos por las partes.

2. Jurisprudencia administrativa.

Especial mención merece la jurisprudencia emanada de la Dirección del Trabajo. El D.F.L. N° 2, que es la ley orgánica de este ente administrativo, en su art. 1° establece la "función interpretativa" de la siguiente manera: "Son competencia de la Dirección del Trabajo las siguientes atribuciones... b) Fijar



de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo”; en el mismo sentido el artículo 476 del Código del Trabajo: “La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo”.

En base a estas normas la Dirección del Trabajo ha desarrollado una importante función interpretativa, que se conoce con el nombre de jurisprudencia administrativa, esto es, aquella interpretación o aplicación de la ley realizada por la autoridad mediante los órganos competentes. Esta interpretación es distinta de la judicial o la “auténtica” que realiza el legislador.

La facultad de interpretar la ley tiene como límite que sólo puede referirse a leyes laborales o del trabajo; que el asunto no se encuentre sometido a los tribunales de justicia; y la interpretación tampoco puede alcanzar cuestiones controvertidas, que deban ser resueltas por vía jurisdiccional, como calificación de relaciones jurídicas o establecimiento de derechos subjetivos, lo que siempre debe hacerse por los tribunales competentes.

e) La Costumbre

Entendemos por costumbre a “la repetición de una conducta realizada por la generalidad de la sociedad, de manera constante y uniforme, con la finalidad de cumplir un imperativo jurídico.”

En el ámbito laboral, la costumbre constituye Derecho a través de las cláusulas tácitas y de la regla de la conducta, que básicamente consisten en la repetición de un comportamiento del empleador y el trabajador que no está en el contrato, que se torna obligatorio dado su mantención en el tiempo y que transforma y modifica lo establecido legalmente en los contratos. Se ha resuelto, por ejemplo, que los anticipos de sueldo que una empresa acostumbra a conceder a sus trabajadores, constituyen una modalidad de pago de las remuneraciones incorporada al contrato.

f) La doctrina de los autores

Básicamente, debemos entender por doctrina como el conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y



la autoridad de los destacados juristas influye en a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes.

II.- FUENTES PROPIAS O PARTICULARES DEL DERECHO DEL TRABAJO (FUENTES PROFESIONALES)

Estas fuentes rigen, siempre y cuando, se respeten los mínimos establecidos por el orden público laboral:

a) LOS INSTRUMENTOS COLECTIVOS

Son convenciones que se obtienen del acuerdo de voluntades de grupos de trabajadores y sus empleadores. De ellas emanan instrumentos colectivos, definidos como la convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, por un tiempo determinado, de conformidad a las reglas previstas en el Libro IV del Código del Trabajo. Entre ellos encontramos:

- 1. Contrato Colectivo:** Definido en el artículo 6° inciso tercero del Código del Trabajo como el celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, en virtud de las reglas contenidas en el Libro IV del Código del Trabajo.
- 2. Convenio Colectivo:** Convenio colectivo es el suscrito entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores unidos para tal efecto, o con unos y otros, con el fin de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado, sin sujeción a las normas de procedimiento de la negociación colectiva reglada ni a los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de tal procedimiento.
- 3. Laudo o Fallo Arbitral:** En caso que las partes involucradas soliciten la mediación voluntaria de común acuerdo a la Dirección del Trabajo, o las partes sometan la negociación colectiva a un tribunal arbitral para decidir el asunto, también constituirá un instrumento colectivo, según indica el inciso segundo del artículo 320 del Código del Trabajo.



b) REGLAMENTO INTERNO DE ORDEN, HIGIENE Y SEGURIDAD:

En el desarrollo de la vida normal de una empresa existen muchas particularidades que es imposible sean previstas en una ley y, ni siquiera, en un código especializado. A fin de uniformar esas bases de funcionamiento se exige la dictación de un reglamento interno, que viene a detallar la forma en que se desarrollarán las relaciones laborales que emanan de los contratos de trabajo.

Este se encuentra regulado en entre los artículos 153 y 157 del Código el Trabajo, y se puede definir a partir del mencionado 153 como **aquel conjunto de reglas que deben confeccionar y dictar obligatoriamente las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, con el objeto de regular la conducta de sus trabajadores, debiendo contener las obligaciones y prohibiciones a que deban sujetarse en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.** A su vez, el inciso segundo del artículo 153 indica que "especialmente deben estipularse las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores." Podemos decir entonces que es una especie de ley que rige a la empresa.

Es una fuente del derecho que emana como expresión de la potestad de mando del empleador. En él, el empleador establece aquellas condiciones básicas para el correcto desarrollo de la prestación de servicios contratada que por tanto obliga a todos los trabajadores que se desempeñan en esa empresa. El reglamento interno es una gran herramienta para el empleador en cuanto le permite fijar condiciones del trabajo, políticas de manejo de información, ciertas prohibiciones, etc.

En la legislación comparada los trabajadores tienen intervención en la gestión de la empresa, a través de organismos de participación, lo cual no ocurre en nuestro sistema. Sin embargo, y no obstante que el reglamento interno emana del empleador, los trabajadores pueden impugnarlo y además está sujeto a un control de legalidad ejercido por la Dirección del Trabajo.

Es necesario señalar que además del reglamento interno previsto por el CdT, la Ley N° 16,744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su artículo 67, establece la obligación de toda empresa o entidad, cualquiera que sea el número de los trabajadores, de confeccionar, mantener al día y entregar gratuitamente a sus trabajadores un



"Reglamento Interno de Higiene y Seguridad en el Trabajo", cuyo cumplimiento es obligatorio para los trabajadores.

El reglamento a que hace referencia la ley N° 16.744 es de aplicación más amplia que el regulado en la ley laboral, pues debe existir en toda entidad donde se desarrolle una relación laboral, sin importar el número de trabajadores de la misma, es decir, aun cuando no haya nacido la obligación que impone el artículo 153. Se trata de un conjunto de normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad, que emanan de la entidad empleadora y que tienen por objeto regular la ejecución segura del trabajo específico de que se trate. Su cumplimiento es obligatorio para los trabajadores, debiendo controlarse el mismo por parte del empleador. Bajo ningún respecto puede permitirse el desarrollo del trabajo con infracción a sus disposiciones y de insistir en ello el trabajador, podrá ser despedido, por incurrir en la causal específica del artículo 160 N° 5 del Código del Trabajo, pudiendo también constituir un incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato.

Se trata de dos reglamentos distintos, no obstante, la íntima correlación que existe entre ambos. La Dirección del Trabajo afirma que, si una empresa tiene la obligación de tener ambos reglamentos, podrá consolidar las disposiciones necesarias en un solo documento.

c) EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO:

Definido en el artículo 7 y siguientes del Código del Trabajo como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

III.- FUENTES INTERNACIONALES: CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES

En el Derecho Internacional, el derecho del trabajo tiene fuentes propias distintas a las que inspiran a otras disciplinas jurídicas, las que están constituidas por los tratados bilaterales y multilaterales que se celebran entre los distintos estados con relación a aspectos laborales, fuente que en nuestro país no tiene una expresión muy prolífera. Estas fuentes en general, para tener aplicación interna en los países necesitan de ratificación.



En otro orden, constituyen una importante fuente las Convenciones y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, que dicen relación con materias tales como libertad sindical, prohibición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y trato, empleo y recursos humanos, administración del trabajo, salarios, descanso semanal y vacaciones pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, trabajo de mujeres y menores, trabajo de migrantes y duración del trabajo.

1.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN.

1.1.1 ESTRUCTURA DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

A través del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de fecha 31 de julio de 2002, y publicado en el Diario Oficial el 16 de enero de 2003, se fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, el que se encuentra dividido en cinco libros:

1. El primer libro regula el contrato individual de trabajo y la capacitación laboral
2. El segundo libro se refiere a la protección de los trabajadores
3. El tercer libro trata acerca de las organizaciones sindicales
4. El cuarto libro establece la negociación colectiva
5. El quinto libro aborda lo referente a la jurisdicción laboral

1.1.2 ¿A QUIÉN SE APLICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO?

Artículo 1° CT: “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”.

Luego el artículo en su inciso final consagra expresamente a los que trabajan en Notaría, Archiveros o Conservadores, de los cuáles no se tenía claridad si eran o no funcionarios públicos;

Inciso final: “Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este código”.



Se excluye del Código del Trabajo a:

Inciso 2º: “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, 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”;

El inciso segundo del artículo 1º del citado código señala que no se aplicará a los funcionarios del sector público cuando se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. De esta manera, se excluye por razones de especialidad a los funcionarios públicos correspondiendo a sus estatutos especiales contener la regulación que los rige:

- Los funcionarios de la Administración del Estado están regidos por el estatuto administrativo 18.834. Mientras que a los funcionarios municipales se les aplica la ley 18.883.
- El Congreso Nacional se rige por la ley 18.918 y
- El Poder Judicial está regido por el Código Orgánico de Tribunales
- Los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, en la medida que no se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. (En lo que nada diga su norma especial se aplica el Código del Trabajo)

- Empresas del Estado: son organismos creados por ley a través de las cuales el Estado realiza actividades comerciales. Por ejemplo: CODELCO, ENAP, METRO S.A.

¿Por qué se deja fuera al Sector Público?

Porque es un tipo de relación que tiene una persona con el Estado, que se encuentra regida por una ley especial como es el Estatuto Administrativo, que establece las escalas o categorías funcionarias y remuneracionales, las modalidades de permanencia y la transitoriedad de sus servicios según sea el caso, además de las normas especiales sobre expiración de las funciones y cargos contratados.



En efecto, los funcionarios públicos son una categoría de trabajadores -empleados públicos- sujetos a una especial relación con su empleador, paralela al régimen ordinario del Código del Trabajo, de carácter estatutario (se encuentran en un escalafón determinado con un sueldo establecido), puesto que el vínculo que los liga con el Estado es de Derecho Público cuyo origen directo es la ley, que preestablece sus derechos y obligaciones o deberes, y no una convención celebrada como si se tratara de partes contratantes (son relaciones de adhesión, no son contratos con “acuerdos de voluntades”, aunque como personas sean trabajadores y tengan la misma rutina). De esta forma, los servicios del “trabajador funcionario” estarán condicionados por los fines del Estado y sus organismos, razón por la cual la normativa estatutaria tiende a regular la vinculación funcionaria más por el interés general que por el particular del prestador de los servicios.

En consecuencia, la aplicación del Código del Trabajo será solo supletoria, esto es, reducida a aquellos ámbitos no regulados por la normativa estatutaria, como lo establece el inciso tercero del artículo 1 del Código citado y únicamente en el caso de no resultar contrarias o incompatibles con ésta.

Empleado a honorario: El art. 11 del Estatuto Administrativo contempla la posibilidad de contratar sobre la base de honorarios, sin que exista contrato de trabajo de por medio con la Administración del Estado, a profesionales y técnicos de educación superior o a expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Dichas personas se rigen por las normas de su respectivo contrato y no le serán aplicables las disposiciones de este Estatuto Administrativo.

Del mismo modo se podrán contratar, sobre la base de honorarios a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se quiera, o a la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales

Los **contratos a honorarios** se rigen por las reglas de “servicios inmateriales Título 26 Libro IV CC” Todo lo que sea trabajar por boleta, la ley que lo rige es el CC.

- Los Tribunales del trabajo no tienen competencia para ver los conflictos derivados de esta relación, ya que implicaría trabajo autónomo.
- Los beneficios del contrato a honorario son los que pactan las partes, no lo que dice el CT.



- Está pensado para obras inmateriales, o aquellas en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra. Por ejemplo, asesorías, dar un curso, diseñar una obra, hacer un plano de arquitectura, etc.
- Se entiende que son sujetos en igualdad de condiciones y por tanto no se necesita de la protección del Estado (hay una relación entre trabajador y empleador)

Contra-excepción al Inciso segundo del Artículo 1º

Inciso 3º: “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”.

Ahora bien, debemos precisar que se requieren de dos elementos copulativos para que aplique este inciso, a saber:

1.- Que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y 2.- Que estas materias no reguladas no sean contrarias a estos

Dentro de estas materias podemos encontrar por ejemplo las normas de protección a la maternidad, contenidas entre los artículos 194 y 208 del Código del Trabajo, cuyo campo de aplicación es más amplio según dispone el artículo 194 del Código del Trabajo y por otro lado las materias relativas a acción de tutela de derechos fundamentales, en cuanto ahora es aplicable a los funcionarios de la administración del Estado.



II. DEBERES Y PROHIBICIONES

Módulo 1: Derechos, Deberes Generales de los Funcionarios Públicos

Docente: Gabriel Nieto M, Abogado Jefe UDELAM

Los funcionarios públicos, esto es, los empleados del Estado –en particular de la Administración Pública–, son sujetos de derecho en cuanto pertenecen a la sociedad chilena, que les garantiza derechos constitucionales, civiles y políticos, pero además, al incorporarse a un cargo público de planta –lo que deben hacer por concurso público (art. 17)- o a contrata de un determinado órgano estatal, pasan a regirse por un régimen jurídico especial de derecho público, que se llama régimen estatutaria.

Este régimen se caracteriza:

- a) Por estar constituido por un conjunto propia de normas y principios jurídicos,
- b) Por tener un órgano que interpreta y fiscaliza la aplicación de sus normas: la Contraloría General de la República, y
- c) Contar, sus sujetos de derecho, de un recurso de ilegalidad ante la Contraloría General, que está autorizada para resolver lo que en derecho corresponda.

Según la LOCBGAE, el Estatuto Administrativo, en cuanto ley laboral del sector público, debe abarcar el ingreso, los deberes, los derechos, la responsabilidad y la cesación de funciones de los empleados públicos (arts. 15 y 43).

En Chile, la Contraloría General sustenta un concepto jurisprudencial de Estatuto Administrativo y dentro del campo o ámbito por él regulado, los funcionarios públicos–administrativos–directivos, profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares, también los fiscalizadores–, son sujetos de derecho en cuanto son titulares de ciertos especiales derechos subjetivos relacionados con la función que desempeñan, y en tanto son pasivos de deberes asimismo especiales, derechos y deberes que por su origen se llaman derechos estatutarios y deberes estatutarios, respectivamente.

El Estatuto, así, obliga por igual a la autoridad y a los demás funcionarios de un órgano o servicio público. A la fecha, el Estatuto Administrativo General está contenido en el DFL N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda.



El ejercicio efectivo de los derechos estatutarios o funcionarios está subordinado a la aceptación formal—por acto administrativo—de la autoridad competente, normalmente el jefe superior de servicio, en términos que, si no son concedidos, ese ejercicio carece de validez. De ellos, el más importante es el derecho a la carrera funcionaria, que abarca el derecho al cargo y el derecho a la función, comprendiendo el ascenso y la promoción, las dos formas de acceder a puestos superiores que consulta el Estatuto Administrativo (art. 53 y 54).

Los deberes estatutarios o funcionarios son de carácter legal y pueden consistir en obligaciones de hacer, de no hacer o prohibiciones, o en incompatibilidades, subjetivas y objetivas. El más importante de los deberes dentro del Estatuto es el de desempeñar personalmente el cargo durante toda la jornada de trabajo, ordinaria o extraordinaria, con sanciones especiales en caso de no hacerse así (arts. 72 y 125, a)).

El incumplimiento de los deberes puede originar una anotación de demérito en la hoja de vida del contraveniente o la instrucción de un procedimiento disciplinario, investigación sumaria o sumario administrativo, el que puede terminar con la aplicación de una las cuatro medidas disciplinarias que consulta el Estatuto Administrativo (arts. 119 y 121).

LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO SUJETOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Concepto de Funcionario Público

La expresión funcionario público no tiene en el Derecho Administrativo chileno una acepción definida que la sitúe como un concepto unívoco en el campo del Derecho y, por lo mismo, generalmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia.

En la práctica, la representación intelectual que se forma de ella la ciudadanía corresponde a la del empleado público, y es éste en verdad el sentido y alcance más difundidos que tiene la expresión. Es también el que le asigna el Estatuto Administrativo general, aprobado por la Ley N° 18.834, de 1989, cuyo texto actualizado es del año 2005.

Sin embargo, planteada la idea jurídica de funcionario público dentro de la institucionalidad nacional, adquiere una amplitud diferente y desde luego mayor, ya que por ser genérica en principio abarca a todos quienes se desempeñan las tres grandes funciones clásicas: la función legislativa, la administrativa y la judicial, llevando a conceptuarlo como la persona natural que se desempeña en cada una de estas grandes funciones, permitiendo hablar entonces de funcionarios legislativos, administrativos y judiciales,



como lo hace el art. 52, N° 2, en concordancia con el 53, N°1, inc. final, que dice “El funcionario declarada culpable...”).

En la esfera administrativa, la voz funcionario público admite dos acepciones: una de carácter funcional y otra de carácter orgánico, siendo esta última la más utilizada.

Según ella, es funcionario público toda persona natural que ocupa un cargo público dentro de la Administración del Estado, entendiendo por cargo público, en los términos del artículo 3° letra a) del Estatuto Administrativo, “aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1°”: “Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos centralizados y descentralizados”.

Las plantas son **estructuras legales** que establecen los cargos permanentes de un organismo administrativo. Según el Estatuto Administrativo estas plantas recogen y formalizan en grados las cinco grandes especialidades que acepta el Derecho Estatutario chileno: la de los directivos, la de los profesionales, la de los técnicos, la de los administrativos y la de los auxiliares (artículos 3°, letra b), y 5° del Estatuto Administrativo). Los empleados que ocupan los empleos de planta pueden hacerlo en calidad de titulares, suplentes o subrogantes (artículo 4° del mismo texto legal).

Los empleos a contrata, por su parte, son **nombramientos o designaciones** que extiende el jefe superior de servicios, autorizados proveer por el Estatuto Administrativo, aunque no se encuentren fijados por ley, sino en el presupuesto anual del correspondiente organismo, en el cual pueden contemplarse en forma global o nominativa. Su finalidad es permitir la colaboración de personal externo –no más del 20% del personal de planta, dice el artículo 9° de la Ley N°18.834- con los empleados de planta, en labores profesionales, técnicas, administrativas o auxiliares, nunca directivas, para facilitar el cumplimiento de las funciones del respectivo organismo.

Atendida su calidad, estos empleos son transitorios: su desempeño dura mientras sean necesarios sus servicios. Si su nombramiento es indefinido, de todas maneras, ha de cesar en su desempeño al 31 de diciembre del año respectivo, por el solo ministerio de la ley, a menos que se disponga su renovación.

A su vez, como estos cargos públicos no están predeterminados por la ley como ocurre con los cargos de planta, la autoridad que los designa debe asimilarlos a un grado de la respectiva planta, según la naturaleza e importancia de la función para la cual se proveyeron, asimilación que ha de hacerse para efectos estrictamente remuneratorios, con la limitación de que no puede asignárseles un grado superior al más alto que contenga la respectiva línea de especialidad en la planta respectiva. No debe



sobrepasar, dice el artículo 9º del Estatuto Administrativo, “el tope máximo que se contempla para el personal de las plantas de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares en el respectivo órgano o servicio, según sea la función que se encomiende.”

Haciendo suya esta acepción orgánica de funcionario público, el Estatuto Administrativo regula la “carrera **funcionaria**” y las “obligaciones de cada **funcionario**”; dice que “El **funcionario** estará afecto a las siguientes prohibiciones”, indicándolas; se ocupa “De los derechos **funcionarios**”; prescribe que “Los **funcionarios** incurrirán en responsabilidad administrativa” en los supuestos que contempla y previene que “El **funcionario** cesará en el cargo” por las causales que señala, como consta del artículo 3º letra f), del Título II, de los artículos 55 y 78, del Título IV y de los artículos 114 y 140 del Estatuto Administrativo.

De conformidad con este sentido de la expresión funcionario público, sólo son tales, entonces, quienes ocupan cargos públicos de planta o a contrata en un órgano de la Administración. Los de planta pueden ser directivos, profesionales, técnicos, administrativos o auxiliares. Para la LOCBGAE la expresión empleado público sólo está referida a quienes ejercer sus funciones en los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos, centralizados y descentralizados.

Ello implica, por lo tanto, excluir de tal calidad al Presidente de la República y a los Ministros de Estado, ya que estas autoridades no tienen ninguna de esas calidades.

El concepto orgánico de funcionario público aparece, así como una acepción de carácter genérico, y dentro de esa amplitud abarca a variados tipos de empleados o servidores administrativos.

Así, y desde luego, el artículo 3º letra a) del Estatuto Administrativo, en concordancia con sus letras b) y c), al definir el cargo público, señala que éste puede ser **de planta o a contrata**, lo que permite distinguir los funcionarios de planta, que son los están adscritos por nombramiento, por ascenso o por promoción a la organización permanente del servicio, de los funcionarios a contrata, que se caracterizan por su temporalidad de desempeño: sólo hasta el 31 de diciembre de cada año dice el art. 11 del EA, a menor que se resuelva la prórroga de su contrata

A su vez, el artículo 5º del Estatuto Administrativo caracteriza a los funcionarios públicos atendiendo a la función que ejercen. “Para los efectos de la carrera funcionaria –prescribe este artículo–, cada institución sólo podrá tener las siguientes plantas de personal: de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares”.



De este modo, las líneas de especialidad de labores que admite el cuerpo estatutario son cinco: la directiva, la profesional, la técnica, la administrativa y la auxiliar, de lo cual se colige que hay **funcionarios directivos, funcionarios profesionales, profesionales técnicos, funcionarios administrativos y funcionarios auxiliares.**

El artículo 6º agrega que “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”, lo que lleva entonces a distinguir entre cargos servidos por funcionarios **de carrera**, y cargos de confianza exclusiva, servidos por **personal de la confianza exclusiva del Presidente de la República o de la autoridad llamada a extender el nombramiento.**

Los funcionarios de carrera son aquellos empleados de planta que además son inamovibles en sus empleos: una vez designados, permanecen en sus funciones mientras no concurra una causa legal de cesación de funciones. Los funcionarios de confianza exclusiva, por su parte, son los empleados de planta que pueden ser designados y removidos libremente por la autoridad facultada para designarlos, como lo precisan los artículos 42 de la Ley N° 18.575 y 142 del Estatuto Administrativo.

El artículo 4º puntualiza que los funcionarios de carrera pueden tener “la calidad de titulares, suplentes o subrogantes”, estableciendo así las tres formas de desempeño en los cargos de planta que admite la Ley Estatutaria, y que configuran, asimismo, tres tipos funcionarios diferentes: **titulares, suplentes o subrogantes.**

Titulares son “aquellos funcionarios que se nombran para ocupar en propiedad un cargo vacante”. Suplentes, “aquellos funcionarios designados en esa calidad en los cargos que se encuentren vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular durante un lapso no inferior a 15 días”. Subrogantes, “aquellos funcionarios que entran a desempeñar el empleo del titular o suplente por el solo ministerio de la ley, cuando éstos se encuentren impedidos de desempeñarlo por cualquier causa” (artículo 4º, incisos 1º, 2º, 3º, y 9º).

El artículo 8º del Estatuto Administrativo, enseguida, prescribe que “Todo cargo público necesariamente deberá tener asignado un grado de acuerdo con la importancia de la función que desempeñe y, en consecuencia, le corresponderá el sueldo de ese grado y las demás remuneraciones a que tenga derecho el funcionario”, mandato que permite distinguir **funcionarios de mayor o menor grado, o sea, de mayor o menor jerarquía,** como lo hacen, por ejemplo, para distintos efectos, los



artículos 30 y 85, al disponer, respectivamente, que las Juntas Calificadoras de los Servicios Públicos estarán constituidas “por los cinco (o tres) **funcionarios de más alto nivel jerárquico**” de la respectiva institución, y que las casas habitación que los Servicios tengan disponibles para sus empleados, serán cedidas en arrendamiento a “los funcionarios que residan en la localidad respectiva, según su **orden de jerarquía funcionaria**”, sin perjuicio de que la LOCBGAE y el mismo Estatuto Administrativo consagren la existencia del jefe superior del servicio, quién tiene la autoridad y la responsabilidad de su dirección.

La regulación del desempeño de los funcionarios públicos: el estatuto administrativo

El mundo occidental conoce dos grandes sistemas de regulación del empleo público: el de la *job position* y el de carrera funcionaria.

El sistema de la *job position* o puesto de trabajo es propio del mundo anglo norteamericano y básicamente consiste en concebir el desempeño público en los mismos términos que un empleo privado: la persona interesada accede a un determinado cargo, atendida la idoneidad que la hace merecedora a esa plaza, y permanece en ella en tanto mantenga su buen desempeño, sin pretender en su vida de trabajo otra expectativa que no sea la de contar con aumentos de sueldo o de una asignación por antigüedad, cuando corresponda.

El sistema de carrera funcionaria nació en la Europa continental, particularmente se le conoce como modelo francés. Consiste, por el contrario, en la incorporación de una persona a una forma de vida, a una actividad permanente que les garantiza el perfeccionamiento y el acceso a cargos superiores, es decir, a una forma de desempeño que la habilita para desarrollar en la Administración, de por vida, una actividad remunerada.

Por eso y para eso el sistema se basa en la estructura de empleos permanentes prevista por el EA que ya se conoce, la que se es materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, conforme a lo previsto por el artículo 65, inciso 4º, numeral 2º, de la Constitución Política de la República.

En estos términos, quien se interese por **ingresar** a la Administración del Estado debe postular a un cargo público, por concurso público, que autoriza al favorecido para incorporarse al último grado que se encuentre vacante en la planta a que se ha postulado, para, desde allí, en el transcurso del tiempo **ascienda o sea promovido a un grado superior** hasta alcanzar el cargo tope de escalafón, es decir, el más alto al que puede aspirarse dentro



de su línea de carrera funcionaria. Así, v. gr., un abogado deberá presentarse al concurso que corresponda, llamado por el servicio público que requiere de servicios jurídicos. De ganar una de las plazas concursadas será designado como titular de un cargo del último grado de la Planta Profesional, desde allí, hará carrera por la vía de la promoción dice el EA, hasta alcanzar el empleo del grado más alto de esa planta.

La normativa que regula el orden de situaciones y relaciones jurídicas que se dan en torno al empleo y a los funcionarios públicos se conoce con el nombre de Estatuto Administrativo.

Como apuntaron los dictámenes Nos 70.238 de 1962, y 3.459 de 1983, de la Contraloría General de la República, “las funciones de carácter permanente de un Servicio público, que son aquellas que está llamado a cumplir de acuerdo con los fines para los cuales fue creado por el legislador, deben desempeñarse bajo el régimen estatutario de derecho público, o sea, por medio de funcionarios de planta o a contrata”.

“El vínculo jurídico que une al funcionario con el Estado y que nace con el nombramiento –indicó el dictamen N°67.095 de 1975-, no es de naturaleza contractual, sino legal y reglamentaria, por lo que no cabe aplicarle las disposiciones que se refieren a los contratos”. Antes bien, el sistema estatutario se caracteriza, agregó el dictamen N°31.386 de 1982, por ser “un régimen de derecho público preestablecido unilateral y objetivamente por el Estado”, lo que significa que quien pasa a ocupar un empleo público, como señaló el dictamen N°79.705 de 1966, debe someterse a “una serie de deberes y obligaciones, otorgándosele también diversos derechos o facultades, de manera que al incorporarse a uno de los entes que conforman la Administración del Estado, la persona pasa a adscribirse en forma simultánea a un *status* jurídico especial, que está configurado por el cuerpo regulador de sus relaciones con la institución a que pertenece”.

Consiguientemente, agregó el dictamen N° 8.415 de 1983, “el sistema de remuneraciones del sector público está establecido –también- sobre bases diferentes de las que rigen en el sector privado”.

“En efecto, en dicho sistema las respectivas asignaciones o estipendios constituyen beneficios específicos regulados por el legislador en forma previa a la incorporación de una persona al sistema público, el que por lo demás está estructurado y ordenado de esa manera propia de la Administración que consiste en organizar al personal ya las remuneraciones a que tiene derecho, conforme a escalafones y grados”.

“Estas características no existen en el sector privado, toda vez que en él las remuneraciones se determinan básicamente en consideración a la naturaleza de los servicios, de los cuales es su contraprestación, lo que



permite a las partes acordar el pago de las remuneraciones que convengan.”

De lo expuesto se desprende, entonces, que en los regímenes que siguen la tradición francesa o, si se quiere, la tradición europea continental, el desempeño de los cargos público-administrativos se realiza conforme a un sistema de carrera funcionaria que se halla normado por “un régimen de derecho público preestablecido unilateral y objetivamente por el Estado”, como dijo el dictamen N° 31.386, de 1982, que se contiene en un texto legal denominado Estatuto Administrativo.

Por consiguiente, la relación laboral administrativa no nace de un contrato, no tiene naturaleza contractual. “No deriva de un contrato sólo extinguable por acuerdo de las partes -ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en los autos Sepúlveda Tordecilla, Edgardo contra Alcalde de la Municipalidad de El Bosque, apelación en recurso de protección, sentencia de 26 de mayo de 1998, Rol N° 1.035-98)-, sino que se contiene en un *status* funcionario de naturaleza legal al que se incorpora el interesado por un acto unilateral, *status* en que están predeterminados los derechos, obligaciones, responsabilidades y causales de cesación de funciones.”

Cabe sostener, por ello, que la relación estatutaria surge de un acto bilateral de Derecho público, en la medida que su fuente es el nombramiento extendido por autoridad competente, perfeccionado por la aceptación de la persona designada. Así se desprende del artículo 16 del Estatuto Administrativo, que en su inciso 3° dispone que la persona nombrada para ocupar un empleo público debe ser notificada de la designación que la favorece, indicándosele “la oportunidad en que debe asumir sus funciones o el hecho de que el decreto o resolución de nombramiento ha sido totalmente tramitado”. Si el designado “no asumiere su cargo dentro de tercero día contado desde la fecha que correspondiere, el nombramiento quedará sin efecto por el solo ministerio de la ley”, debiendo la autoridad comunicar esta circunstancia a la Contraloría General de la República, para los efectos de registrar la situación producida.

En atención a esta circunstancia, el dictamen N° 31.386 de 1982, manifestó que el hecho de estar sometidos los funcionarios a un régimen estatutario “no significa que la calidad de empleado público pueda ser impuesta forzosamente a una persona, pues ésta sólo se incorpora al régimen jurídico estatutario en la medida que así lo decida libremente, ya que es una expresión de la libertad de trabajo garantizada por la Constitución Política de la República.”

En efecto, han añadido numerosos dictámenes, “la calidad de empleado público no se adquiere por el solo acto formal del nombramiento notificado a la persona interesada, sino que requiere la concurrencia de un elemento



de hecho, esto es, que esa persona se haga cargo del empleo dentro del plazo que la ley establece con tal objeto" (dictámenes Nos 67.509 de 1962, 29.483 de 1964, 69.210 de 1977), en cuanto ese decreto o resolución de nombramiento requiere, para perfeccionar la relación de empleo, de la "manifestación de voluntad del interesado de hacerse cargo de la plaza en que ha sido designado" (dictamen N° 7.276, de 1986).

La existencia de "normas estatutarias", de un "Estatuto Administrativo", implica reconocer, según expresa la LOCBGAE, que las normas estatuidas, son reglas preestablecidas que regulan las condiciones de al ingreso al cargo público, las obligaciones, los derechos y la responsabilidad funcionaria, así como las causales de cesación de funciones (arts.) , en términos obligatorios para todos los funcionarios públicos, perspectiva que de por sí se muestra ajena a una voluntad constitutiva de derechos y obligaciones por parte de quienes intervienen en el perfeccionamiento de la relación jurídica.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha manifestado en este sentido que "los funcionarios están sometidos a un régimen de derecho público preestablecido unilateral y objetivamente por el Estado" (dictamen N° 31.386/82).

"En su sentido amplio –señaló el dictamen N° 77.749, de 1971-, Estatuto Administrativo es todo ordenamiento positivo que regula las relaciones entre la Administración y sus agentes". "Cabe hacer presente –que dentro de su campo de aplicación- el principio de autonomía de la voluntad que otorga fundamento y validez a las relaciones laborales en el sector privado, es reemplazado en el ámbito público por la teoría estatutaria que liga al empleado con el Estado, y que consiste en un vínculo unilateral que se encuentra representado, precisamente, por el concepto de Estatuto Administrativo."

De este modo, el Estatuto Administrativo aparece ante todo como un concepto de Derecho público administrativo del cual se deriva un régimen jurídico basado en el principio de la legalidad y no de la convencionalidad, en principios propios del ámbito público, los que se traducen en la existencia de un régimen de desempeño que abarca desde el ingreso a la función pública hasta la cesación en el cargo público, pasando por la regulación de los derechos que asisten a los funcionarios, las obligaciones que se les imponen y la forma de hacer efectiva la responsabilidad por sus actuaciones.



LAS RELACIONES ESTATUTARIAS

El ordenamiento jurídico actúa sobre situaciones y relaciones jurídicas

Son situaciones jurídicas todos aquellos estados de cosas que interesan al derecho objetivo o a la esfera jurídica de un sujeto de derecho. Es una situación jurídica, por ejemplo, en el ámbito estatutario, el estado de vacancia de un cargo público, pues constituye el antecedente que motiva a la Administración a proveerlo; la enfermedad de un pariente, que puede inducir a un funcionario a solicitar permiso con goce de remuneraciones para acompañarlo, o una contravención administrativa, en cuanto habilita a la autoridad para instruir un procedimiento disciplinario: investigación sumaria o sumario administrativo, encaminado a establecer la efectividad del hecho, la identidad de los contraventores y el tipo y grado participación que en él pudiere haber cabido a uno o más empleados.

Las relaciones jurídicas, en cambio, son vínculos jurídicos directos que unen a dos sujetos jurídicos situándolos en las respectivas posiciones de poder y deber, de titular de un derecho o de pasivo de una obligación. La solicitud de feriado, licencia o permiso que presenta un empleado a su superior crea una relación jurídica que se concreta entre él y su jefatura, en la medida que el jefe respectivo se encuentra obligado a recibirla, tramitarla y resolverla conforme a los parámetros que fija el Estatuto Administrativo. Análogo caso se presenta con el ejercicio de cualquiera de los derechos que consagra el Estatuto en favor de los empleados públicos, cuyo ejercicio conlleva la exigibilidad del correspondiente comportamiento recíproco.

Sin embargo, siendo estas relaciones, como son, subjetivas, en el sentido de que sus sujetos intervinientes, activos y pasivos, son personas naturales, uno el funcionario, otra la autoridad, tienen, empero, una textura objetiva, en tanto y en cuanto no admiten una libre decisión de las partes sobre el asunto de que se trate, al estar regidas por el Estatuto Administrativo y no ser el empleado un dependiente de su jefe en términos laborales, sino sólo en razón de los roles funcionario y autoridad que inviste cada uno dentro de la respectiva organización, que los sitúa a ambos como integrantes de un órgano del Estado nación ante el Derecho estatutario, obligatorio en iguales términos para el superior y para el subalterno.

Esta relación jurídica de contenido objetivo está consagrada expresamente en el artículo 1º del Estatuto Administrativo general, al expresar que "**las relaciones** entre el **Estado** y el **personal** (...) se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo".

Según esta normativa estatutaria, los empleados públicos son titulares de derechos y pasivos de obligaciones funcionarias; los derechos se ejercen, las obligaciones han de cumplirse.



Ahora bien: ¿Cómo se ejercen esos derechos que sitúan al empleado en la posición de poder dentro de la relación jurídica estatutaria?

Conforme a lo previsto en el artículo 14 de la LOCBGAE, las normas estatutarias aplicables al personal de la Administración del Estado deberán guardar conformidad con su carácter jerarquizado, técnico y profesional.

La jerarquía, según una antigua definición nunca omitida, es un vínculo jurídico que une a órganos o a funcionarios en relación de superior a inferior, de manera que el superior, el jefe respectivo, manda y el subordinado obedece.

Esta constitución interna de todos los organismos administrativos implica, para quienes se desempeñan en esas instituciones, el deber general de respetar la línea jerárquica, esto es, atenerse a la estructura de mando del respectivo servicio, lo que equivale a decir que los empleados públicos han de relacionarse oficialmente con el servicio a través de su jefe inmediato o del superior de este funcionario.

Pues bien, sea por aplicación del principio jerárquico en el esquema administrativo del liberalismo, sea por la necesidad de velar por la regularidad del servicio público, según la escuela social, el hecho es que los funcionarios no pueden declarar unilateralmente el goce de los derechos consagrados en el Título IV del Estatuto Administrativo, artículos 89 a 118, como ocurre con los derechos civiles, sino que deben solicitarlos a su jefatura, y sólo están en condiciones de ejercerlos una vez que cuentan con la respectiva autorización.

Un derecho tan personalísimo, como es la renuncia a su cargo, reconocido por la jurisprudencia como una expresión del derecho constitucional a la libertad de trabajo, no produce efectos jurídicos, según el Estatuto Administrativo, por la sola expresión escrita del empleado manifestada en orden a hacer dejación de su empleo, ya que su artículo 146, al establecer las causales de cesación de funciones, admite como tal, no a la presentación de la renuncia, sino a su aceptación por la autoridad competente, que es la que lo designó en el empleo.

En estas condiciones, el empleado público, en cuanto titular de derechos estatutarios, como sujeto que ocupa la posición de poder en la relación jurídica que nace del ejercicio de esas facultades, está plenamente autorizado para actuar los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico, pero, para ejercerlos, debe solicitarlos ante su superior jerárquico, no puede hacer uso de sus facultades estatutarias por sí, *motu proprio*, por determinación personal, pues se entiende que la función pública a la cual se debe, importa la primacía del interés público por sobre el particular interés del funcionario, y ese interés público ha de ser calificado por la autoridad



competente, de modo que es esta autoridad la que califica dicho interés y conforme a él procede a aceptar, condicionar o denegar el derecho ejercido, según lo que disponga en cada caso la ley estatutaria.

Los funcionarios públicos son titulares de derechos y pasivos de obligaciones estatutarias

En cuanto titulares de derechos, ocupan la posición de poder dentro de la relación jurídica, y sitúan a la autoridad administrativa en la posición de deber, al obligarla a abstenerse, bajo cualquier pretexto, de entorpecer su ejercicio, e incluso a ampararlos y facilitar su ejercicio, bajo pena de incurrir en una actitud contraria a Derecho, fuente de nulidad de lo actuado y de responsabilidad para su autor.

La jurisprudencia ha concluido, por ello, que el hecho que la autoridad no decida “dentro de un plazo prudente sobre la renuncia presentada por el empleado a contar de una fecha determinada, es retención indebida la renuncia, pues ha de tenerse presente que la renuncia no sólo constituye el ejercicio de una facultad que el Estatuto Administrativo reconoce a todo funcionario, sino, además, en el artículo 19, N° 16, de la Constitución Política de la República” que consagra la libertad de trabajo (dictamen N° 15.178, de 1997), y el artículo 8° de la LOCBGAE obliga a la Administración a actuar “por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones (...) procurando la simplificación y rapidez de los trámites (...) sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos”, mandato que la obliga a actuar diligentemente.

Los derechos funcionarios pueden ser constitutivos de derechos de la carrera funcionaria, derechos de naturaleza social, de naturaleza económica, de la seguridad social o derechos gremiales.

Los derechos de la carrera funcionaria están consultados en los artículos 89 a 92 del Estatuto Administrativo y son el derecho a la estabilidad en el empleo, al ascenso, a defensa, a permutar los cargos de planta y a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio en la medida que no interfiera con sus deberes estatutarios; **los derechos económicos**, en los artículos 91, 93 a 95, y son el derecho a ocupar casa habitación del Servicio y a percibir remuneraciones: el sueldo base y las asignaciones; **los derechos sociales**, en los artículos 102 a 113: están constituidos por los feriados, permisos y licencias médicas, incluida la licencia maternal; **los derechos a la seguridad social**, en los artículos 114 a 118 del Estatuto Administrativo, consistentes en la percepción de la remuneración mensual del empleado fallecido por parte de las personas que indica el artículo 114, las prestaciones por accidente en actos de servicio o por enfermedades



contraídas como consecuencia o con ocasión de la función, y las asignaciones familiar y maternal. Cabe tener presente que las prestaciones por accidentes en actos de servicio y enfermedades profesionales de todos los trabajadores chilenos, sean del sector público o del privado, son las previstas en la Ley N° 16.744; y que las disposiciones que protegen a la madre trabajadora, y en su caso, al padre, con igual alcance de aplicación, las contenidas para este efecto en el Código del Trabajo.

Lo gremial en Chile está constituido por el derecho a asociarse que de antiguo se reconoce a los empleados públicos, en defensa del “ejercicio efectivo de -los- derechos que la ley -les- reconoce”, como señaló el dictamen N° 82.373 de 1967, al definir el objetivo de una asociación de funcionarios.

Atendido lo dispuesto por los artículos 38 inciso 1° de la Constitución Política de la República, y 45 y 46 de la LOCBGAE, el derecho base de la carrera funcionaria es el derecho a la estabilidad en el cargo, complementado por los derechos a la promoción y al ascenso.

a) El derecho a la estabilidad en el cargo abarca el derecho al cargo y el derecho a la función, pues todo empleo presenta dos componentes:

- Uno, el componente estático, constituido por un aspecto orgánico, estructural del Servicio, consultado por la forma en que la unidad básica organizacional en que consiste el cargo, destino, empleo o plaza públicos aparece consultada en forma permanente en la planta de cada organismo administrativo;

- El otro, el componente funcional, articulado en torno a qué se hace en esa unidad orgánica básica que es el cargo público, cuál es la actividad que en él se desarrolla, que especial trabajo se desempeña, y cuya existencia deriva del hecho de que todo empleo tiene asignada una función: las plazas de la Administración Pública, dice el artículo 5°, pueden ser sólo directivas, profesionales, técnicas, administrativas o auxiliares.

Artículo 5°. Para los efectos de la carrera funcionaria, cada institución sólo podrá tener las siguientes plantas de personal: de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares.

De conformidad con numerosos dictámenes de la Contraloría General, “El derecho al cargo y a la función corresponde al empleado que legalmente ha entrado a desempeñar el empleo” (dictámenes Nos 66.963 de 1963, 85.090 de 1985, 11.666 de 1981).

Por las razones precedentes, entonces, el estudio del derecho funcionario a la inamovilidad en el cargo debe hacerse distinguiendo en él el derecho al



cargo y el derecho a la función, los componentes estático y dinámico del empleo público.

LOCBGAE, artículo 46, incisos 1º y 3º. ...este personal gozará de estabilidad en el empleo (...)

Los funcionarios públicos (...) –han de ejercer- las funciones propias del empleo para el cual han sido designados (...)

b) El derecho al cargo es la facultad que asiste a un funcionario público para ejercer legalmente su empleo en tanto no medie una causa legal de cesación de funciones.

Este derecho, como se recordará, está consagrado en los artículos 43 de la LOCGAE y 89 del Estatuto Administrativo.

Según el artículo 43 de la LOCBGAE, “Este personal –el que labora en alguno de los órganos y organismos mencionados en el inciso 1º de su artículo 21- gozará de inamovilidad en el empleo y sólo podrá cesar en él” por causa legal. “Lo anterior es sin perjuicio de la facultad que tiene el Presidente de la República o la autoridad llamada a hacer el nombramiento en relación con el cargo de su exclusiva confianza”. Conforme al artículo 89, inciso 1º, del EA, “Todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo (...), salvo los cargos de exclusiva confianza”. En efecto, el derecho al cargo puede sólo puede ser invocado y ejercido por los empleados de carrera, puesto que los servidores públicos que ocupan plazas de confianza exclusiva, al ser de libre designación y libre remoción de la autoridad llamada a extender el nombramiento, autoriza a la autoridad que los designó para retirarle en cualquier momento esa confianza, obligándole a presentar su renuncia dentro de 48 horas, bajo apercibimiento de declararle vacante el cargo (artículo 148).

Las causales de cesación o expiración de funciones que permiten poner término a la relación de empleo, están consultadas en forma taxativa en el artículo 146 del Estatuto Administrativo. “De acuerdo con el artículo 89 –dijo el dictamen N° 62.267, de 1968- los funcionarios públicos –no pueden- ser alejados de sus empleos sino en virtud de alguna de las causales legales de expiración de funciones que contempla el Estatuto Administrativo”, aplicada “previo cumplimiento de las formalidades que procedan”. Ello significa, agregó el dictamen N° 33.055 de 1993, que “los funcionarios pueden permanecer en un cargo público en tanto no concurra una causal legal de expiración de funciones.”

La jurisprudencia judicial ha hecho prevalecer sistemáticamente el derecho al cargo por sobre decisiones administrativas que han puesto término a las funciones de un empleado. Así, por ejemplo, en los autos “Mariela Bravo Vera con Contraloría Regional de Los Lagos y Municipalidad de Valdivia”, la



Corte de Apelaciones de esta ciudad, en sentencia confirmada por la Excm. Corte (Roles 4.775-93 y 21.594-Valdivia, respectivamente), acogiendo el recurso de protección deducido por la recurrente, manifestó:

*“**Decimoséptimo.** Desde que Mariela Elena Bravo Vera se incorporó a la Administración Pública adquirió el derecho a gozar de estabilidad en el empleo y a no ser removida de él sino por causa expresamente contemplada en la ley. De tal estabilidad, que vale erga omnes, incluso para la misma Administración, dependen no sólo la sustentación espiritual y moral del trabajador, sino que también su ingreso económico y las condiciones materiales de su vida. Así, el empleo público pasa a ser un bien que pertenece al trabajador. La ley estatutaria dice: “adquiere el derecho”. En tal carácter está protegido por la Constitución, que en su artículo 19, N° 24, garantiza la propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.”*

*“**Decimoctavo.** La aseveración genérica que hace el informe del Contralor Regional, en el sentido de que en Derecho público no cabe hablar de derechos adquiridos, sino que de meras expectativas, no resiste ante lo que disponen los artículos 48 de la Ley N° 18.575 y –83 de la Ley N° 18.834- sobre adquisición del “derecho a gozar de la estabilidad en el empleo.”*

Las causales de cesación de funciones admitidas por el Estatuto Administrativo son siete y se contienen en el artículo 146:

- Aceptación de renuncia;
- Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación con el respectivo cargo público;
- Declaración de vacancia;
- Destitución;
- Supresión del empleo;
- Término del período legal por el cual se es designado, y
- Fallecimiento.

Los artículos 147 a 160 se ocupan, enseguida, de desarrollar cada una de ellas y sus efectos.

c) El derecho a la función se encuentra reconocido en el artículo 46 inciso 3° de la LOCBGAE, al prevenir que “los funcionarios públicos sólo podrán ser destinados a funciones propias del empleo para el cual han sido designados, dentro del órgano o servicio correspondiente”.



A su vez, basándose en los artículos 73 y 75 del Estatuto Administrativo, el dictamen N°17.440, de 1993, hizo presente que “según el Estatuto Administrativo, a los funcionarios públicos no puede ordenárseles el desempeño de funciones que no sean propias del cargo que ejercen”, salvo disposición de ley que así lo permita.

1) La jurisprudencia judicial también ha velado por hacer respetar el derecho a la función. En fallo de 23 de septiembre de 1997, recaído en los autos de protección Rol N° 2.316-97, confirmado el 22 de enero de 1998 por la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró ilegal la destinación de una funcionaria designada en el cargo de Abogado Jefe de la Oficina Jurídica Regional Metropolitana Santiago Oriente, dependiente del Director Regional, a Abogado del Tribunal Tributario de la Dirección Regional Metropolitana Santiago-Sur, con dependencia del Juez Tributario, por no constituir *“para la recurrente un cambio de funciones propias del cargo y de su jerarquía, principio básico dentro de la organización administrativa”*. La Corte Suprema de Justicia, al confirmar la sentencia, lo hizo con declaración de que se acogía el recurso y se dejaban *“sin efecto todos los actos o resoluciones que se hayan dictado por los recurridos –el Director Regional Metropolitano de Santiago Oriente del Servicio de Impuestos Internos y otros-, y que dispusieren el cambio de funciones de la recurrente”*.

Las funciones propias del cargo derivan del nombre del empleo que se ocupa, y consta del decreto o resolución de nombramiento. El empleo se identifica por su denominación y grado, y corresponde a alguna de las cinco líneas de especialidad que contempla el artículo 5° del Estatuto Administrativo: directiva, profesional, técnica, administrativa o auxiliar, pues, como se sabe, el artículo 8° de este cuerpo legal dispone que *“Todo cargo 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”*. Esto quiere decir que un profesional, por ejemplo, no puede ser obligado a desempeñar funciones administrativas, ni un auxiliar labores técnicas, ya que de procederse así se vulnera el orden de autoridad, responsabilidad y consiguiente tratamiento económico que conlleva el empleo que se ocupa, y que se debe respetar el grado de su empleo.

El derecho a la función admite modalidades de desempeño y una causal de alteración de dicha función.

Las modalidades de ejercicio son la destinación y el cometido funcionario. Su causal de alteración, la comisión de servicio.



La destinación consiste en la determinación del lugar físico de desempeño del empleado, dentro del respectivo Servicio. "Es solo el mecanismo jurídico que contempla la ley para precisar el lugar físico en que debe desempeñarse un cargo –acotó el dictamen N° 32.794, de 1979-, reconociendo por ende la naturaleza propia del empleo de la persona destinada, que no puede verse modificada por dicha circunstancia".

La destinación se determina por el jefe superior de Servicio a través de una resolución de destinación. Cuando importa para el empleado dejar su lugar de residencia habitual y trasladarse a otra localidad del país, origina una asignación especial llamada asignación por cambio de residencia (artículos 67, 68 y 93, letra d)).

El cometido funcionario es un encargo que se hace a un empleado para que realice una labor específica comprendida dentro de las funciones propias de su cargo. Consiste, puntualizó el dictamen N° 87.360 de 1965, en "el cumplimiento de labores inherentes al cargo que se ocupa, sea que se realice dentro o fuera del Servicio de que se trate", caracterizándose, además, según el dictamen N° 21.910, de 1972, por tener "un plazo determinado" de desempeño. El Estatuto Administrativo admite que puedan disponerse simplemente por escrito o incluso verbalmente, pero cuida de prevenir que si su cumplimiento requiere alejarse del lugar de residencia habitual del empleado, debe ordenarse por resolución del jefe superior de Servicio, con pago de pasajes y viáticos. Residencia habitual del funcionario es "la localidad en que se encuentran ubicadas las oficinas de la entidad en que preste su servicio –el funcionario-, atendida su destinación", dice el artículo 3° del DFL N° 262, de 1977, aclarando que "Constituirán una misma localidad, para estos efectos, en el caso de conglomerados urbanos o suburbanos inmediatamente adyacentes que cuenten con sistemas de movilización colectiva que los intercomunicen o sirvan en conjunto, las distintas comunas que los integren". El viático es una asignación que tiene por objeto sufragar los gastos de alimentación y alojamiento en que incurre el servidor público que en ejercicio de sus funciones debe ausentarse de su lugar de desempeño habitual (artículos 72 y 93, letras e) y f)).

La comisión de servicio, en cambio, por definición, permite alterar el ejercicio a la función: es el encargo que se hace a un empleado público para que realice una labor específica, ajena a las funciones de su cargo, pero propia del Servicio y de los conocimientos que posee el funcionario, sea en el Servicio a que pertenece o en otro organismo de la Administración. Como preceptúa el artículo 48 de la LOCBGAE en su inciso último, la designación en comisión de servicio recae en "funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto".



El derecho a gozar de la estabilidad en el empleo (artículo 83), en estas condiciones, abarca el derecho al cargo y a la función.

El derecho al cargo consiste en la facultad de funcionario legalmente designado en un empleo público, para ejercer pacíficamente su cargo en tanto no medie una causal legal de cesación de funciones (artículos 83 y 140).

El derecho a la función, la facultad reconocida al empleado público de no ser cambiado de la actividad es consustancial al cargo, sin perjuicio de que la autoridad administrativa pueda ordenar destinaciones y cometidos funcionarios, así como disponer comisiones de servicio, las que por tener la aptitud de modificar el ejercicio de este derecho está severamente limitada por el Estatuto Administrativo.

Derecho al goce de feriado legal

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.

El feriado corresponderá a cada año calendario y será de quince días hábiles para los funcionarios con menos de quince años de servicios, de veinte días hábiles para los funcionarios con quince o más años de servicios y menos de veinte, y de veinticinco días hábiles para los funcionarios con veinte o más años de servicio.

No se consideran como días hábiles los días sábado y se computarán los años trabajados como dependiente, en cualquier calidad jurídica, sea en el sector público o privado.

Derecho a los Permisos

Permiso Con Goce De Sueldo:

El artículo 26 de la Ley 15.076 señala que los Jefes de Servicios están autorizados para conceder al personal de su dependencia, por resolución fundada y cuando circunstancias especiales lo justifiquen, permisos fraccionados o continuos hasta seis días hábiles en cada semestre calendario, con el goce de sueldo y demás remuneraciones de que disfruten. Aquellos que no cumplan su jornada semanal de 44 horas semanales, se considerará que un día de permiso corresponde a la cantidad de horas que resulte de dividir por cinco la jornada laboral. Es decir, si tienen un contrato de 28 horas semanales, tendrán derecho a 24 horas de permiso



con goce de sueldo por semestre. Tratándose de funcionarios municipales, los permisos son seis días por año.

Permiso Sin Goce De Sueldo:

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

- a) Por motivos particulares hasta dos meses en cada año calendario, o seis meses cada 3 años.
- b) Para trasladarse al extranjero por el tiempo que se exprese al otorgar el permiso, el cual no podrá exceder de tres años.
- c. Las instituciones empleadoras en donde presten servicios los profesionales médicos de la Armada embarcados, deberán otorgarles permiso sin goce de sueldo durante el tiempo que dure el viaje.

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

Derecho a gozar de 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.

Derecho a recibir asistencia en caso de accidente en actos de servicio o de enfermedad a consecuencia

El funcionario que se accidentare en actos de servicio o se enfermare a consecuencia o con ocasión del desempeño de sus funciones tendrá derecho a obtener la asistencia médica correspondiente hasta su total recuperación.

Se entenderá por accidente en acto de servicio toda lesión que el funcionario sufra a causa o con ocasión del trabajo, que le produzca la muerte o la incapacidad para el desempeño de sus labores, según dictamen de la Comisión Médica de Medicina Preventiva e Invalidez del Servicio de Salud correspondiente.



Se entenderá por enfermedad producida a consecuencia del desempeño de las funciones aquella que, según dictamen de la Comisión Médica de Medicina Preventiva e Invalidez del Servicio de Salud que corresponda, tenga como causa directa el ejercicio de las funciones propias del empleo. Su existencia se comprobará con la sola exhibición de este dictamen.

La asistencia médica señalada en el inciso primero, comprenderá el pago por parte de la institución empleadora, de los gastos provenientes de la atención médica, hospitalaria, quirúrgica, dental, ortopédica y de todos los medios terapéuticos y auxiliares relativos al tratamiento prescrito para la recuperación del funcionario, hasta que éste sea dado de alta o declarado imposibilitado para reasumir sus funciones, por la entidad de salud competente.

Los procedimientos, condiciones, modalidades y valor de las prestaciones médicas, hospitalarias, quirúrgicas, dentales, ortopédicas y de todos los medios terapéuticos y auxiliares relativos al tratamiento prescrito para la recuperación del funcionario serán determinados, sin ulterior reclamo, por el Servicio de Salud pertinente, y la autoridad superior de la institución empleadora ordenará sin más trámite el pago señalado por dicho Servicio.

La ocurrencia de un accidente en acto de servicio deberá ser comprobada por investigación sumaria, la que deberá iniciarse a más tardar dentro de los diez días posteriores a aquel en que se haya producido el hecho.

Se considerarán también accidentes en actos de servicio los que sufra el funcionario en el trayecto de ida o regreso entre su residencia y su lugar de trabajo.

Ley 16.744:

Prestaciones Médicas y Prestaciones Económicas

A. Gastos Médicos: el seguro comprende el pago de todos los gastos médicos, hasta por 52 semanas de licencia, las que son prorrogables por 52 semanas más.

B. Indemnizaciones: en caso de invalidez parcial: el trabajador tendrá derecho a una indemnización global que no excederá de 15 veces el sueldo base y que se determinará en función de la relación entre dicho monto y el valor asignado a la incapacidad respectiva, en la forma y condiciones previstas en el reglamento. En caso de invalidez total: Tendrá derecho a una pensión mensual, equivalente al 70% de su sueldo base.

En caso de gran invalidez: En caso de gran invalidez, se tendrá derecho a un suplemento de pensión, mientras permanezca en tal estado, equivalente a un 30% de su sueldo base. (Gran inválido es aquel trabajador que requiere del auxilio de otras personas para realizar los actos elementales de su vida).



Beneficio por hijo o hija Montos se aumentan en un 5% por cada uno de los hijos o hijas que le causen asignación familiar al pensionado, en exceso sobre dos.

En caso de fallecimiento: El cónyuge, sus hijos, la madre de sus hijos, los ascendientes o descendientes que le causaban asignación familiar, tendrán derecho a pensiones de supervivencia.

La cónyuge superviviente mayor de 45 años o inválida de cualquier edad, tendrá derecho a una pensión vitalicia equivalente al 50% de la pensión básica que habría correspondido a la víctima si se hubiere invalidad totalmente. Igual pensión corresponde a la viuda menor de 45 años de edad por el periodo de un año, prorrogable por todo el tiempo durante el cual mantenga a su cuidado hijos legítimos que le causen asignación familiar.

Si al término del plazo o de su prórroga hubiere cumplido 45 años, la pensión se transformará en vitalicia.

Cesará su derecho si contrajere nuevas nupcias. La madre de los hijos del causante, soltero o viuda, que hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte, tendrá también derecho a una pensión equivalente al 30% de la pensión básica que habría correspondido a la víctima. Los hijos menores de 24 años que sigan estudios regulares, o inválidos de cualquier edad, tendrán derecho a percibir una pensión. A falta de los anteriores, tendrán derecho a la pensión los demás ascendientes y descendientes del causante que le causaban asignación hasta cumplir 18 años de edad, para el caso de los descendientes.

Derecho a la Capacitación

La capacitación del personal del Sector Público tiene como propósitos tanto el desarrollo y realización personal y profesional del funcionario, como el fortalecimiento de la organización para el logro de sus objetivos. La capacitación del personal junto con las políticas de selección, promoción, remuneraciones, evaluación e incentivos es una actividad decisiva para el desarrollo de los miembros de una organización y una contribución a su mejoramiento.

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 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.

Liberación de Guardia nocturna

De acuerdo a lo señalado en el artículo 44 de la ley 15.076, refundida, coordinada y sistematizada en el Decreto con Fuerza de ley N° 1, 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.

Posteriormente con fecha 28 de diciembre de 2016, se agregó un inciso tercero al artículo 44 de la ley 15.076, donde se reconoce para efectos del cómputo de años para optar al beneficio de liberación de guardias contemplada en el inciso primero del artículo 44, el tiempo que el becario haya prestado durante la realización del programa de especialización en guardias nocturnas y en días festivos, siempre que estas guardias hayan sido parte del respectivo programa de especialización y la beca haya sido financiada por el Ministerio de Salud o por los Servicios de Salud.

El reglamento determinará la forma en que se reconocerá el tiempo y condiciones de desempeño clínico para efectos del inciso primero del artículo 44.

Derecho a Percibir por sus servicios, las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establezca la ley y demás asignaciones adicionales

La remuneración, 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.

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 éste emprenda viaje, y si fuere a desempeñar un empleo en el extranjero, desde quince 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 éste 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 quince por ciento de la remuneración.

Si existieren deducciones ordenadas por el sistema de bienestar, el límite indicado se reducirá en el monto que representen aquéllas.

No podrá anticiparse la remuneración de un empleado por causa alguna, ni siquiera en parcialidades, salvo lo dispuesto en este Estatuto.

Protección a 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, tendientes a proteger a los hijos e hijas y sus padres, en atención al interés superior del niño niña.

Este deber, obliga al empleador a adoptar todas las medidas necesarias para proteger la maternidad, paternidad y la vida familiar conforme a las regulaciones vigentes en la materia.



Este conjunto de normas y principios es aplicable al sector privado de salud, administración pública, instituciones semifiscales, municipales, entre otras, y que dependan de cualquier empleador, acogidos a un sistema previsional.

También se extiende su aplicación a los profesionales en formación con ciertos matices en atención a su transversalidad protectora. En este contexto, es importante indicar, que el ámbito de aplicación de la “Protección a la Maternidad” es bastante amplio y se hace extensivo a todas las entidades y empresas de los sectores público y privado. De modo que es aplicable, aunque el trabajador y su empleador se encuentren unidos por una relación de naturaleza estatutaria, como ocurre entre los funcionarios municipales y la Municipalidad. Para poner término al nexo que las unía, la Municipalidad debe solicitar el desafuero ante un Tribunal del Trabajo.

La mayoría de las normas referidas a la protección de la maternidad están contenidas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo. (Artículos 194 a 208). También podemos complementar la normativa en materia de protección a la maternidad con Dictámenes de la Inspección del Trabajo, Dictámenes de Contraloría General de la República y Jurisprudencia.

Los derechos funcionarios son exigibles y prescriptibles

Exigibles, porque los empleados públicos se hallan titularizados para obligar a Administración Pública a respetar el ejercicio de sus derechos funcionarios, tanto por vía administrativa como judicial.

Por vía administrativa, ya que al margen de hallarse habilitados para reclamar su desconocimiento a las autoridades internas del Servicio o en su caso ante el Ministro del ramo, antigua práctica respaldada desde luego por el principio jerárquico y recogida en el artículo 10 de la LOCBAGE, el artículo 160 reconoce expresamente a los servidores públicos y a los postulantes a un concurso, el “derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, (...) vicios de ilegalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto”, regulando la forma de decisión de este derecho de reclamo.

LOCBGAE, artículo 10. Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanando el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.



DFL N° 29, de 2005, artículo 160, inciso 1° y 2°. Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos plazo para reclamar será de sesenta días.

Igual derecho tendrán las personas que postulen a un concurso público para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior.

Al invocarse el artículo 10 de la LOCBGAE ha de tenerse presente que conforme a su claro sentido y alcance, para invocarlo es necesario atenerse primeramente a “los recursos que establezca la ley”, y enseguida, si nada dice la ley, recurrir en forma supletoria a los recursos de reposición y jerárquico. Esto significa, por ejemplo, que, tratándose de las resoluciones de la Junta Calificadora, que tiene establecida su vía de impugnación: apelación ante el jefe superior de Servicio (artículo 48), no procede dar curso a un recurso de reposición, ya que la ley dispone expresamente que “El funcionario tendrá derecho a apelar de la resolución de la Junta Calificadora (...). De este recurso conocerá el Subsecretario o el Jefe Superior del Servicio, según corresponda”.

Por vía judicial, ya que, tratándose de acciones ordinarias, el artículo 73 de la Constitución Política de la República tipifica la competencia absoluta de los tribunales del Poder Judicial refiriéndola a “las causas civiles y criminales”, de modo que dándose una materia civil o criminal el funcionario se halla plenamente titularizado para ejercer las pretensiones correspondientes ante esos órganos jurisdiccionales.

Si el asunto no es civil ni criminal, sino contencioso administrativo, el artículo 38 inciso 2° de la Carta Fundamental habilita para recurrir a estrados jurisdiccionales a toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o las Municipalidades, sin distinguir entre particulares y funcionarios públicos, legitimando a los empleados públicos, por consiguiente, para interponer las pretensiones procesales que estimen convenientes para restaurar sus derechos lesionados. Así fue reconocido explícitamente por el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, emitido en relación con el proyecto inicial de Estatuto Administrativo, al eliminar del texto del actual artículo 154 propuesto por el Presidente de la República, toda referencia a los tribunales contencioso administrativos para conocer de estas materias, por cuanto aludir a estos



tribunales era incluir en la ley una situación futura e “incierta”, pues no era determinable en el tiempo la época de su posible creación, de manera que en el intertanto, “mientras no se constituyeran los mencionados Tribunales”, la solución de los conflictos derivados de actuaciones estatutarias ilegales de la autoridad administrativa quedaría entregada a la Contraloría General de la República.

Artículo 38, inciso 2º. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Ello, sin perjuicio de que la jurisprudencia judicial haya admitido sistemáticamente la procedencia de la acción cautelar del artículo 20 del Código Político, contemplada para amparar los derechos fundamentales que indica, de toda amenaza, perturbación o privación que pueda afectarlos por un acto u omisión ilegal o arbitrario de cualquier tercero, lo que ha permitido al funcionariado hacer primar los derechos estatutarios por sobre aquellas decisiones administrativas que los amenacen, perturben o desconozcan, al admitir la jurisprudencia que el derecho a la estabilidad en el cargo, en sus aspectos orgánico y funcional, es un bien incorporal sobre el cual el funcionario público ejerce el derecho de propiedad consagrado por el artículo 19, numeral 24, de la Constitución de 1980 y amparado, en consecuencia, por el recurso de protección.

Sepúlveda Tordecilla, Edgardo contra Alcalde de la Municipalidad de El Bosque, Corte Suprema de Justicia, apelación en recurso de protección, sentencia de 26 de mayo de 1998, Rol N° 1.035-98.

“2º. Que cabe tener presente que la estabilidad en el empleo es un principio consagrado por la Constitución Política de la República en su artículo 38 inciso 1º, que también se encuentra reconocido en la LOCBGAE, N° 18.575, y expresado estatutariamente en el denominado “derecho a la función”, que puede definirse como el derecho a permanecer en el empleo a que se ha accedido legalmente, mientras no medie una causal legal de expiración de funciones; de modo que la garantía para el funcionario consiste en que la cesación de sus labores no queda entregada a la discrecionalidad de la Administración, sino a la determinación de la ley, y en este sentido es un derecho incorporal que la ley le otorga, comprendido entre los que garantiza el N° 24 del artículo 19 de la Constitución; pero la propiedad no recae sobre el cargo o empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causal legal para la cesación de sus funciones (...quedando comprendido entonces entre los derechos amparados por el



recurso constitucional de protección, según lo prescrito por el artículo 20 del Código Político).”

Prescriptibles son los derechos funcionarios. “En lo que concierne a la prescripción –afirmó el dictamen N° 30.104 de 1980- es necesario precisar que en nuestro ordenamiento jurídico sólo son imprescriptibles los derechos que expresamente han sido declarados como tales”, atendida la circunstancia puesta de relieve por el dictamen N° 19.647 de 1990, entre otros muchos, que “la prescripción es una sanción que se impone a la inactividad del titular de un derecho por no haberlo ejercido durante un lapso determinado.”

En el Estatuto Administrativo, la prescripción está regulada en los artículos 99, 157 y 161. Según estas reglas, el derecho “al cobro de las asignaciones que establece el artículo anterior prescribirá en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hicieron exigibles”; “La responsabilidad administrativa se extingue: d) Por la prescripción de la acción disciplinaria”, y “Los derechos de los funcionarios consagrados por este Estatuto prescribirán en el plazo de dos años contado desde la fecha en que se hubieren hecho exigibles.”

Además, ha sido un criterio estable de la jurisprudencia afirmar que en el silencio de la ley administrativa procede aplicar las normas del Código Civil, justamente por reconocer que la regla general en el Derecho chileno es la prescripción, por las razones de seguridad jurídica que le sirven de fundamento.

En materia de prescripción, la Ley Estatutaria, por consiguiente, consulta un plazo general de prescripción de los “derechos de los funcionarios”, de dos años, en el artículo 161, y dos plazos especiales de prescripción: el aplicable “al cobro de las asignaciones que establece el artículo anterior”, de seis meses, del artículo 99, y “la prescripción de la acción disciplinaria”, de cuatro años, del artículo 157.

La jurisprudencia ha sostenido también de manera invariable que la prescripción se rige por la ley vigente a la fecha en que se hace valer, que los plazos de prescripción se cuentan desde que la obligación se hizo exigible y que ella, en todo caso, debe ser alegada expresamente por la persona en cuyo favor se ha establecido.

Sin perjuicio de la normativa especial que rige a estas prescripciones extintivas, debe tenerse presente que la aparente restricción que deriva del tenor literal del artículo 99, que lo hace aparecer como una norma de cobertura limitada al “cobro de las asignaciones que establece el artículo anterior”, es engañosa, porque su real alcance es de una amplitud



extraordinaria. Basta con advertir que la letra f) y final en el artículo 99 abre su alcance a "Otras asignaciones contempladas en leyes especiales", para corroborar su radio de acción, pues esta frase transforma ese término de prescripción de seis meses en el plazo extintivo de la reclamación de todas las asignaciones legales existentes en el ámbito público administrativo regido por el Estatuto y no sólo al aplicable a las asignaciones expresamente contenidas en el Estatuto Administrativo. "La prescripción establecida en el artículo 99 del Estatuto Administrativo –confirmó el dictamen N° 25.350, de 1995- está referida a las remuneraciones adicionales regidas en el artículo 98 y a las que se contemplen en leyes especiales."

Como se ha indicado con anterioridad, para la jurisprudencia administrativa la figura de la prescripción constituye una institución jurídica aplicable con caracteres de generalidad a toda situación o relación jurídica y que, en ausencia de una regulación especial, rigen, en materias patrimoniales, las normas del Código Civil. Entre los varios pronunciamientos de la Contraloría General que establecen esta doctrina puede citarse el dictamen N° 685 de 1992, según el cual "al no existir un plazo especial de prescripción para el cobro de una (suma de dinero), debe recurrirse a las reglas del derecho común, específicamente al artículo 2515 del Código Civil, que señala que todas las acciones y derechos respecto de las cuales la ley no ha fijado un plazo diverso, prescriben en el lapso de cinco años".

"Tratándose de los créditos del Fisco contra los funcionarios por concepto de remuneraciones mal percibidas –añadió el dictamen N° 1.347 de 1993-, ni el Estatuto Administrativo, ni ningún otro precepto legal han alterado el régimen de prescripción que rige esa materia y que es el del Código Civil".

Los funcionarios públicos, según lo expresado, son entonces titulares de derechos y pasivos de obligaciones estatutarias.

En cuanto pasivos de obligaciones, los empleados públicos ocupan la posición de deber dentro de la relación jurídica y la Administración la de poder, lo que obliga a aquellos a cumplir sus deberes estatutarios y a las autoridades y jefaturas a exigir y velar por su cumplimiento. Estas obligaciones son obligaciones de hacer (artículo 61) y de no hacer. Las de no hacer son constitutivas de prohibiciones (artículo 84) y de Incompatibilidades (artículos 85 y sgts). Si se desatienden o vulneran las obligaciones funcionarias se incurre en una contravención a los deberes estatutarios, contravención que según los artículos 46 inciso 2° de la LOCBGAE y 119 del Estatuto Administrativo puede dar lugar a anotaciones de demérito en la hoja de vida del contraventor o comprometer su responsabilidad administrativa.



Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo.

a) “Son anotaciones de demérito –detalla el artículo 43- aquellas destinadas a dejar constancia de cualquier acción u omisión del empleado que implique una conducta o desempeño funcionario reprochable”. Estas anotaciones “serán realizadas por la unidad encargada del personal a petición escrita del Jefe Directo del funcionario”, la que deberá ser notificada al empleado, quien podrá solicitar “que se deje sin efecto la anotación de demérito o que se deje constancia de las circunstancias atenuantes que concurran en cada caso” (artículo 44). “Si el Jefe Directo rechazare la solicitud del funcionario, deberá dejarse constancia de los fundamentos de su rechazo, agregando a la hoja de vida tales solicitudes” (artículo 45), antecedentes que deberán elevarse a conocimiento de la Junta Calificadora, al igual que las anotaciones de mérito, ya que este órgano calificador, “necesariamente”, debe considerarlas al calificar al empleado (artículo 41), concretando así el mandato del artículo 46, inciso 2º, de la LOCBGAE que ordena considerar el desempeño deficiente “en las calificaciones correspondientes” al período calificadorio en que se produjo ese desempeño.

“Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa –preceptúa el inciso 2º del artículo 119- cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo”.

b) Las medidas disciplinarias son cuatro: censura por escrito, multa, suspensión de funciones y destitución (artículo 121) y sólo pueden imponerse previa investigación sumaria o sumario administrativo (artículo 119).

LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El Legislador trata sobre el concepto de “obligaciones” o “deberes”. A este respecto, uno de los aspectos que diferencian ambos conceptos es la contraprestación recibida al momento de proceder a su observancia de manera tal que, un deber, no conlleva necesariamente una contraprestación de la otra parte (en este caso el Estado), de manera que, creemos que es más adecuado utilizar el vocablo deber. Así las cosas y hecha esta pequeña precisión, para lograr comprender qué es lo que se debe ver conculcado por el funcionario para que tenga lugar la



responsabilidad administrativa, será necesario establecer de qué deberes estamos hablando.

Así las cosas, nos centraremos en el estudio, primero de los deberes contenidos en los Estatutos Administrativos respectivos. Hacemos presente que, cuando los médicos cirujanos son contratados en un cargo público, no firman contrato alguno y, por lo tanto, el Estatuto puede asimilarse a verdaderas cláusulas que deben ser respetadas.

a) Deberes funcionarios del Estatuto Administrativo General y Municipal.

Establece el artículo 61 del Estatuto Administrativo General y 58 del Municipal que los funcionarios:

a.1) Deberán desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación.

a.1.1.) Desempeño Personal.

Este deber funcionario implica, en simples términos que las funciones que realiza el profesional funcionario, sobre todo si se trata de un médico, es *intuitio personae*, lo cual, quiere decir es que la persona misma que ejecuta el trabajo es esencial, atendidas sus cualidades, su conocimiento, idoneidad, de manera tal que, no puede encargarse que sus labores propias sean entregadas a un tercero.

En materia del ejercicio médico, bien sabemos que en la red de salud de un determinado establecimiento hospitalario, consultorio, etcétera, está integrada por distintos actores que contribuyen con el fin de restablecimiento de la salud de las personas, tales como técnicos paramédicos, enfermeras, técnicos en enfermería, médicos cirujanos, arsenaleros, etcétera, quienes si bien tienen un objetivo final, que es la mejor atención y aplicación de sus respectivas *lex artis* en el cuidado, rehabilitación, diagnóstico de un paciente, cada uno tiene asignadas funciones que no pueden ser ejecutadas por otro, como por ejemplo, el diagnóstico del paciente debe ser realizado por el médico respectivo y no puede delegar estas funciones en él o la técnico en enfermería, por ejemplo, dado que, esta última no tiene definido dentro de sus actividades realizar diagnósticos. Por eso la exigencia de la ley de que el respectivo profesional funcionario ejerza directamente las labores del cargo para el que fue nombrado.



Sin embargo, por otro lado, existen casos en que puede admitirse la delegación de funciones. Esta debe ser parcial, sobre materias específicas, la delegación debe realizarse mediante un acto administrativo escrito, publicado o notificado, debe hacerse en el personal de la dependencia del delegante.

Ahora bien, el trabajo médico, como ya adelantamos, es una delicadeza extrema, por el fin que persigue, de manera tal, que debe serse sumamente responsable al momento de proceder a la respectiva delegación, ello, porque la responsabilidad de las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado. Ahora bien, cuando se delega una función, quedo en cierto modo impedido de realizarla, mientras no revoque esa delegación.

Debemos, por su parte, hacer la siguiente prevención: puede concebirse la delegación respecto de funciones que efectivamente puedan ser ejecutadas sin problemas por otra persona, por ejemplo, algo propio de la jefatura, como firmar documentos, asistir a alguna audiencia pública, etcétera.

Sin embargo ¿Podemos pensar que existe una plena libertad de delegar funciones que ejecuta un médico cirujano? Si bien, la ley no hace distinción alguna y, en donde la norma no hace distinción, en materia administrativa, no cabe hacerla por interpretación, no nos parece prudente que el médico delegue sus funciones profesionales propiamente tales, en un tercero, habida consideración a la responsabilidad que conlleva su ejercicio.

La atención de pacientes, diagnósticos, exámenes, intervenciones quirúrgicas, son de tal índole, que no debe admitir la indistinta ejecución por cualquier persona ajena a ese cargo. Pero, como lo indicamos la ley no lo prohíbe en ese sentido, sino que nuestro consejo es para evitar la concurrencia de otra clase de responsabilidades que pudieran emanar de este acto.

Ahora bien, el profesional funcionario, no tendrá la facultad de delegar a su arbitrio el ejercicio de sus facultades, sino que, ello debe hacerse por la autoridad competente del establecimiento, por cuanto, la Jefatura superior de estos servicios son las que por ley tienen la posibilidad de organizar internamente el Hospital, consultorio y otro similar. De esa manera, si hay un médico internista, por ejemplo, funcionario de la dotación, no puede por su propia mano, determinar que delegará sus funciones en un tercero, debe hacerlo quien esté investido para ello. Así las cosas, si la autorización o el acto de delegación fundada no se encuentra escrito, notificado o publicado y, el funcionario de todas formas encarga sus actividades a otro, incurrirá en responsabilidad administrativa.



a.1.2.) Desempeño de manera Regular y Continua.

Existe una relación estrecha de este deber con el principio de *continuidad del servicio público*, por cuanto, el desempeño de las funciones debe ser “permanente”. Así las cosas, el artículo 3º de la ley 18.575, establece que se deben atender las necesidades públicas de manera continua y permanente, es decir, sin interrupciones injustificadas o ilegales, ello, porque la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y debe promover el bien común y, más aun tratándose del caso de garantizar las acciones de salud y el restablecimiento de la misma.

Por su parte, que sea regular, quiere decir, en primer término que se realice de manera constante. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por “regular”, “Ajustado y conforme a regla. // Uniforme, sin cambios grandes o bruscos. // Ajustado, medido, arreglado en las acciones y modo de vivir.”¹ De ello se desprende que el actuar personal del funcionario, debe ejecutarse conforme a la Constitución y a las Leyes, pero también de manera constante en tiempo y forma. Pero también ajustándose a los Estatutos o Instrucciones propios del establecimiento en el que se desempeña y a la instrucción jerarquizada.

a.2) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mayor prestación de los servicios que a ésta correspondan.

Cada establecimiento de Salud pública, deberán tener definidos sus lineamientos o campo de actuación, conforme a la Constitución y las Leyes dictadas conforme a ella. Entra aquí un juego de discusión entre los fines que persigue la Administración del Estado y los medios empleados por sus distintos integrantes para obtener los respectivos objetivos. En ese orden de cosas, los Estatutos en comento no definen ni dan pautas concretas sobre cómo debe ser el desarrollo de las funciones de los funcionarios, sino que de manera amplia señala que sólo debe existir una orientación hacia un determinado resultado.

De esa manera, el espectro que nos dejan los artículos 61 letra b) y 58 letra b) del Estatuto General y el Municipal, respectivamente, es bastante amplio, permitiéndose prácticamente que, cualquier actividad que parezca fuera de toda norma de la institución de salud que corresponda, será sancionada administrativamente. Ello, particularmente ha generado una serie de problemas pragmáticos a la hora de establecer la existencia de responsabilidad, por cuanto, muchas veces queda a la discreción—si es que no arbitrio—de quien deba juzgar una infracción a este deber. Por ello, es

¹ Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (2001), p. 1.326.



de suma importancia, al momento de ingresar a prestar servicios dentro de algún establecimiento de Salud Pública, conocer, primeramente, los Reglamentos, Protocolos, Instrucciones establecidas de antemano que definan el actuar de los funcionarios de la respectiva institución.

Sí como lineamientos generales, podemos desprender del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que son las grandes finalidades de todos estos establecimientos **ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda ejecutar tales acciones.**²

Ahora bien, lo que busca la norma es que, en el cumplimiento de sus funciones, el respectivo funcionario, ponga todos los medios necesarios para lograr el cometido del órgano administrativo en que se desempeña. Tratándose del ejercicio médico, el profesional deberá ejecutar todas las acciones conforme a la *lex artis* para lograr particularmente la recuperación y rehabilitación de la persona enferma, usuaria del sistema público. En tal sentido, importante es señalar con especial atención que, en el cumplimiento de este deber deben observarse estrictamente los principios de eficiencia y eficacia, consagrados en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Según la Real Academia Española, eficiencia es la *“virtud y la facultad para lograr un efecto determinado”* y eficacia es la *“virtud, actividad, fuerza y poder para obrar”*³.

Enseña la Profesora Gardais Ordanza que, en el ámbito administrativo, eficacia corresponde al *“logro de las metas (de carácter cuantitativo) definidas por la Administración”* y su control se relaciona con las propias metas definidas por ésta, ya que quien realiza el control no puede definir las. El control de la eficacia corresponde *“al uso óptimo de los recursos”*, que son siempre escasos y su empleo en el tiempo debe estar condicionado a su resultado, lo que incide en el éxito de la gestión. Los recursos humanos, lo son en la medida del esfuerzo de las personas, el recurso tecnológico lo es en la oportunidad de su empleo y el recurso financiero en sus aplicaciones más eficientes que trasuntan la buena administración de fondos.⁴ Agrega la mencionada académica, citando un trabajo de la Contraloría General de la República que, el concepto de eficiencia exige la obtención de los recursos en sus costos alternativos más bajos, esto es, la economicidad. El

² Artículo 1° del Decreto Con Fuerza de Ley N° 1, de 2005.

³ Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (2001).

⁴ GARD AIS ORDANZA, Gabriela, (2002), *“El Control de Legalidad y la Eficiencia y Eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XXIII (Valparaíso, Chile), pp. 323-340.*



control de la eficiencia es propio de los recursos “que importa el control de los objetivos políticos verificando, a través de la auditoría operativa, aquellos dados por la autoridad, los cuales no pueden ser cuestionados por quien efectúa el control operativo.”⁵

De esa manera, en términos simples, la eficiencia “se refiere a lograr los mismos resultados con menos recursos o mejores resultados manteniendo iguales medios”.⁶ Eficacia, en tanto, “es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.⁷

a.3) Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos los objetivos de la institución.

Este deber, es un tanto curioso, puesto que, se refiere a principios y a comportamientos básicos de la convivencia humana. Es obvio, que las labores deben realizarse con esmero, a saber, con ahínco, máxima dedicación, celo, prolijidad, en atención al interés general por el que se está velando y, teniendo en especial consideración el servicio a la persona humana y el respeto a las garantías constitucionales en todo orden de cosas. Es obvio que debe ejecutarse las labores con respeto, de acuerdo a las reglas de convivencia social, con las palabras adecuadas, actuar profesional. Sin embargo, aunque ello resulte obvio, por supuesto, muchas veces no se cumple por variados factores y, en definitiva, este deber se ve como una reacción del Legislador frente a los añosos abusos cometidos por la Administración Pública, estableciéndose este deber mínimo de buen trato y actuar, como una garantía frente a los usuarios de los servicios públicos y también en la relación entre los distintos integrantes de la administración del Estado.

Así las cosas, suele ocurrir que algunos profesionales funcionarios tienen reclamos de pacientes por mal trato, por no explicar bien un diagnóstico, por no otorgar injustificadamente un certificado médico, por violentar psicológicamente a algún otro funcionario, por abandonar anticipadamente su lugar de trabajo, por interrumpir la jornada

⁵ *La Contraloría General y el control de eficiencia*, Documento de Trabajo de la CGR en el Seminario: ¿Qué Contraloría General de la República necesita el Chile de Hoy y del Futuro?, en Revista Chilena de Administración Pública, Estado, Gobierno y Administración, N° 9 (marzo de 1996, Colegio de Administradores Públicos de Chile, Publicaciones 3M Ltda., Santiago de Chile), p. 74, obtenido de GARDAIS ORDANZA, Gabriela, (2002), “El Control de Legalidad y la Eficiencia y Eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XXIII (Valparaíso, Chile), pp. 323-340

⁶ Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, del Gobierno de Chile, pág. 50.

⁷ Idem.



injustificadamente, todas estas situaciones, si son comprobadas, puede dar lugar a la responsabilidad administrativa.

Este deber, obedece al principio de Servicialidad del Estado, en virtud del cual, se exige que la Administración Pública tenga especial preocupación por brindar a todas las personas una atención adecuada y bienes públicos de buena calidad.⁸

Este deber funcionario, debe estar relacionado con la prohibición contenida en los respectivos Estatutos Administrativos de no someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes, también con el no ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales y, la prohibición de realizar cualquier acto atentatorio de la dignidad de los demás funcionarios, tales como, acoso sexual, discriminación arbitraria y realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo.

a.4) Cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico.

Cuando se ingresa a la Administración del Estado, se debe asumir que no se puede defraudar a la misma, trabajando menos tiempo por el que se ha obligado ni tampoco se puede pretender desobedecer las órdenes de la autoridad, pues, existe este deber estricto, según se verá.

Así las cosas, como es lógico, el primer llamamiento que hace la ley es a cumplir la jornada de trabajo propia y fija del cargo público contratado. Tratándose de médicos cirujanos, existen, en especial, dos grandes regímenes que regulan estos aspectos, a saber las leyes N° 19.664 y N° 15.076, rigiendo la primera los cargos de 11, 22, 33 y 44 horas semanales y la segunda, esencialmente los cargos de 28 horas semanales o, denominados Turnos nocturnos y en días sábados y festivos. Por lo tanto, si el profesional se encuentra contratado por 44 horas semanales, debe efectivamente, ejecutar esas 44 horas semanales, según la distribución legal o la que determine con el Superior Jerárquico.

Respecto a las horas extraordinarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la ley 19.664, los Directores de los Servicios de Salud, podrán

⁸ Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, del Gobierno de Chile, pág. 51.



ordenar, respecto de los profesionales funcionarios, la ejecución de trabajos extraordinarios a continuación de la jornada diurna ordinaria y nocturna, y en días sábados, domingos y festivos, cuando haya de realizarse tareas impostergables.

Se entiende por horas extraordinarias a las que exceden la jornada ordinaria de cargos de 44 horas de un profesional, y por trabajo extraordinario nocturno, el que se realiza entre las 21:00 horas de un día y las 08:00 horas del día siguiente que no corresponda al sistema de cargos de 28 horas de los establecimientos hospitalarios. Asimismo, si uno trabaja 28 horas semanales, cualquier actividad que exceda a esa jornada es hora extraordinaria.

Esto se condice con la obligación de dar continuidad del servicio y, siempre y cuando se tenga que velar por el buen funcionamiento del servicio, el superior jerárquico puede, fundadamente ordenar que se trabaje más allá de la jornada pactada. Por su parte, el funcionario no puede oponerse a tal orden; salvo que esta sea ilegal (generalmente tratándose de este punto no lo es) y siempre que no le asista un motivo grave para no cumplir, aunque en este punto, es más atendible el interés general comprometido que el interés personal del funcionario.

Ahora bien, es interesante anotar la exigencia del artículo 72 del Estatuto General. Aquí se explica que *“Por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones (...)”* Agrega la norma que *“Mensualmente deberá descontarse por los pagadores, a requerimiento escrito del jefe inmediato, el tiempo no trabajado por los empleados (...)”*. Por último se indica que **“Los atrasos y ausencias reiterados, sin causa justificada, serán sancionados con destitución, previa investigación sumaria.”** De esa manera, el no cumplir con la jornada pactada y ordenada extraordinaria, puede dar lugar a responsabilidad y a la máxima sanción administrativa.

En este punto, interesante resulta observar, a modo de ejemplo, el Dictamen de la Contraloría General N° 38.119, de 2007, que en resumen señala que la implementación de turnos entre el personal de un Servicio de Salud, es una facultad otorgada a la autoridad administrativa en directa relación con los principios de la Servicialidad de la administración del estado, consagrado en el artículo 1 de la Constitución; de la continuidad y regularidad de la función administrativa en la satisfacción de necesidades colectivas de los órganos que la integran, y de la eficiente e idónea administración de los medios públicos por las autoridades de éstos, contemplados en los artículos 3 y 5 de la ley 18.575. A su vez, conforme al artículo 70 de la ley 18.834, la autoridad al ejercer la atribución de fijar turnos debe tener en consideración el debido cumplimiento de las funciones que le encomienda el orden



jurídico al servicio respectivo, cual es, dirigir su actividad a la promoción del bien común, mediante atención regular y continua de las necesidades colectivas de sus usuarios.⁹

⁹ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 38.119, de 22 de agosto de 2007: "Se ha dirigido a esta Contraloría General, funcionaria del Servicio de Salud Metropolitano Sur, con desempeño en el servicio de Neonatología del Hospital Barros Luco Trudeau, reclamando de la modificación de la jornada laboral a contar del 1° de mayo de 2007, ordenada por la Dirección de ese establecimiento hospitalario respecto de los auxiliares técnicos paramédicos que se desempeñan en el cuarto turno en esa unidad, entre los cuales se encuentra la ocurrente, al ser cambiados al tercer turno.

Fundamenta su reclamación en la inconveniencia de la decisión adoptada, por consideraciones que dicen relación con la mayor, exigencia que representa el turno que se les asigna, la edad de las servidoras involucradas, la falta de participación de las funcionarias afectadas en la decisión, y otras de similar índole.

Requerido su informe, la Directora del Hospital Barros Luco Trudeau mediante el oficio N° 280, de 2007, señala que la medida adoptada en el ejercicio del artículo 70 del Estatuto Administrativo, obedece a la necesidad de mejorar la dotación de personal, a fin de cubrir la demanda de atención en el Servicio de Neonatología.

Sobre el particular, cabe anotar que el artículo 65 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL. N° 29, de. 2004, del Ministerio de Hacienda, establece que la jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios es de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias.

A continuación, añade el artículo 70 del referido Estatuto Administrativo, como una excepción a la distribución de la jornada antes citada, en lo atinente, que el jefe superior de la institución ordenará los turnos pertinentes entre su personal y fijará los descansos complementarios que correspondan.

Ahora bien, la implementación de turnos entre el personal de un Servicio, es una facultad otorgada a la autoridad administrativa en directa relación con los principios de la Servicialidad de la Administración del Estado, consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, y de la continuidad y regularidad de la función administrativa en la satisfacción de las necesidades colectivas por los órganos que la integran, y de la eficiente e idónea administración de los medios públicos por las autoridades de éstos, contemplados en los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Tales principios informan la normativa jurídica de rango inferior, como sucede precisamente con la atribución de fijar turnos entre el personal contenida en el aludido artículo 70, debiendo la autoridad administrativa al ejercer esa facultad tener en consideración el debido cumplimiento de las funciones que le encomienda el orden jurídico al servicio. público respectivo, cual es, dirigir su actividad a la promoción del bien común, mediante la atención regular y continúa de las necesidades colectivas de sus usuarios.

La jornada laboral así fijada por la jefatura superior, atendidas las labores que deben desarrollar los servidores respectivos, en razón de la naturaleza de las funciones que cumple el órgano administrativo al cual pertenecen, constituye para esos servidores su jornada de trabajo ordinaria, a la cual deben dar cumplimiento en virtud de las obligaciones funcionarias que a ellos les asisten, contenidas en el artículo 61, letras a), b) y d) del mismo cuerpo legal estatutario, cuales son, desempeñar personalmente el cargo en forma regular y continua; orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan; y, cumplir la jornada de trabajo y realizar, los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico, respectivamente.

En cuanto a las alegaciones vertidas por la recurrente, para los fines de revertir la medida adoptada, cabe precisar que ellas dicen relación con razones de conveniencia, relativas a la gestión de las atenciones de salud que presta la entidad pública, y más precisamente, referidas a la administración del recurso humano, materia de competencia exclusiva de las correspondientes autoridades de la Administración Activa, sin que este Organismo Contralor tenga atribuciones en tales asuntos".



Suele ocurrir también, que el superior pueda extender el horario, discrecionalmente, siempre que las necesidades del servicio así lo hagan menester.¹⁰

Ahora bien, no tan sólo se consideran trabajos extraordinarios aquellos que se realicen fuera de la jornada, sino que además, aquellos ordenados por destinación o comisión de servicios, pero que veremos más adelante.

¹⁰ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 91.637, de 18 de noviembre de 2015: Don -----, funcionario del Servicio -----, señala que, dada su calidad de chofer, se le habría ordenado ingresar a sus labores una hora antes del inicio de su 'jornada ordinaria de trabajo', por lo que consulta si corresponde estimar como tiempo extraordinario el referido lapso.

Requerido de informe, el ----- manifiesta que a través de su resolución exenta N° 3.778, de 2014, determinó que la jornada laboral ordinaria de sus funcionarios se inicia a las 8:00 horas, la cual se extiende por 9 horas diarias de lunes a jueves y 8 horas los viernes. Agrega que según la jurisprudencia administrativa que menciona, no constituye 'hora extraordinaria' el tiempo comprendido entre las 7:00 y las 8:00 horas, por lo que resulta improcedente su pago.

Sobre el particular, las letras a) y d) del artículo 61 de la ley N° 18.834, preceptúan que son obligaciones de cada funcionario desempeñar personalmente las tareas del cargo en forma regular y continua, así como cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que se le ordenen.

Luego, el inciso primero de su artículo 65 dispone que "La jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios será de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias."

El inciso primero del artículo 66 prescribe que la autoridad pertinente "podrá ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables", agregando su inciso segundo que aquéllos se compensarán en la forma ahí descrita.

En este contexto, cabe señalar que las horas extraordinarias serán las que se realicen a continuación de la jornada habitual que cumplen los funcionarios, no resultando procedente que se considere como 'trabajo extraordinario' el desempeñado con antelación al inicio de la jornada laboral ordinaria, por no existir precepto alguno que lo permita (aplica los dictámenes N°s 2.286 y 26.658, ambos de 2014, de este origen).

Luego, es útil consignar que el legislador sólo ha regulado la duración de la jornada semanal y el límite máximo diario de la misma de los funcionarios regidos por dicho cuerpo estatutario, por lo que compete a los jefes superiores de los Servicios fijar la hora de ingreso y de término de la jornada del personal de su dependencia, en virtud de las facultades que les otorga el artículo 31 de la ley N° 18.575, para dirigir, organizar y administrar el correspondiente organismo (aplica criterio contenido en el dictamen N° 10.743, de 2012, de esta Entidad de Control).

Asimismo, compete a dicha autoridad fijar las modificaciones al horario de ingreso de los pertinentes funcionarios, fundándose en 'razones de servicio', tal como se ha manifestado, entre otros, en el dictamen N° 50.635, de 2014, de esta procedencia.

Ahora bien, es claro puntualizar en relación al asunto en análisis, que, por ejemplo, los choferes para el desarrollo de sus labores deben trasladarse previamente al lugar y en los tiempos que la autoridad lo disponga. Sostener lo contrario, implicaría un desmedro para el servidor que debe emplear su tiempo de descanso en el acatamiento de tareas del Servicio y un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración (aplica criterio contenido en el dictamen N° 31.575, de 2011, de este Ente Contralor).

Consecuente con lo manifestado, y acorde a los antecedentes tenidos a la vista, la jefatura superior del ----- debe modificar formalmente la jornada ordinaria de trabajo del interesado, si por razones de servicio éste debe comenzar efectivamente sus labores de chofer de lunes a viernes a las 7:00 horas, teniendo aquél derecho a que esa institución le compense o remunere como 'trabajo extraordinario' todo el lapso que exceda las cuarenta y cuatro horas semanales, según sea el caso, en las condiciones autorizadas por la ley."



De esa manera, generalmente ocurre en la práctica, por ejemplo, que el Jefe de Servicio requiera la realización de labores fuera del horario habitual de trabajo de los médicos, teniendo en especial consideración la alta brecha de profesionales médicos en los Servicios de Salud, en Hospitales o en los organismos municipales. De esa manera, si se ordena fundada y formalmente la realización de labores fuera de dicho tiempo, el funcionario no podrá rehusarse a cumplir con tal orden, pues, lo contrario, puede ser objeto de una investigación sumaria y posterior destitución.

a.5) Cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente.

Esto también dice relación con los principios de continuidad del servicio público, Servicialidad del Estado, el de obediencia y de jerarquía. Para efectos ilustrativos, debemos indicar que, los funcionarios públicos pueden ser destinados a desempeñar funciones propias del cargo para el que ha sido designado, dentro de la institución correspondiente. Las destinaciones deberán ser ordenadas por el jefe superior de la respectiva institución. Así las cosas, la destinación implica prestar servicios en cualquiera localidad en un empleo de la misma institución y jerarquía.

Hubo en caso en nuestra institución en que se afectó los derechos de un empleado fiscal por materia de destinación. Ello es interesante, por cuanto, la ley deja la posibilidad de destinar a los funcionarios a la discreción del Jefe Superior del Servicio. En ese caso concreto, se trataba de un médico cirujano especialista en Ginecología y Obstetricia, contratado por 28 horas semanales en un Hospital de Alta Complejidad o Autogestionado. Bien sabemos, que el cargo del médico implicaba prestar servicios en su especialidad, pues, así versaba su Decreto de Nombramiento y, además, ejecución en las noches, sábados y domingos de manera continua y permanente. En ese orden de cosas, el Director del Servicio de Salud en el que se desempeñaba el médico en cuestión, determinó destinarlo a ejercer funciones, si bien, dentro de la institución misma (Dirección del Área), lo haría en actividades de policlínico en un consultorio de funcionarios. En tal sentido, se hacía imposible que el doctor pudiese prestar servicios en un empleo de la misma jerarquía y de las mismas características. Ello, por cuanto:

- 1) El Centro de Salud al que había sido destinado, no contaba con la infraestructura necesaria para llevar a cabo intervenciones quirúrgicas, labor fundamental ligada a su cargo titular;
- 2) El horario de trabajo en el que se ejercían labores en ese Centro de Salud del Servicio, al que fue destinado, no es compatible con la modalidad de



turnos de la que era titular en el Hospital de Alta Complejidad, por cuanto, atendido el carácter asistencial de las prestaciones de salud que allí se realizan, estas son solamente de carácter diurno y, en tal sentido, no podía ejercer el cargo de 28 horas propiamente tal.

3) No se veían casos atendidos directamente a su especialidad de Ginecología y Obstetricia, por la que se le designó como titular en el Servicio de Salud.

En ese caso, vemos que no se cumplen copulativamente los requisitos para proceder a la destinación. Sin embargo, se hace presente que, a pesar de ello, dada la obediencia que deben seguir los funcionarios, si la orden estaba dada, debía cumplirse de todas formas, pues, existía un acto administrativo que lo establecía de esa manera y, mientras un acto administrativo esté vigente, aunque sea ilegal, debe cumplirse de todas formas si la autoridad así lo establece. Sin perjuicio de lo anterior, cada funcionario tendrá la posibilidad de impugnar, atacar estas decisiones si no se ajustan a la legislación, pero en tanto, no exista otro acto que revoque una orden anterior, esta última debe cumplirse de todas formas, pues, su desobediencia conllevará la responsabilidad y sanción administrativa.

Por otro lado, la comisión de servicios implica, a diferencia de la destinación, el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, las comisiones de servicios nunca podrán conllevar el desempeño de funciones de una jerarquía inferior o ajenas al conocimiento del cargo mismo ni ajenas a los fines e intereses de la institución.

Asimismo, como existe discreción, si se dispone una destinación o comisión, deberá manifestarse mediante un acto administrativo escrito, notificado debidamente al funcionario afectado por tal orden. Y aunque discrecional, ello no implica que esta determinación de autoridad competente sea arbitraria, es decir, injusta, buscando fines distintos al interés general y objetivos de la institución, injustificada, inmotivada, fuera de la razón. Si ello no fuere así, entonces el funcionario podrá utilizar los mecanismos legales para buscar que se enmiende conforme a derecho la decisión, pero, insistimos, mientras nada diga lo contrario, la orden debe cumplirse tal cual.

a.6) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico.

Seguramente, este es uno de los deberes más complejos y discutibles de nuestra legislación. Efectivamente, como ya habíamos adelantado, cuando un profesional asume un cargo en la Administración del Estado, debe tener inmediatamente presente que queda a disposición de su Jefe Superior del



Servicio. Así las cosas, dijimos que este es un deber complejo, porque la ley otorga una serie de facultades a las autoridades, que deja a su discreción (no arbitrio), pero que en la práctica, en base a lo anterior, siguen cometándose sendos abusos e incluso ordenándose la realización de tareas imposibles e incluso ilegales. Pese a ello, la ley es clara y estas órdenes deben cumplirse, con algunos reparos que procederemos a explicar.

Así las cosas, por ello vimos anteriormente que, si el superior jerárquico ordena la realización de horas extraordinarias, si determina que un funcionario debe ser destinado o comisionado, ello debe seguirse sin que se rehúse el funcionario, ello, porque en cierto modo, cuando se asume una función pública debe relegarse mi interés personal en pos al interés y la Servicialidad públicos.

Sin embargo, suele ocurrir muchas veces que el superior me dé una orden que no se ajuste a la Constitución y a las Leyes dictadas conforme a ella. Frente a eso, como ya venimos anunciando, el principio es que a pesar de ello, el profesional debe dar cumplimiento a esa orden. La única posibilidad que la ley pone a su disposición es la representación.

a.6.1) Acto de Representación de Ilegalidad de la Orden del Superior Jerárquico.

La representación, consiste en el acto escrito en virtud del cual, el inferior jerárquico manifiesta a su superior que la orden que se le está dando, de acuerdo a su parecer, es ilegal, con el objeto de que se revoque el respectivo mandato o, en caso de que la superioridad insista en el mismo, se exima de responsabilidad administrativa al inferior, trasladando plenamente ésta al Jefe que dio la orden.

En tal sentido, por ejemplo, si el Jefe del médico cirujano le ordena no dar atención alguna a un paciente, debiendo hacerlo, ello, sin duda es inconstitucional e ilegal. En ese caso, el funcionario inferior jerárquico, deberá presentar un escrito a su jefatura, con copia al Superior de este último, manifestando, por ejemplo, que su orden atenta contra los artículos 1º y 9º de la Constitución Política de la República, esto es, la de velar por la integridad física y psíquica de las personas y de dar una protección de salud y que se vulneran las normas sobre Derechos y Deberes de los pacientes. Ante la situación anotada, la Jefatura que estableció el encargo, tendrá la facultad o de retirarlo o de insistir en el mismo. Si opta por dejarlo sin efecto, no existirá problema alguno, pero, si su inclinación es por mantener la orden, el inferior jerárquico debe cumplirla de todas formas, aunque sea, insistimos, ilegal. Sin embargo, la responsabilidad administrativa, civil y criminal o, de



cualquier índole ya no recaerá sobre el funcionario obligado a obedecer, sino que, sobre su superior.

Pero lo relevante de todo lo explicado, es que el deber de obediencia siempre prevalece, por sobre todas las cosas, mientras la orden se encuentre vigente.

De esa manera, si existe un abuso, no puede el funcionario por sí sólo determinar si existe tal, y decidir por sí mismo no hacer caso, ello queda entregado al Superior y, si de ello se siguen consecuencias adversas, será un juez u otra autoridad ejecutiva quienes determinen las eventuales responsabilidades que se siga de ello.

Esto seguramente obedece al orden que debe existir en la Administración del Estado, para evitar así, una conducta anárquica en que no exista obediencia alguna a la autoridad, pues, el sistema actual es del Estado de Derecho y no el aludido anteriormente.

a.7) Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado.

Creemos que este es el mayor deber que ha de ser considerado por los funcionarios, por cuanto, su contenido y alcance, engloba a todos los demás, en especial, por cuanto consagra la entrega casi incondicional a la vocación por el Servicio Público.

En primer término, este es un deber especialmente consagrado por nuestra Constitución Política, la cual, en su artículo 8° inciso 1° establece que **“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.”** Dando la Base muy general la Carta Fundamental, necesario es entonces, remitirse a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. El artículo 11 bis de dicha Ley establece expresamente que, los funcionarios de la Administración deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La Ley mencionada al final del párrafo anterior, establece en su artículo 54 que, *“Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa.”* Por su parte, la misma disposición define a este principio,



indicando: “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

Este principio, es bastante amplio, pero en concreto se traduce en el hecho de que los medios públicos, el ejercicio profesional del médico funcionario, las dependencias de los establecimientos en que se desempeñen, deben ser empleados efectivamente para el cumplimiento de los fines de la institución y no puede desviarse para objetivos diversos que digan relación con intereses propios o de terceros, es decir, traicionando el interés general que persigue la Administración del Estado.

Enseña Camacho Cepeda que, el Legislador fue cuidadoso “al establecer una gama de instrumentos que están orientados a garantizar la vigencia de este principio. En primer lugar, destacan como medidas preventivas las inhabilidades para ingresar a la Administración del Estado contenidas en el artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Dirigida a cautelar la operatividad de estas restricciones está la declaración de inhabilidades que ha de presentar todo postulante a un cargo público y que se encuentra regulada en los artículos 57 a 60 de la Ley Orgánica. A las inhabilidades referidas hay que añadir una específica dirigida a impedir que cargos de autoridad superior desde subsecretarios hasta el nivel de jefe de división sean ejercidos por personas que padezcan de dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas. Para ello el legislador establece, igualmente, la obligatoriedad de declarar que no se está afecto a esta inhabilidad antes de asumir alguno de los cargos afectos a ella.”¹¹ Agrega la mencionada académica que, “(...) hay una serie de mecanismos establecidos para cautelar el respeto del principio de probidad por quienes desempeñan un cargo administrativo. El primero de ellos es el establecimiento de incompatibilidades o prohibiciones en el artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. A ello se añade por el artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado la exigencia a ciertas autoridades gubernamentales y administrativas que van desde el Presidente de la República hasta el nivel del jefe de departamento de presentar una declaración de intereses y de patrimonio.”¹² Por último agrega que, “para prevenir el consumo de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas el legislador ha estatuido un procedimiento de control de consumo de estas sustancias que deberá aplicarse en forma reservada, aleatoria y resguardando la dignidad e intimidad de los funcionarios examinados.

¹¹ CAMACHO CEPEDA, Gladys (2008), Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 241-276.

¹² Idem.



Finalmente, se complementan los mecanismos de garantía enunciados con la identificación de actuaciones que la ley orgánica directamente configura como atentatorias a la probidad administrativa y que harán surgir la responsabilidad administrativa y darán lugar a las correspondientes sanciones."¹³

Visto lo anterior, precisa indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la ley 18.575, contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, las siguientes conductas:

1. *Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña*¹⁴.

2. *Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero*¹⁵.

Enseña Lionel Guzmán Suárez que, "se trata de aquellas intervenciones en que se abusa de la posición funcionaria, habitualmente por parte de aquellos de jerarquía superior, para influir sobre una persona, casi siempre de jerarquía inferior, con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero. Comprende asimismo el solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza". Aquí la dificultad, enseña el Señor Guzmán Suárez, radica en el hecho de que existe una relación jerárquica de superior a inferior y, por tanto, aquellos respecto de los cuales se ejerce la presión indebida sentirán temor de las consecuencias de su denuncia.

¹³ Idem.

¹⁴ Es preciso indicar que, de conformidad a la Ley de Derechos Y Deberes de los Pacientes, el médico tratante puede tener acceso a la información contenida en la Ficha clínica de un usuario del sistema. En efecto, la misma ley establece que existen en esos instrumentos datos sensibles de las personas que no deben ser revelados y, si ello se infringe, procedería la responsabilidad civil o penal, conforme al uso que se haya dado de la información. Así las cosas, supongamos que un paciente padece de la enfermedad derivada del virus del VIH y el médico tratante tiene una rencilla anterior con ese paciente y sabe que si revela esta información a la familia de este último, le generará problemas personales. Entonces procede a ejecutar esa acción ilegal e inmoral. Por supuesto que con ello, se genera además, responsabilidad administrativa, en el entendido de que está violando principalmente el principio de probidad y, es tan grave la actuación que puede conllevar la sanción de destitución.

¹⁵ Al efecto, podemos ejemplificar con la siguiente situación: el hecho de ejecutar una determinada intervención quirúrgica no respetando la lista de espera de algún paciente y, ese paciente es el profesor universitario del hijo del médico. Entonces, si el médico facilita dicha intervención, el paciente pasará de curso al hijo. Ello, claramente conlleva un beneficio indirecto para el médico, pero directo a un tercero, su retoño. En tal sentido, podemos ver una hipótesis de falta a la probidad. De hecho, esto puede configurar el delito de cohecho. Otro caso, y que podría resultar gravísimo, es el hecho de que un jefe de departamento, por ejemplo, realizase requerimientos de carácter sexual a una funcionaria de jerarquía funcionaria, bajo amenazas de que si no accede, será desvinculada de su cargo.



3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros¹⁶.

4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales¹⁷.

5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.

Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares¹⁸.

6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.

Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

¹⁶ Los funcionarios públicos no pueden bajo ningún respecto, utilizar los bienes públicos para el provecho propio. Por ejemplo, si un médico cirujano tiene su consulta particular en la que realiza radiografías y la maquinaria de su centro falla y no puede ejecutar ese examen radiológico a su paciente privado y, le solicita que asista al Hospital Público donde también el médico ejerce sus labores y allí, con los medios del Hospital ejecuta el mentado examen, y a mayor abundamiento, ese por supuesto, no es un paciente institucional y, este último, le paga honorarios al médico, estará violando la probidad administrativa, pues, del uso de la maquinaria radiológica del hospital está obteniendo, por supuesto, el pago de un servicio particular. Esto es grave y puede conllevar destitución. Otro ejemplo, el médico cirujano, ante una emergencia familiar utiliza la ambulancia del hospital para acercarse y resolver dicha emergencia. Estará utilizando indebidamente un vehículo institucional, desviándolo de los fines públicos para el que estaba destinado.

¹⁷ Supongamos que un médico cirujano tiene su horario funcionario de 08:00 a 11:00 de la mañana del día lunes, pero a las 10:00 horas decide ir a un banco a cambiar un cheque personal. Ello, por supuesto, no tiene que ver en absoluto con las funciones propias de su cargo, sino que, es una actividad netamente personal. Incluso ese acto, por más inocente que parezca, es una vulneración al principio de probidad, pues, este es de derecho estricto. De hecho, si durante su horario de trabajo un médico atiende pacientes particulares de los que recibe remuneración por esos servicios, si por ejemplo, durante el horario funcionario se dedica a realizar cualquier actividad extra programática no contemplada en sus funciones, conlleva la conculcación a este importantísimo deber funcionario.

¹⁸ Aquí lo que ha de importar es que el donativo, privilegio es determinante para que el médico cirujano, preste adecuadamente su función.



*Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta*¹⁹.

7. Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y

8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración.

Visto todo lo anterior, vemos que, en general, cualquier acto que implique el desvío de la actuación a fines diversos al interés general, a la Servicialidad hacia la persona humana y a los principios rectores contenidos en la Constitución y las Leyes, pueden constituir actos no probos. Aquí lo determinante es la **preeminencia al interés general sobre el particular**, que implica el logro del bien común, contenido en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución y, se entiende por bien común, el “*crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías.*” La Constitución establece que el Estado está al servicio de la persona humana, no que la persona está al servicio del Estado y, en ese entendido, cualquier acto contrario a ese elemental principio será contrario a la probidad.

Además, la probidad conlleva el hecho de **desempeñar honesta y lealmente la función o cargo**, lo que quiere decir es que, deben respetarse ante todo, y frente a cualquier gobierno “de turno” que se encuentre vigente, los valores y principios de la Carta Fundamental y las leyes, respetando la dignidad humana y los derechos fundamentales que derivan de ella, por el hecho de ser personas. El actuar del funcionario, debe ser recto, justo, de acuerdo a las reglas elementales de una convivencia humana pacífica y al Estado de Derecho y, por lo demás, leal, es decir no dejar jamás de observar los objetivos que conlleva su cargo.

¹⁹ Un ejemplo claro sería, por ejemplo, que el Director del Servicio de Salud, siendo socio de una sociedad médica, decida adjudicar en un proceso de licitación, a dicha sociedad la posibilidad de prestar servicios externos a un Hospital de la Red. Otro caso, por ejemplo, es que un médico cirujano, tenga un hijo que también es médico y, este deba decidir sobre la adjudicación de un cargo público convocado por concurso en un Hospital. Por supuesto que el encargado de decidir, debe abstenerse de participar en el proceso, pero si no lo hace, aunque no se adjudique el cargo al hijo, igualmente estaría vulnerando el principio de abstención, porque la imparcialidad estará entredicho.



a.8) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales.

En este caso, debemos tener en consideración el concepto de la transparencia. Al respecto, la Constitución establece en su artículo 8° que *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”*

Entonces este deber funcionario se ve claramente limitado por las normas sobre Transparencia que se han establecido en el proceso de modernización del Estado en combate a la corrupción. Pero, en este punto, especial relevancia cobra lo dispuesto en la Ley de Derechos y Deberes de los pacientes y la confidencialidad de la información contenida en la Ficha Clínica, en razón del concepto de “datos sensibles” y, además del acceso a ese instrumento, el cual, se encuentra limitado por ley. Pero en los demás casos, si la ley de quórum calificado, es decir, aquella establecida, modificada o derogada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, no establece reserva o secreto, no se afecta los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, la información debe entregarse. Ahora bien, debe tenerse cuidado a qué clase de asuntos se refiere este deber. Si lo que se requieren son documentos, información que maneje la institución, existen canales establecidos por la ley de transparencia y el llamado a cumplir con la entrega de esa información es la superioridad del Servicio y no cualquier funcionario.

Lo que sí es cierto, es que la ley de Derechos y Deberes de los pacientes sí procuró que cierta información debe ser entregada al paciente. En tal sentido, de dicha ley pueden desprenderse los siguientes preceptos sobre entrega de información:

a) Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho **a ser informada** acerca



de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado;

b) De acuerdo al artículo 8° de la ley 20.584, toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos:

1) Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respectivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.

2) Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud.

3) Las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales.

4) Las instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.

Agrega la disposición que, los prestadores deberán colocar y mantener en un lugar público y visible, una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido será determinado mediante resolución del Ministro de Salud.

c) De conformidad al artículo 9° de esa Ley 20.584, toda persona tiene derecho a que todos y cada uno de los miembros del equipo de salud que la atiendan tengan algún sistema visible de identificación personal, incluyendo la función que desempeñan, así como a saber quién autoriza y efectúa sus diagnósticos y tratamientos.

d) Agrega la ley que nos ocupa que, toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

e) Por último, toda persona tendrá derecho a recibir, por parte del médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener:



- 1) La identificación de la persona y del profesional que actuó como tratante principal;
- 2) El período de tratamiento;
- 3) Una información comprensible acerca del diagnóstico de ingreso y de alta, con sus respectivas fechas, y los resultados más relevantes de exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico e indicaciones a seguir, y
- 4) Una lista de los medicamentos y dosis suministrados durante el tratamiento y de aquellos prescritos en la receta médica.

Toda persona podrá solicitar, en cualquier momento de su tratamiento, un informe que señale la duración de éste, el diagnóstico y los procedimientos aplicados.

Asimismo, toda persona tendrá derecho a que se le extienda un certificado que acredite su estado de salud y licencia médica si corresponde, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria, o cuando lo solicite para fines particulares. El referido certificado será emitido, de preferencia, por el profesional que trató al paciente que lo solicita.

De esa manera, nos parece que este deber se encuentra un tanto desactualizado, con las nuevas normas sobre transparencia, por ello, antes de negarse una determinada información, debemos fijarnos si esa negativa se funda en alguna de las excepciones constitucionales ya vistas.

a.9) Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo.

El ser un funcionario público es una investidura tal, que no sólo se lleva dentro del establecimiento donde se ejerzan las labores, sino que, en todo lugar, en todo tiempo, de manera que, se demuestre que las personas que tienen a su cargo los medios para lograr el interés general y el bien común son idóneas en todo orden de cosas para mantener ese nombramiento. De esa manera, si el funcionario ejecuta conductas fuera de lugar, en todo ámbito moral y legal, puede ser responsable administrativamente.

a.10) Proporcionar con fidelidad, precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ella sea de interés para la administración, debiendo ésta guardar debida reserva de los mismos.

Los Numerales 4° y 16° del artículo 19 de la Constitución Política aseguran a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la



honra de la persona y de su familia y la libertad de trabajo, respectivamente. Sin embargo, con este deber funcionario, no se transgreden las referidas garantías constitucionales por cuanto se ajusta a disposiciones legales dictadas conforme a la misma Carta Fundamental.

En efecto, si bien los datos y antecedentes que puedan solicitarse, dicen relación tanto con información de orden personal como de terceros, su conocimiento y registro por parte de un organismo público, no lesiona la intimidad del titular ya que el tratamiento de los no sólo es reservado, sino que, además, no desmerece la condición ética de las personas relacionadas con el funcionario, como tampoco afecta al ejercicio del trabajo que desarrolle la persona a quien esos datos pertenecen, toda vez que los familiares del servidor pueden realizar normalmente su actividad laboral.

Enseguida, resulta necesario hacer presente que la persona que ingresa a la Administración del Estado se adscribe en forma voluntaria a un status jurídico especial, que es el que tipifica el cuerpo regulador de sus relaciones con la institución a la que pertenecerá, el cual se encuentra inspirado en el principio del bien común, lo que implica que es el interés público el que debe primar sobre el interés particular del empleado público.

De este modo, la persona que postula a un servicio público pasa a tener, desde su nombramiento, los derechos, obligaciones y prohibiciones que el respectivo estatuto señala, y su aceptación del cargo no constituye sino la adhesión a un marco jurídico preestablecido e impersonal, al cual debe someterse si pretende ingresar o mantenerse en la Administración.²⁰

a.11) Denunciar ante el Ministerio Público o ante la Policía si no hubiere fiscalía en el lugar en el que el funcionario presta sus servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente de aquéllos que contravienen el principio de probidad administrativa regulado por la ley 18.575.

La norma en sí misma es clara, pero, presenta a lo menos, dos aristas conflictivas que quisiéramos destacar y que hace un tanto dificultosa su materialización en el Servicio Público:

1ª. Que, deja al arbitrio de cualquier funcionario determinar si un acto u omisión de otro constituye o no delito. Por supuesto, aquí no es tarea de los empleados públicos asentar si existe o no culpa o negligencia del posible imputado, sino que, indicar si “algo le parece” un delito o un atentado a la

²⁰ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 10.038 del 02 de marzo de 2000.



probidad. Por ello, este deber obedece netamente a la subjetividad del denunciante. Sin embargo, no puede ser excusa para quien no dé cumplimiento a este deber, el hecho de que no conocía si lo que se estaba haciendo o no era un crimen o simple delito o si ello atentaba contra el recto actuar administrativo del otro funcionario, por cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Código Civil, la ley se presume conocida por todos desde su promulgación y, en tal sentido, se supone que todos tienen conocimiento de los elementos del tipo penal, y cuál es la conducta criminal o delictual, por cuanto, precisamente está descrita en la ley.

2ª. Que, el estricto cumplimiento de este deber, podría deteriorar las relaciones laborales entre funcionarios. Sea, en primer término, teniendo en consideración el hecho de que, por ejemplo, un inferior jerárquico deba denunciar a su superior, lo cual, en la práctica hace mucho más ilusorio el ejercicio de una denuncia. Asimismo, si se trata de otros pares, igualmente, sabemos, que conllevará a una mala relación entre ellos y el ambiente puede tornarse tedioso. Sin embargo, recordemos que el actuar del funcionario que comete un supuesto delito o falta administrativa, deteriora al Servicio y puede estar atentando en contra del interés general, por lo que, el empleado obligado a denunciar, debe ante todo tener en consideración este último, por sobre las relaciones interpersonales que pueda tener con sus pares o su jefatura. Pero, sabemos, ante todo, somos seres humanos que deben conllevar una adecuada convivencia social, lo cual, hace muy dificultoso el ejercicio de una denuncia de esta índole, pues, no muchas veces, en realidad, se asegura el correspondiente anonimato.

Ahora bien, observamos que la norma se refiere solamente a denunciar “crímenes” o “simples delitos”, sin embargo, no alude a las faltas penales (que se han visto en el capítulo relativo a la responsabilidad penal). En tal sentido ¿Debo denunciar las faltas? Es discutible, por cuanto, tenemos el denominado principio de legalidad, que se traduce en el hecho de que los integrantes de la administración del Estado deben actuar estrictamente conforme a lo consignado por la ley. Ahora, podría argüirse en virtud del antiguo y coloquial adagio “quien puede lo más, puedo lo menos”, de manera que, si puedo denunciar conductas más grave, como un crimen, sin duda podría denunciar una falta penal. Pero insistimos ¿Cabe interpretar de esa manera? Creemos que, aunque la norma no aluda a esta clase de acciones de menor entidad, con ellas, podría estarse poniendo en riesgo el bien común y el bien común, por lo que en virtud del principio de probidad y servicialidad del Estado, debería denunciarse de todas formas.



a.12) *Rendir fianza cuando en razón de su cargo tenga la administración y custodia de fondos o bienes, de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.*

Generalmente este deber pesará sobre aquellos Jefes Superiores de algún servicio público. A este respecto, cabe señalar que la fianza constituye una caución de otra obligación personal. Sin embargo, es discutible el concepto, puesto que, conforme a la definición de fianza dada por el Legislador en el Código Civil, se trata aquí de *una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple*. Si nos fijamos bien, y siempre es bueno tener precisión en todas las cosas, nos damos cuenta que por la fianza se asegura una obligación ajena. Sin embargo, cuando un determinado funcionario asume como obligación principal la administración y custodia de fondos o bienes, no puede, a su vez constituirse fiador de sí mismo, por cuanto, ello resultaría absurdo. Ello, atendido a que el fiador constituye, en definitiva, un patrimonio diverso para poder perseguir si el deudor principal incumple. De esa manera, quizás, sería más preciso hablar de una “prenda de dinero”, por cuanto, por el empeño o prenda, se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito. Esa figura se ajusta más a lo que busca el Legislador, pues, el funcionario obligado principalmente a custodiar y a administrar debidamente fondos públicos, entrega una cantidad de dinero, en prenda, para asegurar dicho cumplimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo indicado precedentemente, necesario es señalar que la finalidad de esta norma es limitar cualquier actividad ilícita y de sustracción indebida de dineros públicos, de manera que, el funcionario asegura con su propio patrimonio cualquier pérdida que pueda deberse a su propia gestión.

a.13) *Justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad, dentro del plazo que éste fije, atendidas las circunstancias del caso.*



Módulo 2: Derechos y Obligaciones de los Trabajadores en el Sector Privado: con contrato de trabajo y honorarios

Docente: Ignacio Avendaño L., Abogado UDELAM

EFFECTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL SECTOR PRIVADO:

Derechos y obligaciones de las partes.

Los efectos del contrato de trabajo podemos clasificarlos en:

1. Patrimonial: Es el conjunto de derechos y obligaciones correlativas al contrato de trabajo que inciden o afectan directamente la situación económica del trabajador y del empleador y que son susceptibles de ser valuadas pecuniariamente. Comprende la obligación del trabajador de realizar o prestar los servicios convenidos y la obligación del empleador de remunerar tales servicios, en virtud del contrato de trabajo que media entre ellos, conforme a la definición clásica del artículo 7º del CdT²¹.
2. Jurídico - instrumental: Referido a los derechos y obligaciones de las partes en la ejecución directa de la relación laboral. Está compuesto por la potestad de mando del empleador, que comprende los poderes del empleador y sus límites y el deber de obediencia del trabajador
3. Ético jurídico: Comprende las *normas morales* acerca del correcto comportamiento, tanto para el trabajador como para el empleador, y que, si bien no se refieren a cómo ejecutar el contrato, sí lo hacen respecto a una serie de comportamientos basados en el principio de buena fe como pilar fundamental. Recordemos que el contrato de trabajo tiene además un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas, a las que llamamos obligaciones ético-jurídicas.

EFFECTO JURÍDICO INSTRUMENTAL:

Son los derechos y obligaciones que ligan a las partes del contrato de trabajo con el fin de la adecuada realización de la relación laboral y al cumplimiento de los fines de la empresa.

²¹ Art. 7º. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.



Abarca la **potestad de mando** del empleador que le permite organizar la empresa y el trabajo en sus múltiples aspectos: económico, técnico, personal, etc., y dirigir y orientar su marcha, sin lo cual no podría concebirse el desarrollo y ejecución de los trabajos para alcanzar sus fines, bajo directrices limitadas por los derechos fundamentales del trabajador. Esta facultad de mando es esencialmente funcional, vale decir, es un poder para los efectos que la empresa cumpla sus fines. Estos tienen un valor específico para sus propietarios y trabajadores, y una trascendencia para la comunidad.

En otras palabras, **al empleador le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere**, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador.

El Dictamen N° 6077/405 de 10.12.1998 se refiere al poder de dirección del empleador (en realidad "potestad de mando del empleador"), entendiéndose por tal el conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico laboral reconoce al empleador con el objeto de:

- (i) **Organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad de mando recibe el nombre de Poder De Dirección.** El profesor Lizama indica que este poder de dirección le permite al empleador ordenar el trabajo dentro de la empresa y se manifiesta en un conjunto de instrucciones y reglamentos dirigidos a los trabajadores en general. A mayor abundamiento, la Dirección del Trabajo ha indicado "*que corresponde al empleador la dirección, orientación y estructuración de la empresa organizando el trabajo en sus múltiples aspectos: económico, técnico, personal, etc., lo que se traduce en una facultad de mando esencialmente funcional, para los efectos de que la empresa cumpla sus fines, la cual, en caso alguno, es absoluta, toda vez que debe ser ejercida por el empleador con la responsabilidad que le atañe en la realización del trabajo, con vistas a que su éxito sirva a los inversionistas, trabajadores y a la comunidad*". (Dict.5423/249 de 25.08.1995)
- (ii) **Mantener la disciplina y el orden dentro de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad es Poder Disciplinario.** Tiene por objeto mantener el orden de los trabajadores al interior de la organización y se dirige a la corrección de las conductas contrarias a la disciplina laboral. Para este efecto, el CdT



permite que el empleador establezca un régimen de sanciones aplicables a los trabajadores en caso de infracciones a sus obligaciones laborales y de un procedimiento que haga posible determinar responsabilidades y aplicar tales castigos, materializado con el establecimiento del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (Art. 153 y 154 n° 10 y 11 del CdT, que establecen las sanciones aplicables a los trabajadores por incumplimientos contractuales y el procedimiento para determinarlas), y;

- (iii) **Adecuar la naturaleza de los servicios a los requerimientos de la empresa, establecimiento o faena, ya sea en cuanto a la naturaleza de los servicios, al lugar, o, a la duración y distribución de la jornada de trabajo, en este caso la potestad de mando se manifiesta como *ius variandi*, también conocida como Potestad De Variación.**

Entonces, previo al contrato y en función de la libertad de empresa y el derecho de propiedad, el empresario es titular de un cúmulo de facultades organizativas-económicas materializadas en la potestad de mando, que se define y concretiza en cuanto a su extensión y configuración en el contrato de trabajo -es decir, se manifiestan en el específico ámbito de la relación laboral- pero que no pueden ejercerse más allá de la relación misma y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador; y por lo mismo quedan sujetas a las limitaciones que el propio marco legal establezca, es decir, será el legislador quien reaccione y regule el ejercicio legítimo de este poder, estableciendo su uso no arbitrario en virtud del límite de los derechos fundamentales; normas mínimas irrenunciables; así como los derechos y obligaciones que las partes pueden pactar libremente a través de instrumentos colectivos e individuales (Art. 5 CdT²²) y el establecimiento de mecanismos de reclamo y reparación; elementos que en definitiva, vienen a conformar la posición jurídica que ha de ocupar el **empleador** en la relación laboral, en cuanto **su potestad de mando es un poder laboral que se ejerce en este ámbito delimitado**; o dicho de otra forma, sólo esta potestad de mando es la que es oponible al trabajador.

¿Qué ocurre con las medidas de control del empleador?

El empleador puede establecer medidas de control dentro de la empresa que, sin lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores, pueden restringirse con el objeto de hacer efectivos sus derechos constitucionales ya

²² Art. 5°. 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 cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.



mencionados, es decir el derecho de propiedad o el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (libertad de empresa).

Toda medida de control que se implemente en la empresa debe:

- (a) estar establecida en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad;
- (b) efectuarse por medios idóneos, acorde con la naturaleza de la relación laboral;
- (c) ser de aplicación general, garantizar la impersonalidad de la medida y respetar la dignidad del trabajador.

Por ejemplo, establecer un mecanismo de revisión de bolsos y mochilas debe tener por objeto proteger un derecho de propiedad porque su justificación es el robo de ciertos bienes, debe ser proporcional, respetuoso de la dignidad del trabajador, sin humillaciones o medidas vejatorias. Otro ejemplo son las cámaras de vigilancia, en que además de los requisitos típicos (deben estar establecidas en el reglamento interno, que se conozca el lugar donde están, deben ser cámaras que apunten a lugares relativamente abiertos, entre otros.), la Corte Suprema (ROL 5234 – 2005) ha adoptado los siguientes criterios:

1.- La utilización de mecanismos de control audiovisual sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por:

- Requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos, o
- Por razones de seguridad.

2.- Debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un *resultado secundario o accidental* del mismo.

3.- Utilización exclusivamente como una forma de vigilancia no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad.

Una de las primeras manifestaciones de carácter administrativo respecto de la forma que el empleador -haciendo uso de su facultad disciplinaria- va a sancionar conductas dentro del ámbito laboral es el dictamen de la Dirección del Trabajo N° 8273/337 (19.12.1995), que regula medidas de control para la revisión de objetos personales, y uso de alcohol y drogas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

Por la otra parte, abarca la obligación del trabajador de obedecer a las instrucciones del empleador, es decir, **el deber de obediencia**, que es la contrapartida de la facultad de mando del empleador. El deber de



obediencia no es la consecuencia de una superioridad del empleador, ni de que éste sea el propietario de la empresa, sino de la necesidad de organizar el trabajo, de que se logren los fines de la empresa y de que haya una conducción responsable en las labores.

Este deber supone la obligación del trabajador de:

- a) Acatar la disciplina interna del establecimiento;
- b) Respetar las normas del Reglamento Interno;
- c) Cumplir con las órdenes concretas que imparte el empleador, por sí o por medio de sus delegados.

Una contrapartida al deber de obediencia: El *Ius Resistenciae* o derecho a resistencia del trabajador

Al deber de obediencia que el contrato de trabajo impone al trabajador y que se traduce en la obligación de acatar las órdenes e instrucciones dictadas por el empleador en uso de la potestad de mando que le reconoce la ley, se contraponen el derecho de resistencia o desobediencia del trabajador frente a medidas decretadas por aquél que importan un ejercicio ilegítimo de dicho poder.

Nuestra normativa no regula expresamente ni en forma general el denominado *ius resistendae*, sin embargo, la doctrina de la DT ha entendido que se traduce en el derecho que tendría el trabajador a desobedecer una orden o instrucción del empleador por estimarla ilegítima o ilegal (Ordinario N° 1366, de 14.03.2018). el profesor Sergio Gamonal por su parte lo define como "Derecho de negarse a trabajar frente al uso abusivo del *ius variandi*, o frente a órdenes que menoscaben la responsabilidad profesional, técnica o científica del trabajador, y en los casos en que se ordena la realización de un hecho ilícito o contrario al orden público". Nosotros podemos definirla como "el derecho del trabajador de desobedecer las instrucciones del empleador cuando estas implican conductas ilícitas o vulneran garantías constitucionales".

Los profesores William Thayer y Patricio Novoa indican que la facultad que tiene el empresario de ordenar las singulares prestaciones laborales y organizar el trabajo en la empresa no puede entenderse como un poder absoluto, sino que, al contrario, ha de ejercitarse respetando, entre otros, límites externos impuestos por los derechos que la Constitución, leyes, convenios y contratos colectivos reconocen a los trabajadores. A mayor abundamiento, la Dirección del Trabajo en su jurisprudencia administrativa



ha indicado que las facultades que tiene el empleador para dirigir la empresa “no pueden en caso alguno dejar de ser una legítima manifestación de la potestad de mando del empleador, puesto que de ser así pasaría a ser un abuso del derecho, en cuyo caso al trabajador le asistiría el derecho a oponerse a tales exigencias” (Dictamen N°2703/42 de 19.05.2016)

A su vez, los mismos autores han señalado que el *Ius Resistenciae* contempla:

- i) El trabajador no está obligado a ejecutar labores extrañas o adicionales a las que se obligó contractualmente con el acreedor de trabajo, salvo que puedan quedar comprendidas en el ejercicio del *ius variandi*.
- ii) Tampoco está obligado a obedecer órdenes que menoscaben su dignidad. Ello comprometería la relatividad de la facultad de mando (la obligación del empleador de respetar al trabajador), causaría un daño al trabajador mismo y eventualmente perjuicios a la empresa o a terceros.
- iii) Tampoco debe obedecer órdenes que impliquen la realización de un hecho ilícito, inmoral, contrario a las buenas costumbres o al orden público, pues ello transformaría al contrato de trabajo en un acto jurídico viciado por ilicitud del objeto. A este respecto el dependiente no debe transformarse, según se ha destacado, en el contralor o asesor jurídico del empleador (salvo que sea contratado en tal calidad). Debe tratarse de una incorrección fácilmente apreciable. Así, si a un chofer se le da la orden de conducir un vehículo sin patente, no debe obedecer. Todo chofer sabe que eso está prohibido.
- iv) En general no está obligado a obedecer órdenes que representan una inejecución o infracción de las obligaciones del empleador, como sería, por ejemplo, la orden de realizar un acto temerario sin la debida seguridad o protección, lo que dejaría incumplido el deber de seguridad del empleador, etc.

El problema que plantea el *ius resistenciae* en nuestro ordenamiento es quién determina la legitimidad de la orden empresarial y en qué momento. En general nuestro ordenamiento parece inclinarse por la presunción de legitimidad de la orden empresarial, con lo que se impone un poder de obediencia abstracto del trabajador sin que pueda valorar por sí la legitimidad de la orden; por lo cual existiría un *ius resistenciae* incompleto



que otorga un derecho de reclamo al trabajador para poder ejercer las acciones correspondientes. Por tanto, el llamado a determinar la legitimidad del ejercicio del derecho, la ponderación y calificación de los hechos que podrían sustentarlo, como también, que la aplicación del mismo dé lugar a un despido disciplinario de los afectados, corresponde a los tribunales de justicia.

Estas acciones encuentran respaldo jurídico en la norma contenida en el artículo 160 N° 4 del Código del Trabajo. Cuando la instrucción del empleador implica una conducta ilícita y los trabajadores no la han acatado, lo cual motiva al empresario a proceder al despido, nuestra jurisprudencia ha dicho, en tales casos, que el despido es injustificado. El fundamento de lo anterior se encuentra en el artículo 160 n°4 letra b), es decir, "*la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato*", el cual se ha interpretado a contrario sensu, esto es, asiste al trabajador la facultad de desobedecer con causa justificada. Por otra parte, el *ius resistendae* además de permitir la acción de despido injustificado, también le permite ejercer la acción por despido indirecto, pues es el empleador quien incumple gravemente las obligaciones que surgen del contrato (Art. 160 n°7).

Sin embargo, Rodrigo Pessoa indica que, para la jurisprudencia judicial, el *ius resistendae* podría ser usado con restricciones, ya que el trabajador podrá oponerse a una orden del empleador siempre y cuando la ilegalidad o antijuridicidad sea de la tal magnitud que ponga en grave riesgo la salud o integridad física del trabajador, con manifiesto y objetivo abuso de derecho o con derivación de irreparable perjuicio o grave daño para la integridad o dignidad personal del trabajador. De lo contrario, el trabajador no podrá decidir unilateralmente sobre la idoneidad o no de la instrucción u orden emitida por su empleador. Esta posición de los tribunales laborales parece acertada, ya que incluso para los casos de modificación unilateral del contrato de trabajo (*ius variandi*) el derecho de resistencia de los trabajadores no es absoluto, lo cual deja claro que el *ius resistendae* debe existir como tal frente a situaciones extremas o claras de ilegitimidad de la decisión del empresario.

Potestad de Variación o APLICACIÓN DE IUS VARIANDI.

Es sabido que los contratos laborales son consensuales, por ende, dependen de la intención de las partes y no tienen mayor solemnidad, por lo tanto, en principio siempre pueden modificarse.

Se puede modificar todo aquello que no esté prohibido, o en los casos que la ley haya establecido algo distinto. Esto es así ya que lo ideal es que el



contrato de trabajo esté debidamente actualizado siempre, porque recordemos que una de sus características esenciales es ser de tracto sucesivo. Las modificaciones pueden realizarse de las siguientes formas:

1. Por acuerdo de las partes: **Consiste en la regla general**, ello en aplicación de:
 - o Los principios del derecho común expresados en el art. 1.545 del Código Civil que dispone que *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.
 - o El **art. 5 del Código del Trabajo en su inciso 3** dispone que *"Los contratos individuales y colectivos de trabajo **podrán ser modificados, por mutuo consentimiento** en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente"*. Lo anterior supone que el empleador no puede modificar unilateralmente el contrato.
 - o Formalmente la modificación debe efectuarse de acuerdo a las reglas señaladas por el **art. 11**, que dispone que deben consignarse por escrito y firmarse por las partes al dorso de los ejemplares del contrato o en documento anexo.

Entonces, para modificar el contrato individual de trabajo debe existir:

1. Causa necesaria para modificar.
 2. Mutuo acuerdo ("las cosas se deshacen como se hacen").
 3. Debe hacerse por escrito (en el contrato o en un documento anexo).
 4. Debe estar firmado por ambas partes.
 5. Debe tener la actualización anual de remuneración.
-
2. Por ley: de manera que, si la ley modifica el contrato, este debe ajustarse a ella. Por ejemplo, las modificaciones en cuanto al monto del Ingreso Mínimo Mensual producen que el contrato y las liquidaciones deben ajustarse a ese sueldo; asimismo, la ley establece que el contrato debe actualizarse cada año. Otro ejemplo se produjo con la ley que determinó la reducción de la jornada de trabajo semanal a 45 hrs., por lo tanto, todo contrato que



tuviera estipulado 48 hrs., automáticamente se entienden rebajadas a 45, y lo mismo ocurre cuando la ley exige que se reajuste la remuneración una vez al año.

La profesora Gabriela Lanata indica que toda modificación en virtud de una ley puede crear problemas con relación a los derechos adquiridos, de manera que la ley que modifique una relación laboral deberá contener en sus disposiciones transitorias normas tendientes al resguardo de los trabajadores.

El **inciso 2 del art. 11** señala que *“no será necesario modificar los contratos para consignar por escrito en ellos los aumentos derivados de reajustes de remuneraciones, sean legales o establecidos en contratos o convenios colectivos del trabajo o en fallos arbitrales o en acuerdos de grupo negociador. Sin embargo, aún en este caso, la remuneración del trabajador deberá aparecer actualizada en los contratos por lo menos una vez al año, incluyendo los referidos reajustes”*.

Sabemos que esta rama del derecho –si bien la mayoría de la doctrina opina que es de naturaleza privada-, está sustentada por normas de orden público y que además es un derecho de mínimos, por lo tanto, impera la obligación de respetar esos mínimos. Entonces para poder realizar el acto de modificación, la cláusula modificada debe ajustarse a los mínimos legales, que como hemos dicho, son irrenunciables.

3. Por un instrumento colectivo: se refiere a aquellos casos en los que, a partir de una negociación colectiva exitosa, se establezcan por medio de –por ejemplo- un contrato o convenio colectivo, cláusulas que otorguen mejores condiciones que las anteriores del contrato individual, que se agregarán a estos contratos y que, extinguido el instrumento colectivo, subsistirán como parte integrante de los contratos individuales, según lo que establecen los arts. 311 y 325 del CdT. **Lo que no se puede hacer** es comunicarle posteriormente y de forma individual a un trabajador que se limitará a él el beneficio que se otorgó colectivamente.
4. Por establecimiento de alguna cláusula tácita o aplicación de la regla de la conducta: Esto en virtud del principio de primacía de la realidad entre los contratantes.
5. Por ejercicio del lus Variandi



El contenido del contrato de trabajo, en las materias que el legislador permite pactar, es modificable únicamente si media al efecto el mutuo acuerdo de las partes, no siendo procedente, por ende, la modificación unilateral de las estipulaciones contractuales, sean estas expresas o tácitas. Sin perjuicio de lo antedicho, un instituto que se erige como excepción a la modificación consensuada es el ejercicio del denominado “*ius variandi*” del empleador que contempla el artículo 12 del CdT.

Es una facultad excepcional que se otorga al empleador, y que permite la modificación unilateral del contrato individual de trabajo. Es el derecho a ciertos cambios a fin de poder ejercer el derecho a organizar, administrar y dirigir la empresa, pero como es un derecho del empleador sin acuerdo del trabajador, su interpretación debe ser restrictiva debido a su naturaleza excepcional. Puede versar sobre alteraciones en el contrato en cuanto a la naturaleza de los servicios, lugar y distribución de la jornada de trabajo, a modo de ejemplo, señalamos los contratos de los trabajadores agrícolas, en que los trabajadores deberán efectuar las labores agrícolas compatibles con las condiciones climáticas que le encomiende el empleador, aun cuando no sean determinadas en los respectivos contratos de trabajo (Art. 89 inc. 2°). También el artículo 24 del Código preceptúa que “*el empleador podrá extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas diarias en los períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades*”.

Definiciones de Ius Variandi

“Facultad de modificar las condiciones de trabajo por parte del empleador, en cuanto no cause un menoscabo, ni importe una alteración radical del régimen convenido”.

“Facultad del empresario para modificar por su sola voluntad ciertas condiciones del contrato laboral”

El profesor Luis Lizama lo ha definido en términos amplios como “la potestad unilateral del empleador de modificar las condiciones del contrato”

También se le ha definido como “la potestad del empleador de variar dentro de ciertos límites, las modalidades de las prestaciones de las tareas del trabajador”.

La DT ha dicho en Ordinario N° 3.351/185, de 09.06.97 que el *ius variandi* consiste en la facultad que tiene el empleador, derivada de su potestad o poder de dirección, para alterar unilateralmente los límites de la prestación de trabajo, agregando que es una atribución que rompe la consensualidad del contrato de trabajo, al permitir al empleador, modificar bajo las



modalidades previstas por el legislador, las condiciones acordadas por ambos contratantes.

De estas definiciones, los elementos esenciales son:

- a) Facultad del empleador
- b) Es una potestad reconocida por el derecho laboral
- c) Es un poder unilateral del empleador
- d) modificar el contrato
- e) no puede dañar al trabajador
- f) No altere el contrato de trabajo en supuestos distintos a los expresamente autorizados por el legislador.

El fundamento de la ejecución del *ius variandi* por el empresario, se encuentra en el ejercicio de las potestades y prerrogativas que la ley le otorga para dirigir su proyecto empresarial, que es lo que se conoce como “potestad de mando”, conferida en virtud de las garantías constitucionales de la libertad de empresa y el derecho de propiedad. El capital humano es una de aquellas variables que él puede variar o modificar para planificar y hacer más eficiente su negocio, por eso es que esta facultad es limitada a solamente los contornos de su empresa, no hacia los ámbitos extralaborales. Es una manifestación más de la subordinación y dependencia de las partes que contratan en materia laboral.

Esta posibilidad de modificación supone un quiebre del principio que los contratos no pueden ser modificados sino por mutuo consentimiento, puesto que es una facultad excepcional que le permite reglamentamente al empleador modificar las condiciones y determinados aspectos del contrato de forma unilateral en circunstancias en que el contrato de trabajo es bilateral. Como contrapunto, el *ius variandi* no puede utilizarse en ámbitos colectivos, especialmente sobre directores sindicales, salvo caso fortuito o fuerza mayor (Art. 243 inc. 2º CdT).

Sin embargo, la particularidad de esta facultad es que su uso por parte del empleador, en ningún caso puede generar o producir un menoscabo en el trabajador, es decir, esta posibilidad de modificación tiene un límite establecido en el artículo 5 inciso primero del Código del Trabajo, el cual indica que “*el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos*”, por lo tanto el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores al



interior de la empresa, constituyen un límite al poder de dirección del empleador. A su vez el inciso segundo del mismo artículo indica que “los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

Límites al Ius Variandi

El profesor Sergio Gamonal indica que entre los límites del Ius Variandi, podemos consignar los siguientes:

- a) El ejercicio del Ius Variandi debe ser razonable en el sentido de que el empleador debe realizar un uso funcional del mismo, en base a necesidades técnicas, administrativas o económicas reales de la empresa, excluyendo toda conducta abusiva, arbitraria o contraria a la buena fe.
- b) Las modificaciones al contrato en virtud del Ius Variandi sólo pueden ser accidentales y no esenciales. En este contexto, se habla de que el Ius Variandi es una posibilidad residual, ya que los contratos sólo pueden enmendarse por acuerdo de las partes.
- c) Su ejercicio no puede implicar una lesión de los intereses materiales o morales del trabajador.
- d) No puede ser ejercido con fines disciplinarios.

Ius Variandi en la Legislación

Se encuentra consagrado en el Art. 12 del CdT:

El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.

El trabajador afectado podrá reclamar en el plazo de treinta días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho a que se refiere el inciso primero o de la



notificación del aviso a que alude el inciso segundo, ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes.

Del precepto legal transcrito, que consagra lo que la doctrina denomina "ius variandi", se infiere que excepcionalmente el empleador en forma unilateral puede modificar, el sitio o recinto de prestación de los servicios, las funciones contratadas o la jornada, en la medida que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, que las funciones sean similares y que la modificación de la jornada no implique una alteración en más de 60 minutos.

Por tanto, nuestra legislación admite 3 tipos de modificaciones unilaterales:

1. Al lugar de la prestación de los servicios.
2. A las funciones desempeñadas por el trabajador.
3. A la jornada.

1. Modificaciones al lugar de la prestación de los servicios. Para la procedencia de la misma se requiere:

- Que el nuevo sitio o recinto debe forzosamente quedar ubicado dentro de la ciudad donde primitivamente se prestaban los servicios o dentro del mismo predio, campamento o localidad, en caso de faenas que se desarrollan fuera del límite.
- Inexistencia de menoscabo, esto es todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución de ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de turnos, etc. (Dictamen N°4012/82 de 12.01.2011).

Cabe hacer presente que el término menoscabo nuestra jurisprudencia judicial, entiende por el mismo, según consta en sentencia RIT I-12-2011 del 2° J.L.T de Santiago, a saber:

“DECIMO: Que por su parte, el cambio del lugar de trabajo a otro con menores condiciones de infraestructura importa también un menoscabo para el trabajador, así la Excelentísima Corte Suprema en fallo de octubre de 1992, ha razonado en ese sentido, entendiendo que el menoscabo que



puede sufrir el trabajador es un concepto más amplio que el solo perjuicio económico, indicando que "El menoscabo a que se refiere la disposición contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo se refiere en forma integral a la persona del trabajador, no sólo desde el punto de vista económico sino que también social y moral." Concluyendo que "Hay menoscabo moral y social en la medida que los trabajadores tenían, antes del cambio de recinto de trabajo, mejores condiciones que con posterioridad". Cuestiones que se ven acreditadas con la documental presentada por la Inspección del Trabajo, en que se hizo una revisión de las condiciones sanitarias, de provisión de combustible, de mantenimiento de los buses y estacionamientos de ambos recintos, existiendo diferencias notables en dichos aspectos, que le permiten concluir a este juzgador que las condiciones laborales del anterior lugar de trabajo eran más óptimas que las *actuales, resultando contra intuitivo que sea el trabajador quién soporte esa carga...*"

- **Tipos de menoscabo:**

1. Menoscabo moral: Se trata de la humillación o denostamiento a que pueda verse sometido el trabajador, por el cambio experimentado en la escala piramidal de la empresa o por la mayor relación de subordinación o dependencia. Puede importar una disminución de la esfera de influencia y área de desempeño de sus funciones.
2. Menoscabo ambiental: se da cuando las condiciones físicas en que se desarrollan las funciones cambian en forma negativa
3. Menoscabo patrimonial o económico: ha sido definido por la jurisprudencia administrativa como todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, disminución del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de turnos, etc. (dictamen de la DT N° 1.509 de 3 de mayo de 1983). O sea, a raíz del cambio se produce un detrimento patrimonial para el trabajador.

2. Modificaciones de las funciones desempeñadas.

Para la procedencia de la misma se requiere:

- Que las labores sean labores similares, esto es aquellas que requieren de idéntico esfuerzo intelectual o físico; que se realicen en condiciones higiénicas y ambientales parecidas a aquéllas en que se desempeñaba el trabajador, y que se efectúen en un nivel



jerárquico semejante a aquél en que se prestaban los servicios convenidos primitivamente.

- Inexistencia de menoscabo.

3. Modificaciones a la jornada.

Para la procedencia de la misma se requiere:

- Solo puede alterar la jornada hasta 60 minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo.
- Siempre y cuando se den circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos.
- Se dé aviso al trabajador con 30 días de anticipación a lo menos.

Sobre qué trabajadores NO puede aplicarse el *Ius Variandi*

El artículo 243 del Código del Trabajo -que trata sobre el fuero de los directores sindicales durante y después del funcionamiento del directorio- en su inciso segundo indica que durante el lapso de tiempo que el director sindical se encuentre con fuero, es decir desde la fecha de su elección hasta 6 meses después de haber cesado en el cargo, el empleador no podrá, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de ellos las facultades que establece el artículo 12 del Código del Trabajo. Esta prerrogativa también se aplicará a los delegados sindicales.

Derecho a reclamo del Trabajador como oposición al *Ius Variandi*

De la misma forma que el empleador tiene la facultad de hacer alteraciones unilaterales en el contrato de trabajo en virtud del ejercicio de su potestad de variación, el trabajador tiene la posibilidad de oponerse a las modificaciones que no sigan las formalidades exigidas por el Código del Trabajo y que carezcan de criterios de razonabilidad. Una de las formas de oposición es el *ius resistendae*, que consiste básicamente en la negación de trabajar frente al uso abusivo de esta institución. Otra alternativa sería accionar por despido indirecto o autodespido según los preceptos del artículo 171. Sin embargo, **la alternativa principal para la defensa del trabajador es el derecho a reclamo que consagra el inciso tercero del artículo 12.**



El trabajador tiene el derecho de reclamar ante la Inspección del Trabajo si estima que el empleador no ha dado cumplimiento a los requisitos en forma copulativa, reclamo que debe ser interpuesto dentro del plazo de 30 días hábiles, contados desde que se produjo el cambio. De la resolución de la Inspección se podrá recurrir, dentro del plazo de 5 días de notificada, ante el juez competente, el que falla en única instancia y sin forma de juicio.

Así las cosas, si el empleador hace uso de su derecho de alterar las funciones del trabajador o el lugar de prestación de los servicios conforme a la facultad que le concede el artículo 12 del Código del Trabajo, el dependiente deberá necesariamente prestar los nuevos servicios o laborar en el nuevo lugar de trabajo, y si estima que el empleador no ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por el legislador, podrá interponer el reclamo en la Inspección del Trabajo respectiva, disponiendo para ello del plazo señalado precedentemente.

Finalmente, cabe señalar que la Inspección se pronunciará mediante resolución fundada, previa investigación de los hechos, ordenando la restitución del dependiente a sus funciones originales o al lugar primitivamente pactado si el cambio ha sido con infracción a la norma legal o, por el contrario, rechazando el reclamo si el cambio se ajustó a derecho, caso en el cual el trabajador deberá realizar las nuevas labores asignadas o trabajar en el nuevo lugar de prestación de servicios.

MANIFESTACIÓN DEL EFECTO JURÍDICO – INSTRUMENTAL: EL REGLAMENTO INTERNO DE ORDEN, HIGIENE Y SEGURIDAD (Art. 153 y ss CdT)

Generalidades

El Reglamento Interno es una especie de ley que rige en la empresa, cuyo objeto es establecer las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores en relación con sus deberes, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento. Es el empleador quien debe confeccionarlo en virtud de su potestad disciplinaria.

Doctrinariamente, se define como *“un conjunto normativo emanado de un acto del empresario o empleador, que en el uso de su potestad de mando (disciplinaria) regula la organización y realización del trabajo”* o *“conjunto de reglas que dicta el empresario- empleador, en su establecimiento-empresa, para regular el comportamiento laboral y, aun, la conducta de sus trabajadores durante su permanencia en aquél, dentro del marco de la organización de la empresa y de los derechos, obligaciones y prohibiciones del contrato de trabajo”*



Nosotros lo hemos definido como **aquel conjunto de reglas que deben confeccionar y dictar obligatoriamente las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, con el objeto de regular la conducta de sus trabajadores, debiendo contener las obligaciones y prohibiciones a que deban sujetarse en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.**

Por ejemplo, el procedimiento para tratar y sancionar el acoso sexual está contenido en el Reglamento Interno, al igual que el procedimiento para alegar infracción a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

Si es que se imponen sanciones que implican descuentos para el trabajador, deben estar contenidas en el Reglamento Interno para poder ser aplicadas.

El **artículo 153** del Código del Trabajo señala que **las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad** que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.

Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores²³.

Una copia del reglamento deberá remitirse al Ministerio de Salud y a la Dirección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la vigencia del mismo.

Se debe tener en cuenta que no existe una visación previa del Reglamento antes de entrar en vigor, sino que los controles se efectúan con posterioridad:

Cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva podrán impugnar las disposiciones del reglamento interno que estimaren ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o ante la Dirección del Trabajo, según corresponda. De igual modo, esa autoridad o esa Dirección podrán, de oficio, exigir modificaciones al

²³ Este inciso tiene directa relación con la ley 20.005, que introduce el concepto de acoso laboral en nuestro ordenamiento.



referido reglamento en razón de ilegalidad. Asimismo, podrán exigir que se incorporen las disposiciones que le son obligatorias de conformidad al artículo 154.

Regulación:

El reglamento interno está regulado en el art. 153 y ss.;

- Es una fuente de derecho
- Contiene normas que regulan la vida de los trabajadores y el funcionamiento interno de la empresa (en otras partes se llama "ley de orden interno")
- Puede ser acordado con otros trabajadores, pero la facultad de dictarlo es del empleador.

Origen:

Su origen no radica en el empleador, este es de los trabajadores (siglo XIX), ellos fueron los que lo pidieron pretendiendo;

- (1) Limitar el poder de mando para conocer sus obligaciones al interior de la empresa.
- (2) Como medida de seguridad y publicidad.
- (3) Como una simplificación administrativa.

Nuestra legislación ha agregado que tiene que regular además que en el trabajo haya un ambiente laboral digno, así como normas que regulen mutuo respeto entre los trabajadores.

Los primeros tipos de reglamento interno fueron en Alemania y Bélgica (1870-1876).

Disposiciones mínimas

Por su parte, el **artículo 154 del Código**, señala las menciones mínimas que debe contener todo Reglamento Interno, por lo que no existe inconveniente para que se agreguen otras menciones en la medida que no infrinjan la ley y los derechos de los trabajadores (por tal motivo, la ley señala que *el reglamento interno deberá contener A LO MENOS las siguientes menciones*)

ART. 154: *El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:*

1.- *Las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquél se efectúa por equipos;*

2.- *Los descansos;*



- 3.- Los diversos tipos de remuneraciones; 4.- el lugar, día y hora de pago;
- 5.- Las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores;
- 6.- La designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales;
- 7.- Las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores, y a los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado;
- 8.- La forma de comprobación del cumplimiento de las leyes de previsión, de servicio militar obligatorio, de cédula de identidad y, en el caso de menores, de haberse cumplido la obligación escolar;
- 9.- Las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deban observarse en la empresa o establecimiento;
- 10.- Las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria;
- 11.- El procedimiento a que se someterá la aplicación de las sanciones referidas en el número anterior;
- 12.- El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual.
- 13.- El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis.

Es relevante lo que menciona el inciso final del artículo 154, pues al disponer respecto de las obligaciones y prohibiciones de que da cuenta el Reglamento Interno de la empresa, y, en general, respecto de toda medida de control, que "sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador", implica un reconocimiento expreso al principio de dignidad, en el entendido que las medidas de control y de revisión implementadas por el empleador deben integrarse en sistemas que sean compatibles con el respeto a la dignidad de los trabajadores, como límite infranqueable respecto de las potestades del empleador.



Conforme al **art. 154 bis**, el empleador está obligado a mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión a la relación laboral.

Publicidad del Reglamento

El **Artículo 156 del Código**, en su inciso primero, señala que los **Reglamentos Internos y sus modificaciones** deberán **ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha en que comiencen a regir**, y fijarse, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación. Deberá también entregarse una copia a los sindicatos y a los Comités Paritarios existentes en la empresa. Además, el empleador deberá entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar impreso que contenga en un texto el reglamento interno de la empresa y el reglamento a que se refiere la Ley N° 16.744.

Esto es relevante porque el empleador no puede exigir que los trabajadores cumplan más allá de los que se les pide en el Reglamento Interno (cumpliendo de buena fe obviamente); en ese sentido, este debe informar de cualquier modificación a él, porque afectaría en el futuro el correcto cumplimiento de las obligaciones entre las partes.

Sanciones que puede contener:

Primeramente, no puede contener causales de terminación (ya que el empleador sólo puede invocar las establecidas en la ley). Sin embargo, ante los incumplimientos del reglamento se aplicarán las sanciones de amonestación verbal o escrita (censura) y multa de hasta el 25% de la remuneración diaria del trabajador. La aplicación de las multas podrá reclamarse ante la Inspección del Trabajo que corresponda. Las multas serán destinadas a incrementar los fondos de bienestar que la empresa respectiva tenga para los trabajadores o de los servicios de bienestar social de las organizaciones sindicales cuyos afiliados laboren en la empresa. A falta de esos fondos o entidades, el producto de las multas pasará al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, y se le entregará tan pronto como hayan sido aplicadas.

Si se acumulan muchas faltas al reglamento interno, si puede derivar en incumplimiento grave del contrato, concluyendo el contrato.



Obligación de Registro

Debemos recordar que la ley N°21.327, que “Moderniza la Dirección del Trabajo”, establece en el artículo 515 del CdT la obligatoriedad para el empleador de registrar ciertos datos y documentos en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo. Entre los documentos que el empleador debe ingresar, se encuentra el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, que, al tenor de lo preceptuado en el Reglamento de la ley referida, se indica lo siguiente:

El empleador deberá registrar el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad vigente en la empresa, a que se refiere el Capítulo I del Título III del Libro I del Código del Trabajo, incluyendo, al menos, la siguiente información:

- a) Individualización del empleador;
- b) Fecha de publicación y notificación a los trabajadores;
- c) Mecanismo de difusión;
- d) Declaración de cumplir con el contenido mínimo legal, y
- e) Copia del mencionado reglamento, con lo cual se entenderá cumplida la obligación dispuesta en el inciso tercero del artículo 153 del Código del Trabajo.

El registro deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes al inicio de la vigencia del referido reglamento.

EFECTO ÉTICO - JURÍDICO:

El contrato de trabajo no sólo representa un intercambio de servicios por remuneraciones. Tiene este otro profundo contenido personal, de carácter ético-jurídico, cuyo fundamento general y último reside en que seres humanos se vinculan en una relación de carácter jurídico-personal, estable, continua y estrecha, tras la consecución de un fin común, cual es la producción de bienes y servicios para la comunidad.

Esa ligazón entre personas tras un mismo fin mediante la realización de algo en común, aunque entre ellas exista oposición de intereses, implica como necesaria consecuencia que sus relaciones deben tener un contenido personal, adicional al meramente patrimonial, lo que, desde otro ángulo, representa una muestra del humanismo que debe presidir las relaciones del trabajo, por lo tanto, hay compromisos valóricos, de principios, que necesariamente se deben exigir para funcionar en una relación de



confianza como lo es la relación laboral, por ello el contrato de trabajo tiene un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas.

Se le añade el apellido “jurídico” porque de no cumplir los deberes éticos producirá consecuencias jurídicas (en ninguna parte se estipula en el contrato que no se puede llevar los lápices, el proyector, etc., pero si se hace es una falta de honradez y se pondrá término al contrato)

Según los profesores William Thayer y Patricio Novoa el contenido ético – jurídico del contrato de trabajo corresponde a un conjunto de derechos y obligaciones que si bien no están explicitados en la ley ni han sido acordados por las partes, es un elemento que le pertenece, que es de la naturaleza del contrato de trabajo y a la forma de cumplirlo, y por consiguiente, debe subentenderse en la definición legal conforme al principio sobre cumplimiento de buena fe de los contratos contenido en el artículo 1546 del Código Civil, esto es, que aun cuando las partes no se refieran a él de manera explícita en el documento en que consten las cláusulas del contrato de trabajo, de todas formas se entiende que le pertenece.

Art. 1546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no 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.

DEBERES ESPECÍFICOS QUE EMANAN DE ESTE CONTENIDO ÉTICO – JURÍDICO

Los deberes de este orden a que debe **dar cumplimiento el empleador** son fundamentalmente los siguientes:

- **Deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador:** Corresponde a un principio general reconocido en el art. 2 del Código del Trabajo. Es un principalísimo deber, consecuencia de que el empleador no debe ver cosas o instrumentos en quienes colaboran en la gestión productiva, sino seres humanos, unidos a él para la consecución de ese fin común a que aludíamos. La obligación de respeto es muy obvia en su significado y muy vasta en su alcance. Las relaciones laborales se basan en el respeto de los derechos y la dignidad de la persona humana y cualquier quebrantamiento puede dar lugar a la tutela jurisdiccional. Por lo mismo, los límites de la facultad de mando del empleador siempre van a estar dados por los derechos fundamentales del trabajador.
- **Deber general de protección:** El contrato de trabajo impone como obligación principal al empleador la de preocuparse por la



persona del trabajador y de sus legítimos intereses, en tanto cuanto le es posible. Su actualización en los hechos será siempre funcional a la realidad humana que se trata de proteger. Esta obligación tiene múltiples manifestaciones concretas, por ejemplo, el deber de higiene y seguridad, el deber de previsión, etc.

- **Deber de previsión:** Incumbe al empleador adoptar todas las medidas necesarias para que el trabajador o los familiares a su cargo puedan impetrar los beneficios de seguridad social que la legalidad les otorga, en forma expedita y rápida, sin dilaciones, oportuna y eficazmente. No basta que el empleador se limite sólo a cumplir la obligación jurídica de cotización ante el ente gestor; ella debe ser adicionada, en relación con el trabajador mismo, con la adopción de todas estas otras medidas que ayudan al dependiente individualmente considerado y benefician a la comunidad.
- **Deber de higiene y seguridad:** conforme al art. 184 del CT, el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, tanto en la prevención como en la ocurrencia de AATT y EEPP.
- **Deber de ocupación efectiva y adecuada:** Es obligación del empleador proporcionar al dependiente los elementos necesarios para el trabajo y no puede dejarlo inactivo. El dependiente ha celebrado un negocio jurídico para trabajar y la obligación que contrae es bilateral en relación con el deber del empleador de proporcionarle una ocupación real (el trabajo propiamente) y adecuada (aquella para la cual fue contratado el trabajador, con las modalidades más afines a sus aptitudes personales y profesionales).

El Código del Trabajo le da el derecho al trabajador de poner término unilateral al contrato de trabajo cuando el empleador incurre en ciertas causales de incumplimiento. Una de estas causales es no dar el trabajo convenido o no entregar las condiciones necesarias para que el trabajador pueda prestar los servicios que le correspondan.

- **Deber de capacitación y educación:** es obligación del empleador preocuparse de que el dependiente pueda cumplir con su deber natural de superarse, en la medida y ámbito que encuadre en la relación de trabajo



Los **deberes éticos**, que acompañan a la prestación personal de servicios **que debe efectuar el trabajador**, son fundamentalmente los siguientes:

- **Deber de fidelidad:** Este deber moral, que deriva de la buena fe en el cumplimiento contractual, en un sentido positivo obliga al trabajador a procurar el bien y la prosperidad de la empresa; advertir prontamente cualquier desperfecto, avisar o sugerir cuanto pueda contribuir al mejoramiento en la marcha de los trabajos, etc. En sentido negativo la fidelidad obliga al trabajador a no procurar el daño de la empresa: daño material por deterioros, sustracciones, etc.; daño económico o comercial, difundiendo sus secretos industriales, técnicas de trabajo, proporcionando a otras empresas informaciones, etc.; daño moral por la adopción de conductas que menoscaben el prestigio de la empresa, etc. Lo anterior implica el ejercicio de una causal de despido disciplinario (Art. 160 N°6)
- **Deber de diligencia y cuidado:** Implica que lo esperado por el empleador del trabajador es que haga los servicios por los cuales se obligó de forma diligente, es decir, debe hacerse con "aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios".
- **Deber de colaboración:** La prestación personal de servicios debe hacerse en forma más intensa cuando las necesidades de la empresa lo requieran, en especial cuando median situaciones de emergencia, períodos de mayor actividad, prestar auxilio en casos extraordinarios, etc.
- **Deber de lealtad:** El deber de lealtad está estrechamente vinculado con la confianza que se deposita en el trabajador, la cual se infringe cuando media un fraude o un abuso de confianza, en el entendido de que para su apreciación no es tanto lo que importa el monto del posible daño, sino la conducta antiética del trabajador. A modo de ejemplo, la abstención de competencia desleal es una típica obligación del trabajador como consecuencia de sus deberes de lealtad y también de fidelidad; es un deber negativo, una obligación de no hacer. El trabajador insertado en la empresa no debe hacer competencia a su entidad empleadora usando o abusando, mejor dicho, de su situación y conocimientos dentro de ella. Su quebrantamiento da lugar a ejercer una causal de despido (Art. 160 n°2)
- **Deber de confidencialidad o secreto profesional:** Corresponde a la obligación del trabajador de reserva con la información que se obtiene en la prestación de los servicios a los que está obligado.



MANIFESTACIÓN DEL EFECTO ÉTICO – JURÍDICO: DEBER DE SEGURIDAD EN EL TRABAJO Y PROTECCIÓN A LOS TRABAJADORES (LIBRO II DEL CDT).

Dentro del contenido ético – jurídico que implican los efectos del contrato de trabajo, se enmarca el deber de protección y seguridad en el trabajo, que es inherente al mismo, reflejado esencialmente en lo que trataremos a continuación:

PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD DEL TRABAJADOR (ARTS. 184 AL 193 CT): DEBER DE HIGIENE Y SEGURIDAD O “DEBER DE PROTECCIÓN”²⁴

Concepto

El precepto medular es el Artículo 184 del Código del Trabajo, que establece en sus incisos 1º y 2º:

Art. 184. *El empleador estará obligado a tomar 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 los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.*

Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica (...)

En términos similares se establece este deber de protección a la empresa principal y a la empresa usuaria de servicios transitorios, en los Artículos 183-E y 183-AB del Código del Trabajo.

Art. 183-E: *Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia (...)*

Art. 183-AB: *(...) No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N° 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar*

²⁴ Es necesario aclarar que por “deber de protección”, entenderemos que se refiere al deber de higiene y seguridad. Por otro lado, el “deber general de protección” es el concepto amplio que abarca prácticamente todos los demás deberes ético – jurídicos del empleador



respecto de sus trabajadores permanentes. Asimismo, deberá observar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 66 bis de la ley N° 16.744. (...)

Fundamentos del deber de protección

Este deber se fundamenta en la dignidad del trabajador y en especial a lo que respecta la “potestad de mando del empleador” (poder de dirección, poder disciplinario, *ius variandi*) pues si bien se reconoce al empleador el derecho a dirigir y organizar el trabajo en sus aspectos económicos y técnicos a partir de las garantías fundamentales del derecho de propiedad y en derecho a realizar cualquier actividad económica lícita, es él quien asume los riesgos del emprendimiento que significa la actividad laborativa, ya que al subordinarse el trabajador al empleador no sólo en términos jurídicos sino también en una dimensión económica y técnica, el trabajador se verá expuesto a sufrir los riesgos inherentes a la actividad laboral, de los cuales no puede por regla general evadirse puesto que tiene el deber de cumplir con el trabajo contratado; **en palabras sencillas, el empleador al crear la empresa y contratar a los trabajadores para su empresa, a su vez crea el riesgo y pone en riesgo a estos últimos**, por tanto, el deber de protección constituye una contrapartida a dicha potestad de mando, transformando al empleador no solo en el individuo que detenta y puede ejercer dicha potestad, sino que también en un deudor de protección –o de seguridad como se le conoce más habitualmente-, es decir, el deber de protección constituye una de sus principales obligaciones correlativas.

El “deber de protección” incumbe a tres ámbitos fundamentales: la protección de su capacidad laboral, la protección de su capacidad económica y la protección integral de su persona (vida, bienestar, dignidad e intimidad). En su acepción más estricta, si el empresario puede dar órdenes en cuanto al tiempo, lugar y modo de la prestación del trabajador, y estas órdenes han de ser obedecidas, puesto que de su incumplimiento puede derivar una sanción, le es exigible como deber procurar que no sean nocivas para el trabajador y que éste resulte indemne tras su cumplimiento.

Este deber no sólo integra la naturaleza del contrato, sino que se trata de un deber esencial y principal del mismo, cuya regulación no puede quedar entregada a la autonomía de las partes porque **comprende en general una serie de normas de derecho necesario, que derivan de la esencia de la relación laboral**. Ello explica por qué aun cuando no aparezca regulado en el propio texto del contrato, es un elemento que le pertenece, que es de su naturaleza por aplicación del Artículo 1546 de nuestro Código Civil.

Finalmente, los objetos de esta protección son la vida, la salud y la integridad física y psíquica del trabajador, que por cierto son garantías constitucionales establecidas en el n°1 del artículo 19 de la CPR.



¿Qué significa “Eficazmente”?

El diccionario de la Real Academia Española lo define como “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.”

Este concepto debe entenderse referido a la magnitud de responsabilidad y acuciosidad con que el empleador debe dar cumplimiento a su obligación de prevención y seguridad, es decir, no basta que el empleador adopte medidas, sino que es indispensable que estas sean eficaces, o sea que efectivamente a través de ellas se proteja la vida, salud e integridad física del trabajador. Por tanto, cuando no se cumpla con la obligación que exige el artículo 184, el empleador tendrá que responder por la no protección eficaz de la que era el sujeto obligado por la normativa legal.

Sin perjuicio de lo anterior, hay posturas diferentes que consideran que no es posible realizar un examen de previsibilidad de todos los daños o lesiones que puedan afectar a un trabajador, y menos garantizar que, aún tomando todos los resguardos necesarios, no se va a producir un accidente que afecte a un trabajador, por lo que el concepto “eficazmente” no señalaría un resultado, sino más bien que haya medios eficaces, dispuestos en atención a los riesgos a los que se expone el trabajador. En este sentido, la profesora María Cristina Gajardo Harboe indica que “(...) no estamos sosteniendo en ningún caso que el Artículo 184 del Código del Trabajo consagre una obligación de resultado, ya que no nos parece posible que el empleador pueda prever y resolver ex ante y en términos absolutos todos los riesgos que pudieran afectar a sus trabajadores. Esta norma debe ser interpretada y aplicada en su mérito, esto es, atendida la finalidad para la cual fue establecida, que no es otra que la de situar en el empleador el deber de seguridad respecto de los riesgos de su propia actividad, porque es él quien cuenta con las herramientas, los conocimientos y los recursos necesarios para realizar en el ámbito de sus operaciones, una eficaz labor preventiva de riesgos laborales”.

¿Que comprende el Deber de Protección (Art. 184 inc. 1 y 2)?

En cuanto a las **obligaciones generales del empleador** se encuentran:

- Primero, tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores a través de dos vías: (i) manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas y (ii) manteniendo los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales (art. 184, inc. 1º, CT).



- Segundo, deberá prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica (art. 184, inc. 2º, CT). La obligación específica se refiere a la necesaria mantención de sillas o asientos a disposición de los trabajadores en los establecimientos comerciales, como también en los industriales cuando las funciones que estos desempeñen lo permitan.
- Se excluyen los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima, en cuyo caso corresponden ser tratadas como prestaciones comunes y no a la protección por riesgos laborales. En este caso la prueba de que el accidente tiene tal origen le corresponde al empleador.

Sobre este deber de protección la Corte Suprema sostiene: "*...el artículo 184 del Código del Trabajo (...) establece el deber general de protección de la vida y salud de los trabajadores, impuesto por el legislador a los empleadores, en términos tales que el empleador es un deudor de seguridad a sus trabajadores y tal obligación de otorgar seguridad en el trabajo, bajo todos sus aspectos, es una de las manifestaciones de aquel deber general de protección ya citado, cuyo cabal e íntegro cumplimiento es de una trascendencia superior a la de una simple obligación a que se somete una de las partes de una convención y, evidentemente, constituye un principio que se encuentra incorporado a todo contrato, siendo un elemento de la esencia de estos y la importancia de su cumplimiento no queda entregada a la voluntad de las partes, sino que comprende una serie de pautas, cuyo contenido, forma y extensión se encuentran reguladas mediante normas de orden público*".

En cuanto a las **obligaciones específicas del empleador** dicen relación con las industrias o trabajos peligrosos e insalubres y el necesario certificado de aptitud de los trabajadores que se incorporen a dichas actividades (art. 185 y 186, CT), las normas que regirán el trabajo subterráneo (art. 189 CT) y la imposibilidad de exigencia y admisión a trabajadores en faenas consideradas superiores a sus fuerzas (art. 187 CT).

Respecto de esta norma se establecieron medidas específicas a través de Ley N° 20.001, de 2005, a fin de que se utilicen los medios adecuados para proteger la salud, no se permitirá cargas superiores a 50 kilos, la que disminuye a 20 kilos tratándose de mujeres y menores de 28 años y, en todo caso, se prohíbe la carga y descarga a mujeres embarazadas.

Asimismo, el empleador mantendrá el número suficiente de asientos o sillas a disposición de los dependientes o trabajadores.



Obligaciones del empleador (en relación a la “protección eficaz”)

1. Antes que se produzca el accidente de trabajo o la enfermedad profesional (preventivas)²⁵

- a. Afiliación al Seguro de Accidentes del Trabajo: Instituto de Salud Laboral (ISL) o Mutual de Seguridad correspondiente. Si el empleador nada dice, se entiende que los trabajadores pertenecer al primero.
- b. Pago de Cotización mensual básica y adicional diferenciada.
- c. Confeccionar los Reglamentos Internos de Orden, Higiene y Seguridad (10 o más trabajadores) o de Higiene y Seguridad y mantenerlos actualizados (siempre, sin importar cantidad de trabajadores).
- d. Contar con Comités Paritarios de Seguridad e Higiene en el Trabajo y con los Departamentos de Prevención de riesgos cuando corresponda: El Comité Paritario de Higiene y Seguridad (CPHS) es el organismo técnico de participación entre la empresa y trabajadores para detectar y evaluar los riesgos de accidentes y enfermedades profesionales. Los Comités Paritarios son obligatorios en toda empresa, faena, sucursal o agencia en que trabajen más de 25 personas y estarán compuestos por tres representantes de la empresa y tres representantes de los trabajadores (titulares). Por cada miembro titular se designará, además, otro en carácter de suplente²⁶. Las decisiones adoptadas en el ejercicio de las atribuciones que les encomienda la Ley N°16.744 serán obligatorias para la empresa y los trabajadores.

Los miembros de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad durarán dos años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos, y gozará de fuero, hasta el término de su mandato, uno de los representantes titulares de los trabajadores.

²⁵ Estas son todas aquellas que puede tomar el empleador para el resguardo de la vida y salud de sus trabajadores, para que no ocurran accidentes de trabajo y prevenir enfermedades profesionales

²⁶ Los objetivos del Comité Paritario son los de asesorar e instruir a los trabajadores para la correcta utilización de los instrumentos de protección, vigilar el cumplimiento tanto por parte de las empresas como de los trabajadores, de las medidas de prevención, higiene y seguridad; investigar las causas de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que se produzcan en la empresa; decidir si el accidente o la enfermedad profesional se debió a negligencia inexcusable del trabajador; indicar la adopción de todas las medidas de higiene y seguridad que sirvan para la prevención de los riesgos profesionales; cumplir con las demás funciones o misiones que le encomiende el organismo administrador del seguro (mutual de seguridad o Servicio de Salud), y, por último, promover la realización de cursos de adiestramiento destinados a la capacitación profesional de los trabajadores.



Por otra parte, en aquellas empresas mineras, industriales o comerciales que ocupen a más de 100 trabajadores será obligatoria la existencia de un Departamento de Prevención de Riesgos Profesionales, el que será dirigido por un experto en prevención, el cual formará parte, por derecho propio, de los Comités Paritarios. Es una dependencia que está a cargo de planificar, organizar, ejecutar y supervisar la prevención de riesgos y, además, efectuar acciones permanentes para evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

- e. Entregar a sus trabajadores los equipos e implementos de protección necesarios para el desarrollo de sus labores, no pudiendo en caso alguno cobrarlos.
- f. Derecho a saber: El artículo 21 del Decreto Supremo N° 40, de 1969, que aprobó el reglamento sobre prevención de riesgos profesionales, establece que los empleadores tienen la obligación de informar oportuna y convenientemente a todos sus trabajadores acerca de los riesgos que entrañan sus labores, de las medidas preventivas y de los métodos de trabajo correctos. Los riesgos son los inherentes a la actividad de cada empresa.

La norma legal establece que los empleadores deben dar cumplimiento a las obligaciones antes dichas a través de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad de los Departamentos de Prevención de Riesgos, al momento de contratar a los trabajadores o de crear actividades que implican riesgos²⁷. Cuando en la respectiva empresa no existan los Comités o los Departamentos precedentemente señalados, el empleador deberá proporcionar la información correspondiente en la forma que estime más conveniente y adecuada.

- g. Realizar todas las medidas prescritas por el Servicio, Mutual u Organismo Administrador Correspondiente, en Atención a la prevención de Accidentes del trabajo o Enfermedades Profesionales.
- h. Vigilar el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene de sus contratistas.

²⁷ Debemos tener claridad que es el empleador quien crea los riesgos de la empresa que maneja.



2. Durante (cuando se produce el accidente de trabajo o la enfermedad profesional)

- a. El empleador debe prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica, como, por ejemplo, tener medios para llevar al trabajador a un centro médico.

3. Después de producido el accidente de trabajo o la enfermedad profesional (Paliativas)²⁸

- a. Denuncia de Accidentes del Trabajo o Enfermedad Profesional (DIAT). De forma inmediata, el empleador deberá informar por escrito en una declaración individual y firmada al organismo administrador del seguro la ocurrencia de ese accidente, las consecuencias, etc.
- b. En caso de accidentes graves o fatales, el empleador, además de lo anterior, deberá informar inmediatamente a la Inspección del Trabajo y a la SEREMI de Salud.

Se dice que son accidentes graves o fatales cuando obligue a realizar maniobras de reanimación, de rescate, u ocurra por caída de altura más de 2 metros o provoque la amputación o pérdida de cualquier parte del cuerpo, o involucre un número de trabajadores que afecte el normal desarrollo de la faena.

- c. Suspender en forma inmediata las faenas afectadas y/o permitir evacuar a los trabajadores el lugar de trabajo.
- d. Realizar estadísticas acerca de la ocurrencia de accidentes y enfermedades profesionales en la empresa. Estas estadísticas tienen varias funciones, como fortalecer una cultura del autocuidado y de la seguridad, pero también cumple con una obligación legal para que en base a esta estadística se les pueda imponer una cotización adicional.

Sanciones por el incumplimiento del deber de protección

Este deber de protección tiene una naturaleza principalmente preventiva, independiente de que se haga cargo de las cuestiones que ocurren

²⁸ Aquellas que debe realizar el empleador por mandato legal para resolver un problema que ya ocurrió.



después de los accidentes. Este deber preventivo de protección deriva en un sistema de sanciones que se aplican a los empleadores cuando no cumplen con sus obligaciones.

1. Administrativas²⁹:

A partir de lo que señala el *Tipificador de hechos infraccionales y pauta para aplicar multas administrativas* de la Dirección del Trabajo, el empleador que incumpla con las medidas que exige el artículo 184, incurre en faltas gravísimas que serán sancionadas con multas que varían dependiendo del tamaño de la empresa, por ejemplo, si este no toma todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores o no mantiene las condiciones adecuadas de seguridad y salud laboral en las faenas, será sancionado con una multa que fluctúa entre 10, 40 o 60 UTM.

Por otro lado, como sanción administrativa, se señalan también los recargos en la cotización adicional que proceda, por incumplimiento de las medidas de prevención por parte del empleador.

2. Judiciales:

Los trabajadores que se han visto afectados por un accidente del trabajo o enfermedad profesional van a ser cubiertos por un **seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales**, que es legal, obligatorio y solidario (Ley 16.774).

Este seguro se encarga de cubrir el daño emergente (aquel daño directo, real y efectivo emanado del infortunio laboral) por medio de las prestaciones que entrega. Existen dudas del lucro cesante (pérdida de una expectativa cierta de obtener una ganancia, que el trabajador habría percibido de no ocurrir el hecho), aunque la tendencia de la Corte Suprema es a negar su cobertura, ya que ha indicado que el lucro cesante es la pérdida de ingresos provocada por el daño corporal, y su determinación supone asumir lo que habría ocurrido en el futuro de no haber acaecido el accidente, ante lo cual no puede determinarse el quantum de la ganancia exclusivamente en base a un juicio de probabilidades, que a veces suelen ser suposiciones antojadizas o aleatorias; lo cual implica que para su aceptación en juicio necesita prueba fundante y objetiva para demostrar la probabilidad razonable de la pérdida reclamada.

Por ello es que hoy la mayoría de las acciones indemnizatorias civiles que son conocidas por nuestros tribunales digan relación con la reparación del

²⁹ Por regla general, siempre suelen ser sanciones pecuniarias (multas)



daño moral³⁰, con la amplitud que ello conlleva, definido como la “*lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, o bien, como todo menoscabo no susceptible de evaluación pecuniaria*”. Civilistas como la profesora Carmen Domínguez Hidalgo conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma ‘física o psíquica’, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerado como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales.

Ahora bien, para hacer efectiva la responsabilidad contractual del empleador, la ley laboral en el artículo 420 letra f) establece la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo respecto de los juicios iniciados por el propio trabajador o sus causahabientes, en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad contractual del empleador por los daños producidos como consecuencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. Respecto de la responsabilidad extracontractual se seguirán las reglas del artículo 69 de la ley N° 16.744³¹, que contempla una acción civil para que la víctima y las demás personas que sufran el detrimento puedan perseguir las otras indemnizaciones a que tengan derecho, incluido el daño moral³².

Otras normas protectoras

Artículo 184 bis: Derecho al Abandono del Lugar de Trabajo

Conforme a lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo, el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para

³⁰ Recordemos que la indemnización del daño moral no persigue la reparación del daño causado – por ser imposible–, sino que busca otorgar a la víctima un valor de reemplazo que le permita acceder a satisfacciones que mitiguen, en la medida de lo razonable, el dolor o sufrimiento que envuelve el daño moral, es decir tiene una función compensatoria.

³¹ Artículo 69°.- Cuando, el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas:

- a) El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar, y
- b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.

³² En términos prácticos, esto quiere decir que los causahabientes en caso de demandar el daño moral fundando en el sufrimiento del trabajador víctima del accidente que le causó las lesiones que con posterioridad le provocaron la muerte, se demandará en sede laboral, pero en lo relativo al daño moral propio que sufran los causahabientes en virtud del fallecimiento de la víctima, se demandará en sede civil.



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 los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Vale decir la ley hace recaer en el empleador la responsabilidad de evitar la ocurrencia de accidentes del trabajo, adoptando las medidas necesarias para ese fin.

En ese contexto, el artículo 184 bis, constituye una aplicación más detallada de dicho deber de resguardo y, como es posible apreciar, establece nuevas obligaciones para los empleadores, en relación con adoptar las medidas preventivas ante situaciones de riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, que puedan sobrevenir en el lugar trabajo, esto es:

- (1) Informar a los trabajadores afectados, sobre el riesgo y las medidas para atenuarlo y,
- (2) En caso de que no se pueda atenuar, adoptar las medidas para la suspensión inmediata de la faena afectada y la evacuación de los trabajadores.

En este sentido, es el empleador, en primer término, quien deberá determinar, en los hechos, cuando exista una situación de riesgo grave e inminente a la vida o salud de sus trabajadores, detectar situaciones de riesgo, evaluarlas y en definitiva, proteger la vida y salud de sus trabajadores.

Sin embargo, interpretando las palabras en su sentido natural y obvio, se debiera tratar de situaciones en las que la probabilidad de generar un daño importante a la vida y salud del trabajador sea cierta y próxima o inmediata en el tiempo. En todo caso, como la norma no contiene una definición, correspondería a la Dirección del Trabajo generar una definición o, al menos, las condiciones que generan una situación de riesgo grave e inminente.

Una novedad de este artículo es que no sólo se ocupa de crear nuevas obligaciones preventivas, sino que va más allá, estableciendo un derecho para el trabajador, de interrumpir sus labores y, en caso necesario, abandonar el lugar de trabajo, cuando considere, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud, lo que deberá informar al empleador, para que éste lo comunique a la Inspección del Trabajo respectiva. Es necesario recordar que su aplicación concreta debe ser acorde con el principio de razonabilidad, en el sentido si el trabajador considera razonable continuar o no con su labor ante la existencia de peligro grave e inminente para su vida y salud.

De esta forma, la norma entrega al propio trabajador, la facultad de determinar, en un caso concreto, la interrupción de sus labores e incluso



abandonar su lugar de trabajo, si estima, razonablemente, que continuar realizándolas, conlleva un riesgo grave e inminente para su vida o salud. Es importante tener presente que el nuevo artículo incorporado, señala que el trabajador no podrá sufrir perjuicio o menoscabo alguno derivado de la adopción de las medidas señaladas en éste, pudiendo siempre ejercer la acción de tutela de derechos fundamentales (contenida en el Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo).

La norma analizada también se hace cargo de aquellas situaciones de emergencia, catástrofe o desastre, en las que una evacuación haya sido ordenada por la autoridad competente, estableciendo el deber del empleador de suspender las labores de forma inmediata y proceder a la evacuación de los trabajadores, señalando que la reanudación de las labores sólo podrá efectuarse cuando se garanticen condiciones seguras y adecuadas para la prestación de los servicios.

Como todas las materias de orden laboral, la Dirección del Trabajo se encuentra facultada para fiscalizar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo³³ Dos ejemplos claros de esto son, primeramente a raíz del estallido social de octubre de 2019 y por otro lado a partir de la pandemia de COVID-19, en que por un lado, muchos lugares de trabajo resultaron dañados a partir de los disturbios o resultaban ser focos de contagio por la aglomeración de trabajadores e incluso por el trayecto hacia los mismos; y por otro, miles de trabajadores que a su vez vivían en sectores altamente peligrosos para su integridad física y psíquica, lo que hizo que se vieran obligados a faltar a su trabajo por la situación de peligro imperante, la cual no pudo ser atenuada por el empleador, configurando una ausencia justificada sobre la que el empleador no podía ejercer la causal de terminación del contrato conocida como abandono de trabajo, ya que este artículo amparaba a los trabajadores.

³³ Cabe agregar que la aplicación de la nueva norma legal obligará en la práctica a las entidades empleadoras a establecer e implementar: a) Procedimientos para la adecuada y oportuna comunicación a los trabajadores de un riesgo grave e inminente para su vida o salud y las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo, estableciendo además los canales pertinentes que aseguren inmediatez en la entrega de la información. b) Procedimientos para la suspensión de las faenas afectadas, lo que deberá contemplar los aspectos técnicos necesarios, acordes a la naturaleza de la actividad que se desarrolle, en caso de que el riesgo no se pueda eliminar o atenuar y en caso de que la autoridad ordene la evacuación por una emergencia, catástrofe o desastre. c) Procedimientos para la evacuación de los trabajadores, de manera segura y ordenada, en las situaciones señaladas en la letra b) que antecede. d) Procedimientos y canales de comunicación para que el trabajador informe al empleador de la interrupción de sus labores y/o, abandono del lugar de trabajo. Del mismo modo, el empleador debe asegurarse de mantener informados a los trabajadores de los procedimientos y canales de comunicación antes señalados.



EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS

LA JORNADA DE TRABAJO.

Introducción:

El contrato de trabajo es de tracto sucesivo, es decir, los derechos y obligaciones que de él emanan se producen con el transcurso del tiempo. La ejecución del contrato impone obligaciones de contenido patrimonial para ambas partes; la principal de ellas tratándose del trabajador es la de prestar servicios en forma personal, para lo cual la ley ha establecido la regulación de la jornada de trabajo en el capítulo IV del Libro I, arts. 21 y sgtes. del Código del Trabajo, que es precisamente el medio a través del cual el trabajador realiza la prestación de sus servicios; es una forma de constatar dicha prestación por parte del trabajador, ya que, por ejemplo, el cumplimiento de un horario es un elemento objetivo que permite visualizar la concurrencia de subordinación y dependencia.

Desde antiguo existe la preocupación de limitar la jornada de trabajo, y la doctrina ha señalado que tal limitación tiene los siguientes fundamentos:

- a) De orden económico, que se centran sobre todo en la estimación de que una jornada mayor no corresponde a un más elevado rendimiento, sino que, por el contrario, éste alcanza un nivel óptimo y comienza a descender a partir de un determinado momento, ya que la fatiga crea en la relación jornada-rendimiento, una correspondencia inversamente proporcional.
- b) De carácter social y humano, que aconseja la necesaria limitación de la jornada, tanto para evitar las consecuencias negativas de un exceso de dedicación, como para favorecer las de tipo positivo que se ordenan en la conveniente y obligada disposición del trabajo preciso para el cumplimiento de deberes familiares y sociales.
- c) De orden espiritual, que atiende a la necesidad efectiva de un descanso razonable, como también a la utilización de un tiempo fuera de las horas laborales, para el adecuado desarrollo de los valores morales, culturales y religiosos del trabajador.
- d) De orden fisiológicos, que miran a los efectos del exceso de trabajo sobre el cuerpo humano, ocasionando la fatiga de éste y alteraciones en su organismo.
- e) De orden político y jurídico. En algunas ocasiones pueden introducirse limitaciones a la jornada de trabajo para dar



cumplimiento a aspiraciones u ofrecimientos de tipo político. Sin embargo, cualquier finalidad duradera en este sentido debe necesariamente ser consecuencia de objetivos generales respaldados por el derecho.

Jornada Activa

El CT, en su art. 21 la define como *“el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato”*

Es menester indicar que también se entenderá por jornada activa al tiempo destinado a cambio de ropa, uso elementos de protección y /o aseo personal (Ord. 2936/225, de 14.07.2000)

Jornada Pasiva

Inciso 2º *“se considera también el tiempo que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor por causas que no le son imputables”*

Requisitos de la Jornada Pasiva

- a) Que el trabajador se encuentre a disposición del empleador.
- b) Que su inactividad provenga de causas que no le sean imputables y
- c) Que dicha inactividad se produzca durante o dentro de la jornada de trabajo
- d) *Que no exista caso fortuito o fuerza mayor.* Este requisito fue agregado por la doctrina de la DT, la cual estableció en el dictamen N°569/6 de 11.02.2019 que la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor –siguiendo las mismas reglas que consagra el Código Civil- suspende las principales obligaciones que emanan del contrato de trabajo, por encontrarse impedidas las partes de cumplirlas, esto es, para el empleador la obligación de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada y para el trabajador la obligación de prestar los servicios para los que fue contratado, sin perjuicio de lo cual se requerirá de un análisis caso a caso para determinar la especiales circunstancias y efectos legales y contractuales concretos aplicables a cada relación laboral.



Este último requisito ha sido objeto de duros cuestionamientos, puesto que en la práctica la DT estaría actuando como legislador al exigir más requisitos de los ya consagrados en la ley, y por lo tanto extralimitando sus atribuciones de intérprete de la legislación laboral.

- Ejemplos de jornada pasiva: se cayó el sistema de internet en la empresa, se evacúa el edificio por aviso de bomba, mozo que está afuera del restaurante esperando a captar clientes, trabajadores del campo no pueden laborar por las lluvias, etc.

Si el contrato nada dice aplica la regla general del CT que son 45 hrs semanales.

Algunos casos Problemáticos

- Charlas de seguridad: actividad es propia de un acto preparatorio, que permite precisamente dar inicio al trabajo, y constituyen obligaciones vinculadas directamente al proceso productivo de la empresa y, por ende, a la prestación de los servicios, lo que se explica por la necesidad de dar cumplimiento a las condiciones de seguridad en el trabajo exigidas por la legislación laboral vigente.

Cada trabajador que presta un servicio y está expuesto a riesgos, el empleador previo a ejecutarlos debe capacitarlo, dando una charla de seguridad. Esas capacitaciones tienen lugar antes que se presten los servicios, esto porque es una actividad que tiene relación directa con las labores que desempeña el trabajador.

La obligación de ir a capacitaciones está vinculada a las jornadas de trabajo. Por lo tanto, se está dentro de la jornada, es obligatoria; pero si no está dentro de la jornada, pasa a ser opción para el trabajador.

- Tiempos de Traslado:
 - i. Extra empresa: no constituyen jornada de trabajo.
 - ii. Intra empresa: Constituyen jornada de trabajo.

Indica la DT que de acuerdo con lo dispuesto por el actual artículo 21 del Código del Trabajo, la jornada de trabajo se inicia desde el preciso momento en que los dependientes están a disposición del empleador y, esto último, acontece desde el instante en que llegan a su lugar de trabajo o faena, por lo que jurídicamente no es posible considerar como trabajado el lapso utilizado para ir y volver a las faenas, aun cuando ese traslado se realice por medio proporcionado por la misma empresa empleadora.



A su vez, los tiempos de desplazamiento que utilicen los trabajadores para dirigirse a su lugar de trabajo y para regresar a su vivienda, no forman parte de la jornada de trabajo, ya que no se encuentran prestando efectivamente los servicios para los que fueron contratados, sin perjuicio que el medio de traslado sea proporcionado por la empresa (Ordinario N°5556, de 31.10.2018).

Caso típico en la minería: antes de cumplir los servicios deben los trabajadores llegar a las casas de cambio, donde se ponen su vestimenta, una vez en la casa de cambio toman buses al lugar donde prestan los servicios (etapa previa). Ese tiempo de traslado si es Intra Empresa constituye jornada de trabajo, como el caso expuesto.

Pero en los casos de Extra Empresa, es decir, el tiempo que se demora un trabajador en llegar desde los dormitorios de la empresa a la casa de cambio, o desde su hogar al trabajo no constituye jornada de trabajo.

- Cambios de Vestuario: Por regla general, el tiempo destinado a cambiarse de vestuario al inicio y/o término de la jornada diaria no constituye parte de la misma, toda vez que durante dicho lapso el trabajador no se encuentra prestando los servicios propios o específicos para los cuales fue contratado. Sin embargo, la doctrina de la Dirección del Trabajo, contenida en dictamen 2936/0225 de 14/07/2000, ha señalado que el tiempo destinado al cambio de vestuario, uso de elementos de protección y/o aseo personal constituirá jornada de trabajo cuando:

a) El desarrollo de la labor convenida requiera necesariamente el uso de una indumentaria especial, elementos de protección personal y/o aseo o ducha una vez finalizada, por razones de higiene y seguridad.

b) El uso de tales implementos y/o el aseo personal, obedezca a una obligación consignada en el reglamento interno de la empresa, y

c) El uso de una indumentaria especial sea exigido por el empleador por razones de imagen corporativa, atención al público, requerimiento de clientes, etc

En lugares habilitados para ellos (casa de cambio)

Que cambio de vestuario suponga la utilización de un tiempo apreciable (no se aplica a uso de cascos, guantes, anteojos, protectores).

Que exista continuidad temporal entre el cambio de vestuario y jornada de trabajo.



Tales actividades constituyen actos o acciones preparatorias, es decir, aquellas que permiten dar inicio al proceso productivo respectivo y la prestación de servicios del trabajador que, de no mediar, no se podría realizar la actividad ni producirse en forma que se satisfagan los estándares de seguridad e higiene que exige el ordenamiento jurídico vigente. Señalamos además que la jurisprudencia administrativa de la DT agrega que, por su carácter de acciones preparatorias de la prestación de servicios, debe existir una continuidad temporal o cronológica entre tales actos y la prestación laboral misma.

Clasificación de la jornada:

Primeramente, puede ser convencional o legal;

- **Convencional:** es la que se pactó en el contrato, que no puede ser mayor a la que señala la ley.
- **Legal:** no puede ser superior a 45 hrs semanales.

El legislador después de definir la jornada, la clasifica en *ordinaria* y *extraordinaria*:

- **Ordinaria:** el primer efecto que produce es que da **derecho al ingreso mínimo mensual**. Esta a su vez puede ser;

Jornada Máxima Normal (Regla general): En lo referido a su duración, el artículo 22 del Código del Trabajo inciso primero indica que *“la duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales”*. Por su parte el inciso primero del Art. 28 señala que *“el máximo semanal establecido en el inciso primero del artículo 22 no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días*.

El inciso segundo del mencionado artículo señala que *“en ningún caso la jornada ordinaria podrá exceder de diez horas por día, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 38”*

Excepción: Excluidos de la limitación de jornada de trabajo

Siguiendo a los profesores William Thayer y Patricio Novoa, lo que explica su regulación se debe a dos razones:

- a) Tratarse de trabajadores que, aunque ligados por el vínculo de subordinación con el empleador, prestan servicios con un alto grado de independencia, por lo cual la aplicación de las normas



sobre limitación horaria se tornaría difícilísima o imposible, por tanto, pueden trabajar menos de las 45 horas semanales o sobre ese límite, entregado ello más a su propia y libre determinación que a una indicación, en un sentido u otro, de la entidad empleadora.

- b) Trátase de personal superior, de dirección o confianza, al cual le incumbe la responsabilidad sobre la marcha de la empresa, todo lo cual podría quedar interferido por la aplicación de estas normas. El horario de trabajo de estas personas se condiciona por otros factores y, desde luego, por la obligación de trabajar más de las 45 horas semanales en tanto las circunstancias lo hagan preciso.

El inciso segundo del art. 22 del CT indica que quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo:

- Los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores. el legislador tuvo presente que quien está ligado por dos o más contratos de trabajo simultáneamente con distintos empleadores, realizará labores que, sumadas todas ellas, excederán las 45 horas semanales.
- Los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración. Es gerente aquel que tiene el control y gestión de la empresa, es administrador aquel que toma decisiones en la administración de la empresa, como, por ejemplo, selecciona y despide personal, y es apoderado con facultades de administración aquel que tiene facultades para representar al empleador y capacidad para ejecutar actos de disposición jurídica o material que vinculen directamente a la empresa.
- Aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata. La DT ha señalado que “existe fiscalización superior inmediata cuando concurren los siguientes requisitos copulativamente:
 - a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados.
 - b) Que esta supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento, y
 - c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito éste que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor”.



Conforme a lo anterior, debe concluirse necesariamente que los dependientes que trabajan sin fiscalizaciones superiores inmediatas (y por tanto excluidos de limitación de jornada de trabajo) son aquellos respecto de los cuales no concurren todos o algunos de los requisitos precedentemente transcritos, circunstancia esta que debe analizarse en cada caso particular. (Dictamen DT N°5268/309, de 18.10.1999)

- Los contratados de acuerdo con el Código del Trabajo para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos. Estos son los "trabajadores a domicilio". Estos dependientes, habida cuenta de la forma como prestan sus servicios, obviamente tienen la independencia necesaria para determinar por sí mismos el período de tiempo durante el cual efectuarán sus labores.
- Los agentes comisionistas o de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento. Aquí la exclusión se explica debido a la independencia con que actúan estos trabajadores, lo que prácticamente impide la fiscalización superior inmediata, porque presta servicios fuera de las dependencias de la empresa.
- Los que se desempeñan a bordo de naves pesqueras. Aquí debe encontrarse el fundamento de la exclusión en la especial peculiaridad y características de la forma de prestación de servicios de estos dependientes.
- Los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones. Es lo que se denomina el teletrabajo, es decir, "se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios".
- La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo".



Efectos respecto de estos trabajadores:

- No están obligados a registrar asistencia.
- No generan horas extraordinarias.
- No están afectos al sueldo base, pues tiene como requisito esencial *la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo*.

Es necesario advertir que la obligación de pagar un sueldo base equivalente a un ingreso mínimo mensual solo resulta atinente a relaciones laborales en que se exija el cumplimiento de una jornada ordinaria de trabajo, sea ésta total o parcial, por tanto, la norma contenida en la letra a) del artículo 42 referente al sueldo, no rige respecto de aquellos trabajadores excluidos de la limitación de jornada en conformidad al inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo.

Sin embargo, **esto no priva a los trabajadores excluidos de jornada de su derecho a recibir remuneración a lo menos conforme al valor del IMM vigente**, en consideración a que el **IMM sólo constituye una referencia legal mínima**, por lo cual, la remuneración mensual total percibida no puede ser inferior al valor asignado por la ley al ingreso mínimo mensual.

Contraexcepción: Presunción de existencia de jornada de Trabajo (Art. 42 letra A)

El artículo 42 letra a) -que nos entrega el concepto de sueldo- indica expresamente que se encuentran exceptuados de recibir sueldo los trabajadores exentos de limitación de jornada. Sin embargo, el mismo artículo establece una contraexcepción e indica que un trabajador, sin perjuicio que se encuentre exento de limitación de jornada, se presumirá que está sujeto a jornada ordinaria de trabajo, y por lo tanto también tendrá derecho a prestaciones como el sueldo u horas extras, cuando:

1. Debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores (Registro de asistencia).
2. El empleador efectuare descuentos por atrasos.
3. El empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollan las labores (fiscalización superior inmediata).

No existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de



desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador.

Jornada Ordinaria Especial (Art. 25 CT). Se le llama “especial” porque si bien tendrían distribución distinta, de todas maneras, serán 45 hrs en la sumatoria semanal.

Aplicabilidad:

- Choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana.
- Choferes y auxiliares de servicios interurbanos de transportes
- Personal que se desempeña a bordo de ferrocarriles (25 Ter)
 - Duración: *La jornada ordinaria de trabajo (...) será de ciento ochenta horas mensuales.*
 - *El tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada. Hay casos en que no hace nada pero si está a disposición.*
 - *Su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes.*

Jornada Larga: Art. 27 CT.

Aplicabilidad: Personal de hoteles, restaurantes o clubes. Excepción Personal administrativo, lavandería, lencería, cocina.

Jornada Diaria: *los trabajadores a que se refiere este artículo no podrán permanecer más de 12 horas diarias en el lugar de trabajo y tendrán, dentro de esta jornada, un descanso no inferior a una hora, imputable a dicha jornada, por lo tanto considera a la colación como parte de la jornada.*

Requisitos:

- *Movimiento diario notoriamente escaso. Si bien el trabajador estará 12 hrs a disposición, no estará todas las veces ejerciendo 12 hrs.*
- *Trabajadores permanezcan constantemente a disposición del público.*

Distribución: *El desempeño de la jornada que establece este artículo sólo se podrá distribuir hasta por un máximo de cinco días a la semana.*



Jornada de la Trabajadora de Casa Particular

- *Vive en casa empleador:* No estarán sujetos a horario, sino que este será determinado por la naturaleza de su labor, debiendo tener normalmente un descanso absoluto mínimo de 12 horas diarias. Entre el término de la jornada diaria y el inicio de la siguiente, el descanso será ininterrumpido y, normalmente, de un mínimo de 9 horas. El exceso podrá fraccionarse durante la jornada y en él se entenderá incluido el lapso destinado a las comidas del trabajador.
- *No vive en casa empleador:* jornada diaria máxima de 45 horas semanales.

Jornada Parcial (Art. 40 bis y ss): en un afán por flexibilizar el restrictivo sistema de horario, se agrega esta jornada parcial. Un objetivo era a traer a aquellos que estén fuera del mercado formal, y que haya distintas formas de prestación de servicios.

- *Concepto: Jornada que no excede de los dos tercios de la jornada ordinaria máxima prevista en el art.22 (Desde el 1° de enero de 2005 no podrá superar las 30 horas semanales.)* La ley le agregó una serie de requisitos:
 - Tiene que ser continua: no puedo hacer una jornada en que la mañana tengo 3 horas, después 6 libres, y otras 3 en la tarde (hasta completar las 30 en la semana) La idea es proteger al trabajador, de la posibilidad de dejarlo 4 horas sin trabajar, ya que no le permitía volver a su casa, siendo un “trabajo muerto”.
 - No puede modificar extensión, si la distribución. Pueden cambiar de distribución múltiples veces (un calendario en que un día trabaje 4, otro 6, otro 8, etc.) si se pactó 10 formas distintas de jornada parcial pero usan 4, solo estas 4 son las válidas.
- Duración Diaria e interrupción: *La jornada ordinaria diaria deberá ser continua y no podrá exceder de las 10 horas, pudiendo interrumpirse por un lapso no inferior a media hora ni superior a una hora para la colación.*
- Convención de horas extras: *En los contratos a tiempo parcial se permitirá el pacto de horas extraordinarias. La base de cálculo para el pago de dichas horas extraordinarias no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual que determina la ley, calculado proporcionalmente a la cantidad de horas pactadas como jornada ordinaria*



- o Alternativas de Distribución: *Las partes podrán pactar alternativas de distribución de jornada. En este caso, el empleador, con una antelación mínima de una semana, estará facultado para determinar entre una de las alternativas pactadas, la que regirá en la semana o período superior siguiente.*
- Deben convenirse en el respectivo contrato de trabajo, o en un anexo que forme parte integrante del mismo.
- El número de alternativas queda limitado por el cumplimiento del empleador de la obligación de dar certeza y seguridad a la respectiva relación laboral.
- o Indemnización por años de servicio: *Para los efectos del cálculo de la indemnización que pudiere corresponderle al trabajador al momento del término de sus servicios, se entenderá por última remuneración el promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o de los últimos once años del mismo, reajustadas según IPC. Con todo, si la indemnización que le correspondiere por aplicación del artículo 163 fuere superior, se le aplicará ésta.*
- o Feriado de 15 días hábiles, pero con remuneración que se percibe en régimen de jornada parcial: *La Dirección del Trabajo ha dicho sobre este punto que en materia de feriado anual, considerando que el Párrafo 5° en comento no contiene normas especiales sobre la materia, son aplicables las normas generales que al efecto contemplan los artículos 66 y siguientes del Código del Trabajo.*

Es del caso precisar al respecto que estos trabajadores, al igual que los dependientes con jornada completa, tienen derecho a quince días hábiles de feriado anual con remuneración íntegra, contabilizándose tales días de la misma forma que aquellos, esto es, de lunes a viernes, agregando los días sábados, domingo y festivos que incidan en el período de descanso, careciendo de relevancia para los efectos del cómputo del beneficio en comento la circunstancia de que puedan encontrarse sujetos a una jornada distribuida en menos de cinco días a la semana.

A vía de ejemplo, en el caso de un trabajador con una jornada distribuida en tres días a la semana, se deben contabilizar los quince días, igualmente de lunes a viernes, correspondiéndole un total de tres semanas, si su feriado se hace efectivo a contar de un día lunes (ORD N°5522 de 15.11.2017).

Un problema de rigidez que ha tenido esta jornada es que la ley dice 2/3, lo cual implica entender 2/3 del salario mínimo. Pero aparecen muchas jornadas de 33, 34, 38 horas, etc., ¿Cuánto corresponde pagarle?



El Dictamen N° N°549/12, de 03.02.2009 ha indicado al respecto que “en conformidad a lo previsto en el artículo 40 bis del Código del Trabajo, se pueden pactar contratos de trabajo con jornada a tiempo parcial, considerándose como tal aquellos en que se ha convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a que se refiere el artículo 22 del mismo cuerpo legal, es decir, de hasta 30 horas semanales, de esta suerte, todos aquellos contratos en que se pacte una jornada de 30 horas o menos, son considerados contratos con jornada a tiempo parcial y afectos, por lo tanto, a la normativa del Párrafo 5°, Capítulo IV, Libro I del Código del Trabajo

Cabe destacar, en todo caso, que conforme lo establece el inciso 1 ° del artículo 40 bis B del mismo cuerpo legal, los trabajadores a tiempo parcial gozan de todos los demás derechos que contempla dicho Código para los trabajadores a tiempo completo, lo que significa, en otros términos, que a estos dependientes les son aplicables todas las reglas generales contenidas en él, excepto en aquellas materias que se encuentran especialmente reguladas por el Párrafo 5° aludido.

Por su parte, aquellos contratos en que se pacte una jornada superior a 30 horas e inferior o igual a 45 horas semanales, que es la máxima ordinaria permitida, son contratos que se rigen en todas las materias, por las reglas generales contenidas en el cuerpo legal señalado.” Por tanto a estos trabajadores se les debe pagar Ingreso Mínimo Mensual completo.

Caso especial: Jornada Parcial Alternativa de Estudiantes Trabajadores

Definición: Consiste en la posibilidad de pactar una jornada parcial alternativa y de descanso entre el empleador y el estudiante trabajador. Se enmarca en las normas sobre contratos de trabajo con jornada a tiempo parcial, que son aquellas no superiores a dos tercios de la jornada ordinaria (45 horas semanales).

Qué entiende la ley por estudiante trabajador: Es toda persona que tenga entre 18 y 24 años de edad inclusive, que se encuentre cursando estudios regulares o en proceso de titulación en una institución de educación superior universitaria, profesional o técnica reconocida por el Estado o en entidades ejecutoras de programas de nivelación de estudios. Si el estudiante trabajador deja de cumplir estos requisitos, se aplicarán las normas generales del CdT, debiendo informar de inmediato al empleador sobre los cambios en su calidad de estudiante.

Acreditación de la calidad de alumno: debe quedar acreditada la condición de alumno regular o en proceso de titulación dentro del plazo legal para la firma del contrato de trabajo (15 días desde la incorporación



del trabajador). La acreditación debe hacerse mediante certificado emitido por la institución educacional, dentro de plazo de 3 días de solicitado. El certificado deberá anexarse al contrato individual de trabajo, se considerará como parte integrante del mismo y deberá mantenerse en un registro especial que, para estos efectos, llevará el empleador. Igual certificación deberá acompañarse cada 6 meses, mientras subsista la relación laboral.

Jornada de trabajo: La jornada diaria de los estudiantes trabajadores será continua. Las partes podrán pactar sólo una interrupción diaria, la que en ningún caso podrá afectar el derecho a colación, y que deberá ser concordante con el horario académico del estudiante. Se justificará anexando el horario de estudios en el contrato de trabajo.

Entre el inicio y el término de la jornada diaria no podrán transcurrir más de doce horas, sumados los períodos trabajados, en jornada ordinaria y extraordinaria, más la interrupción pactada. Las horas efectivamente trabajadas no podrán ser superiores a diez horas diarias.

Cobertura del Seguro de Accidentes de Trabajo: de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 16.744, y tratándose de estudiantes trabajadores regidos por la presente jornada, se entenderá que son accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre el establecimiento educacional y el lugar de trabajo.

Permiso para rendir exámenes: El estudiante trabajador tendrá derecho a un permiso sin goce de remuneración con ocasión de rendir sus exámenes académicos. Para ejercer este derecho, el estudiante trabajador deberá informar al empleador, por escrito, con al menos 7 días corridos de anticipación, la forma en que hará uso del permiso para efectos de rendir dichos exámenes.

Pactos especiales durante el periodo de vacaciones: En períodos de vacaciones académicas el empleador con el joven podrá acordar por escrito:

1. Mantener la prestación de servicios sin cambios.
2. Suspender el contrato de trabajo. En este caso, se entenderá vigente la relación laboral, pero suspendida la obligación del trabajador de prestar servicios y la obligación del empleador de pagar cualquier remuneración que tenga su origen en el contrato de trabajo, salvo aquellas que se deban con anterioridad a la suspensión.
3. Pactar una jornada de trabajo ordinaria.



Estudiantes trabajadores que son cargas familiares:

Pueden optar por:

1. Adquirir la calidad de cotizantes del régimen de prestaciones de salud, en cuyo caso el empleador deberá pagar las cotizaciones de salud.
2. Mantener la calidad de beneficiario con aporte en la institución de salud previsional en la cual sea carga. En este caso, el empleador deberá pagar las cotizaciones de salud del estudiante trabajador a la institución de salud previsional respectiva. La institución de salud previsional deberá reconocer y mantener la calidad de beneficiario con aporte del estudiante trabajador.

Empresas impedidas de pactar esta jornada: aquellas que durante el año calendario anterior registren accidentes graves o fatales en los que el empleador hubiere sido condenado por culpa o negligencia.

Remuneraciones percibidas por el estudiante trabajador para efectos de la determinación de su situación socioeconómica: Para efectos del acceso a sistemas de financiamiento de estudios superiores, ya sea becas, créditos fiscales, subsidios, créditos con garantía del Estado, gratuidad en la educación superior o beneficios estatales, actuales o futuros, no se considerará como renta la remuneración percibida por el estudiante trabajador mientras se cumplan los requisitos para estar adscrito a esta modalidad. Con esto, dejando el trabajador de cumplir los requisitos de la letra a) del nuevo artículo 40 bis E del Código del Trabajo, las remuneraciones que éste perciba serán consideradas como renta para los efectos de la determinación de su nivel socioeconómico o la de su grupo familiar para los referidos accesos a sistemas de financiamiento de la educación superior.

Jornadas Especiales: se refiere solo a la jornada (no trabajo), como por ejemplo;

- **Art. 23:** Los trabajadores a bordo de naves pesqueras.
- **Art 23 bis:** caso de nave perdida por naufragio.
- **Art 24:** trabajadores de tiendas en época de navidad.
- **Art. 25:** de los choferes interurbanos; estos tienen 183 horas mensuales (no se contabiliza por semana, sino por mes) tienen un máximo de 5 horas de conducción, 2 de descanso, y 8 horas de descanso ininterrumpido cada 24 horas cuando llegan al (complicando el cómputo de ese descanso -si es desde que se acuesta, o desde que sale del terminal-).



- **Art. 25 bis:** choferes de vehículos de carga terrestre interurbana.
- **Art 25 ter:** los trabajadores que se desempeñen como parte de la tripulación a bordo de ferrocarriles.
- **Art. 26:** choferes urbanos (8 horas de trabajo)
- **Art. 26 bis:** jornada del chofer de transporte rural.

Excepciones a la distribución de la jornada ordinaria

- Sistemas excepcionales de distribución de jornada de trabajo y descansos.
 - **Concepto:** Son aquellos autorizados por el Director del Trabajo mediante resolución fundada, en uso de las facultades que le otorga la ley.
 - **Requisitos**
 - Imposibilidad de aplicar la normativa general establecida en el art.38, atendidas las especiales características de la prestación de servicios.
 - Acuerdo expreso de los trabajadores. Se distingue de si en la empresa existen o no sindicatos. En el primer caso, si los trabajadores que estarán afectos al sistema especial forman parte de la organización sindical, el empleador requiere la aprobación de la directiva del sindicato. Si en la empresa no hay sindicato, el empleador requiere una autorización expresa e individual, lo mismo para los trabajadores que no están formalmente afiliados a la organización sindical.
 - Si se hubiere constatado mediante fiscalización, que las condiciones de higiene y seguridad compatibles con el sistema solicitado. Esto significa que todas las empresas deben garantizar al trabajador una efectiva protección de la vida, salud, frente a la labor que desempeñará, por lo que la empresa debe prestar los instrumentos o utensilios necesarios para no afectarlo. Si el trabajador pernocta en el lugar de prestación de servicios, debe disponer de las condiciones para que el trabajador lo haga dignamente, lo cual es fiscalizado por la DT.
 - **Vigencia de la Resolución:** La vigencia de la resolución será por el plazo de hasta tres años. No obstante, el Director del Trabajo podrá renovarla si se verifica que los requisitos que justificaron su otorgamiento se mantienen.



- **Excepción:** Tratándose de ejecución de una obra o faena determinada, la vigencia de la resolución no podrá exceder el plazo de ejecución de las mismas, con un máximo de hasta tres años.

Sin embargo, la realidad ha mostrado que estos casos calificados no tienen un carácter excepcional y la Dirección autoriza normalmente jornadas especiales (4 x 4, 7 x 7, 10 x 5, 20 x 10 y tantas otras). Las exigencias del funcionamiento de las empresas, en especial mineras y forestales, lo han hecho necesario y, a la vez, se ha advertido en esta práctica una forma más flexible del cumplimiento de la jornada de trabajo. A la vez ha tenido en cuenta la opinión y el interés de las partes

- Jornadas bisemanales de trabajo.
 - **Concepto:** Es aquella que convienen las partes cuando la prestación de servicios deba prestarse en lugares apartados de centros urbanos, y consiste en laborar hasta dos semanas ininterrumpidas, al término de las cuales se deben otorgar los días de descanso compensatorio de los días domingo o festivos que hayan tenido lugar en dicho período, aumentados en uno.
 - El mínimo de jornada bisemanal será de 10 días y el máximo de 12 días, en virtud de los términos que indica el artículo 28 respecto del máximo semanal de la jornada según el artículo 22 del CdT, es decir “(...) no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días”
 - Requisitos
 - El servicio debe prestarse en un **sector apartado de centros urbanos**. De acuerdo a la DT son aquellos distantes, alejados o remotos de ciudades, consideradas éstas en su sentido natural y obvio, como básicamente, un conjunto de edificios o calles dotadas de una población densa y numerosa (**Ord. 2022/ 123 de 1.07.2002**).
 - Para aplicar la jornada bisemanal **los trabajadores** no deben estar en condiciones de trasladarse diariamente a su lugar de residencia, debiendo **pernoctar en el lugar de trabajo**, puesto que sólo en dicho caso se está en presencia de la imposibilidad de aplicar las reglas generales de jornada de trabajo (**Ord. 5547/263, de 26.12.2003**).



Extensión de la Jornada Ordinaria (Art 29 CT) Procedencia

La jornada ordinaria de trabajo se puede extender para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, en los siguientes casos:

- Cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito
- Cuando deban impedirse accidentes
- Cuando deban efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

En esos casos se puede prolongar la jornada ordinaria y la distribución diaria de la misma.

Fundamento

La jornada laboral extendida a que se refiere el artículo 29 del Código del Trabajo, fue concebida por el legislador como una eventual prolongación de la jornada de trabajo, en términos de que exista continuidad entre ésta y el exceso de tiempo trabajado, debiendo invocarse en el mismo momento en que se produzca la contingencia que la justifica

Máximo de horas: No existe

- Está determinado por el tiempo que sea indispensable para evitar perjuicio en la marcha normal del establecimiento o faena. Por ejemplo, hasta que la maquinaria se arregle, pues apunta a un caso excesivamente excepcional.
- Las horas trabajadas en exceso se pagan como extraordinarias. Independiente cuantas sean, se pagan como hora extraordinaria, o sea con recargo de 50%, pej si la hora ordinaria vale 100, la hora extraordinaria vale 150.
 - **Jornada Extraordinaria** (se refiere a las horas extra): **Art 30 y ss CT**
Concepto (art. 30)

Art. 30 CT. *“Se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor”.*

No revisten tal carácter las trabajadas en compensación de un permiso, siempre que dicha compensación haya sido solicitada por escrito por el trabajador y autorizada por el empleador.

Las horas extraordinarias son de naturaleza convencional, extraordinaria y temporal; es decir, deben ser pactadas por las partes, estar fundadas en



razones temporales de la empresa y no ser de naturaleza permanente, por lo tanto, lo que debe evitarse es la vocación de permanencia de las situaciones que se entienden “temporales en la empresa”.

Importante: **Cómputo semanal:** se determinan en relación a la jornada semanal que han pactado las partes, es decir, como distribuyen semanalmente las 45 horas semanales (máximo legal) o la jornada menor que han pactado (por ejemplo, si se ha pactado una jornada semanal de 32 horas serán extraordinarias las que sobrepasen ese número), no en forma diaria, pues puede pasar que se establezca una extensión determinada de la jornada diaria, pero el tiempo usado en un día se va a utilizar para compensar el de la jornada del día siguiente sin necesariamente ser superior al máximo establecido. Entonces, si la jornada de trabajo es de 45 hrs. distribuidas en 5 días (9 hrs. diarias), si un día se laboran 10 hrs. y otro 8 hrs., no hay jornada extraordinaria, ya que la suma sigue siendo de 45 hrs. Semanales.

Requisitos de fondo del trabajo extraordinario:

- **Excepcionalidad:** debe tratarse de **situaciones o necesidades temporales de la empresa.** Deben entenderse por tales “todas aquellas circunstancias que no siendo permanentes en la actividad productiva de la empresa y derivando de sucesos o acontecimientos ocasionales o de factores que no sea posible evitar, impliquen una mayor demanda de trabajo en un lapso determinado (Ord. 332/23, de 30.01.2002).

Las razones que se exponen esencialmente recaen en que puede haber un posible encubrimiento de jornada ordinaria. Además, es más barato pagar horas extra que contratar.

- **Faenas que no perjudiquen la salud del trabajador.** La Inspección del Trabajo de oficio o a petición de parte puede prohibir el trabajo en horas extraordinarias en faenas que por su naturaleza sean perjudiciales para la salud del trabajador

Al legislador no le gusta la hora extraordinaria y busca todas las alternativas para deshabilitarla. El fundamento es;

- ✓ Cuidar la salud del trabajador,
- ✓ Que el trabajador tenga vida familiar,
- ✓ Que el empleador no evite que se contrate a otro y tome otro turno, haciendo que trabajen más los que ya tengan.



La ley exige voluntad del trabajador para hacer horas extraordinarias, un pacto por escrito y que haya necesidad o situaciones particulares que permitan a los trabajadores trabajar demás, sin perjuicio de que la salud se resienta.

Se rebate hasta qué punto puede limitarse la autonomía de la voluntad por la ley. El problema es que es difícil de fiscalizar, por lo tanto, ha pasado a cuestionarse por qué se limitan tanto si nadie las revisa. Además, son muy deseadas por el pago que recibe.

Requisitos de forma del trabajo extraordinario

- **Pacto escrito limitado:** El pacto debe constar por escrito y tener una vigencia transitoria no superior a 3 meses, renovable por acuerdo de las partes. Es decir, va en un anexo del contrato de trabajo.

Se admiten pactos genéricos o en las oportunidades precisas, es decir, ir pactando cada vez que se va a trabajar horas extraordinarias. Recordemos que las horas extraordinarias sólo podrán pactarse para entender necesidades o situaciones temporales en la empresa.

- **Límite de renovaciones:** Si bien es renovable por acuerdo de las partes, queda condicionado a la mantención de las necesidades o situaciones de carácter temporal. Esto es el fundamento del pacto, que obliga a mantenerlo y que determina su contenido.
- **Falta de pacto o no pactarlas de forma permanente:** constituye una infracción y el artículo 32 del Código del trabajo señala que, no obstante, la falta de pacto escrito, se considerarán extraordinarias las que se trabajen en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador. Solo basta que el trabajador pueda acreditar que trabajó en exceso de su jornada y que el empleador lo supo o no pudo menos que saberlo. Si el pacto no existe, el empleador debe pagar el exceso y además soportar la sanción de la DT.

Límite de Trabajo Extraordinario

- De acuerdo con la ley el máximo de horas extraordinarias que pueden laborarse son 2 por día, a continuación de la jornada ordinaria. Sin embargo, respecto de las jornadas que se distribuyen en 5 días, se reconoce la posibilidad de hacer uso de una especie de "banco de horas". De acuerdo a la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo se pueden laborar 12 horas a la semana, de suerte tal que si la jornada se distribuye en 5 días, el sobretiempo que podrá laborarse el 6º día será el saldo que reste para completar las aludidas 12, no pudiendo exceder de 7.5 horas. (**Ord. 1673/ 103, de 05.06.2002**).



La DT ha indicado sobre este límite que “(...) para el evento que en los cinco días en que se distribuye la jornada ordinaria de trabajo no se laboren horas extraordinarias, en el sexto día se laboren las 12 horas que aún restan para completar el límite semanal aludido, produciéndose así una situación anómala y no deseada, en cuanto se estaría laborando en el sexto día más horas, en este caso extraordinarias, que en la jornada diaria ordinaria. Por esta razón, y teniendo en cuenta el carácter complementario de la jornada extraordinaria respecto de la ordinaria, se hace necesario compatibilizar el límite diario a que es posible laborar horas extraordinarias en el sexto día con el número de días en que el trabajador estará realizando labores, esto es, 6 días, siendo razonable en consecuencia, que el límite al trabajo extraordinario en dicho día se fije en 8 horas (7.5 en la actualidad), que equivale al tope de la jornada diaria ordinaria si la jornada de trabajo se distribuyera en 6 días.”

Forma y oportunidad de pago

Deben pagarse con un recargo del 50% sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y liquidarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo período. En otras palabras, las horas extraordinarias serán remuneradas con un recargo del valor de la hora ordinaria del trabajador (lo que vale 1 hora de la jornada, se le recarga el 50%).

Base de cálculo: Sueldo convenido

- **Trabajadores remunerados con remuneración fija.** Se deben calcular sobre el sueldo base. Deben considerarse todas las remuneraciones que reúnan las características de sueldo conforme al concepto fijado en la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo.
- **Trabajadores con remuneración mixta** (Sueldo y remuneraciones variables): Se deben calcular sobre el sueldo convenido. Si es inferior al I.M.M. sobre el valor asignado al I. M.M.
- **Trabajadores afectos a remuneraciones exclusivamente variables:** Valor asignado al I.M.M

La única excepción que tienen más posibilidad de horas extra son las trabajadoras de casa particular (puertas afuera) Que tienen jornada de 45 horas semanales, con posibilidad de hacer hasta 15 horas extra a la semana.

- Si no existe sueldo convenido, o éste es inferior al Ingreso Mínimo Mensual que determina la ley, éste constituirá la base de cálculo para el respectivo recargo (va a ser el ingreso mínimo legal)



- En consecuencia, tanto por mandato expreso del inc. 3º del art. 32 CT como por aplicación de la obligación de tener un sueldo base que no puede ser inferior al IMM (letra a. del art. 42): **siempre la base de cálculo debe ser igual o superior al IMM.**

Mecanismos de Control de la Jornada De Trabajo Art. 33 del Código del Trabajo

- (i) **Sistemas generales:** el legislador ha contemplado sólo dos sistemas de control de asistencia y de horas trabajadas: el libro de asistencia y el reloj control con tarjetas de registro.

El control de asistencia y horas trabajadas es el instrumento idóneo para dar fe de la concurrencia del trabajador a su lugar de labores, y también, es el medio idóneo para determinar el número de horas durante las cuales el trabajador ha prestado sus servicios

No se puede utilizar dos sistemas simultáneos de control, de tal manera que en una empresa no pueden coexistir ambos sistemas, salvo que tenga más de un establecimiento (Ord. 810/045 de 08.02.99).

No es procedente implantar un sistema especial de control de las horas extraordinarias, distinto al que se utiliza para registrar las horas ordinarias de trabajo (Ord.3282/185, de 30.06.99)

Respecto a los *sistemas computacionales*, la doctrina de la Dirección del Trabajo los asimila al sistema de reloj control siempre que cumplan los requisitos fijados en Ordinario 396/27, de 24.01.96: registro efectivo de entrada y salida, que se individualice al trabajador, que el conteo sea semanal, voucher en el que conste lo que registró el sistema, debe tener la jornada efectiva del trabajo y un acceso exclusivo por parte del trabajador al registro.

- (ii) **Sistemas especiales:** en caso de no ser posible aplicar los sistemas generales de control de asistencia, o de serlo sean de difícil fiscalización, la Dirección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, podrá autorizar un sistema especial bajo la condición que sea uniforme para una misma actividad. Cotidianamente se da en el rubro de transporte (interurbanos, mercaderías, etc.).

Requisitos

- a) Que no sea posible aplicar las normas previstas en el inciso 1º del artículo 33, esto es, cuando no fuere factible utilizar un libro de asistencia o un reloj control con tarjetas de registro,



- b) Que la aplicación de las tales normas importare una difícil fiscalización, y
- c) Que el respectivo sistema sea uniforme para una misma actividad.

Otros requisitos para que el registro se lleve de forma adecuada son: se debe hacer una sumatoria semanal de las horas trabajadas (porque las horas extras se evalúan semanalmente, para luego remunerarlas); se prohíbe que un trabajador registre la hora de otro; no puede tener enmendaduras (alteraciones); no puede diferir la hora registrada con el horario real, etc.

LOS DESCANSOS Y LOS PERMISOS COMO FORMA DE INTERRUPCIÓN DEL CONTRATO

LOS TIPOS DE DESCANSOS EXISTENTES:

- ✓ Dentro de la jornada: el espacio de tiempo en que se divide la jornada en dos.
- ✓ Entre jornadas: el periodo que separa una jornada laborada de una nueva jornada.
- ✓ Semanal: los domingos y los que la ley declare festivos.
- ✓ Anual: Feriados.
- ✓ Permisos pagados.

En Chile antes existían jornadas largas divididas en dos partes, quedando tiempo para comer, dormir siesta, y volver a las 4pm a trabajar. A partir de 1965, ya se habló de **jornada única legal**, la ley lo que regulaba era una jornada con una pequeña interrupción acortando el tiempo de trabajo, y aceptando que también pueden ser por turnos, los cuales tienen otra forma de fraccionarse y en caso de duda resuelve la inspección del trabajo.

Descanso dentro de la jornada (Art. 34 CT)

- **Período Mínimo:** la jornada laboral debe dividirse en dos partes, dejándose entre ellas **un lapso no inferior a media hora para la colación, tiempo intermedio que no se considera trabajado para computar la duración de la jornada diaria.** Esto está pensado como hora de almuerzo y por lo tanto en la mitad de la jornada. Es un derecho mínimo, de aplicación general, que tiene por finalidad proteger la salud del trabajador, y que además es de cargo de él al no ser imputable a la jornada, **salvo acuerdo en contrario.** Es



prácticamente el único caso de los descansos que implica la suspensión del contrato de trabajo.

La jurisprudencia de la Dirección del Trabajo ha sostenido que no existe razón alguna para obligar al dependiente a efectuar este descanso, en el recinto de la empresa ni en las condiciones que determine el empleador, pudiendo hacer uso de él, en la forma que estime conveniente, agregando que si se considera que el objetivo general del descanso dentro de la jornada es liberar al dependiente de su obligación de trabajar durante un lapso que se estima suficiente para que recupere el desgaste que el transcurso de parte de la jornada diaria le puede haber significado, debe convenirse que durante éste, el trabajador no debe permanecer ni siquiera a disposición del empleador, no existiendo, por lo tanto, impedimento legal alguno para que abandone el recinto de la empresa y utilice dicho lapso de tiempo en la forma que desee. Ahora bien, si lo ejerce dentro del lugar de trabajo, la ley exige que deba hacerlo en un lugar óptimo para ello con un refrigerador, mesa lavable y otras condiciones de salubridad atingentes.

- **Período Máximo:** Como indica el artículo 34 del Código del Trabajo, la jornada laboral debe dividirse en dos partes, dejándose entre ellas un lapso no inferior a media hora para la colación, tiempo intermedio que no se considera trabajado para computar la duración de la jornada diaria. Por lo tanto, la ley solamente establece un tiempo mínimo no inferior a media hora, por lo que, en principio, no habría inconveniente para que las partes puedan acordar un periodo superior a media hora.

Por otra parte, la Dirección del Trabajo en dictamen N° 2947/111 de 17.05.1996, estableció que, si bien es cierto que la ley fijó expresamente sólo la duración mínima del descanso dentro de la jornada, no lo es menos que también fijó implícitamente un criterio para determinar los límites de su extensión, que se encuentra en la finalidad y naturaleza misma de este descanso.

Ahora bien, "colación" de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es, entre otras acepciones, "refacción que se acostumbra a tomar por la noche en los días de ayuno", o "refacción de dulces, pastas y a veces fiambres, con que se obsequia a un huésped o se celebra algún suceso"; "refacción", a su vez, significa "alimento moderado que se toma para reparar las fuerzas", conceptos éstos que autorizan para sostener que la colación y, por ende, el descanso dentro de la jornada involucran el consumo de un alimento moderado o comida ligera, necesaria para reparar las fuerzas gastadas durante la primera parte de la jornada diaria.



En esta forma, es forzoso concluir que el beneficio tiene también un límite máximo determinado por la finalidad prevista por el legislador, de forma tal que el tiempo para colación no puede extenderse o prolongarse más allá del necesario para ingerir la alimentación a que se alude anteriormente, el que podrá ser superior a la media hora mínima que señala la ley según lo ameriten las circunstancias de hecho que concurran en cada caso particular, las que, en caso de duda -es decir, en caso que un trabajador considere que el tiempo de colación que otorga el empleador es excesivo, deberán ser calificadas por el respectivo Inspector del Trabajo. Ello significa que el empleador no podrá disponer un descanso diario que se prolongue por sobre lo razonable debido a circunstancias ajenas al consumo de una colación, como serían, por ejemplo, la mayor o menor afluencia de público en determinadas horas en el caso de un establecimiento comercial.

¿Qué ocurre con los "turnos cortados"?

El objetivo que se ha propuesto la ley al implantar un descanso dentro de la jornada, claramente explicitado en el artículo 34 del Código del Trabajo, no ha sido otro que conceder al trabajador el tiempo necesario para ingerir una colación, entendida ésta como una comida ligera, que le permita reponer las fuerzas gastadas en la primera parte de su jornada, para posteriormente continuar laborando.

Sentada esta premisa, forzoso es también concluir que ninguna interpretación o aplicación que se haga de la norma, podrá permitir una prolongación del descanso que implique dividir la jornada del dependiente en un lapso que exceda el tiempo razonable que puede ocuparse en el consumo de una colación. Estos son conocidos como "turnos cortados" o "jornadas cortadas", es decir, que el empleador pretenda extender la jornada ordinaria de trabajo a través de un descanso para colación extenso, por ejemplo, que el trabajador estuviera a disposición del empleador 12 horas, producto de que se pactó un descanso de 3 o 4 horas, pero en los hechos el trabajador solo estuvo fuera del puesto de trabajo 30 minutos.

(Dictamen N°2947/111 de 17.05.1996)

- **Excepción que no da lugar descanso dentro de jornada:** Trabajos de proceso continuo, entendiéndose por tales aquellos que por su naturaleza exigen una continuidad que impida al trabajador hacer uso del descanso dentro de la jornada y que si son interrumpidos perjudican la marcha normal de la empresa donde se prestan los servicios. En estas empresas por lo general se utiliza



el sistema de turnos, y los turnos deben establecerse de tal manera que los trabajadores tengan la posibilidad de alimentarse.

Calificación trabajo de proceso continuo: En caso de duda de si una determinada labor está o no sujeta a esta excepción, decidirá la Dirección del Trabajo mediante resolución de la cual podrá reclamarse ante el Juzgado de Letras del Trabajo, dentro de los 30 días siguientes a la respectiva notificación.

- **Excepción al tiempo de media hora de descanso:** Art. 34 Bis: los trabajadores de restaurantes que atiendan directamente al público o los trabajadores que sin atender directamente al público, sean de difícil reemplazo, en atención a su condición técnica, profesional o a su experiencia en una determinada especialidad y a las características de la prestación de sus servicios, **podrán pactar³⁴ la interrupción de la jornada diaria por más de media y hasta por 4 horas, siempre y cuando la suma de las horas trabajadas en el día y la semana no superen las 10 horas diarias ni las 45 horas semanales.** Los trabajadores pueden optar por permanecer en el lugar de trabajo, pero el empleador no puede requerirlos para prestar servicios de ninguna naturaleza.

Otros casos excepcionales:

- Art. 27: los trabajadores de hoteles, restaurantes o clubes no podrán permanecer más de 12 horas diarias en el lugar de trabajo y tendrán, dentro de esta jornada, un descanso no inferior a una hora, imputable a dicha jornada.
- Art. 40 bis: para los trabajadores sujetos a jornada parcial, la jornada ordinaria diaria deberá ser continua y no podrá exceder de las 10 horas, pudiendo interrumpirse por un lapso no inferior a media hora ni superior a una hora para la colación.
- Art. 152 bis: [los] cuarteleros conductores de los Cuerpos de Bomberos que no vivan en dependencias de su empleador, su

³⁴ El pacto debe constar por escrito con copia a la DT y deberá ser acordado con la o las organizaciones sindicales a las que pertenezcan los trabajadores involucrados y podrá extenderse hasta por seis meses, renovables de común acuerdo. En caso de no existir aquellas, el acuerdo deberá celebrarse en forma colectiva con dichos trabajadores, ante un ministro de fe. Para aplicar estos pactos a los trabajadores de la empresa sin afiliación sindical, se requerirá de su consentimiento expreso, manifestado por escrito.



jornada de trabajo no podrá exceder de 12 horas diarias y tendrán, dentro de esa jornada, un descanso no inferior a una hora imputable a ella.

Descanso entre jornadas

Aunque nuestra legislación laboral no contempla expresamente el denominado "descanso entre las jornadas", la DT ha estimado que la regulación sobre el tiempo de trabajo lleva implícita la existencia de un tiempo destinado al reposo entre una jornada diaria y otra (dictamen DT N° 519/25 de 25 de enero de 1995).

Este criterio se encuentra sustentado en la idea de que, si el legislador fija límites a la duración de la jornada de trabajo, su objeto no puede ser sino que el dependiente goce de un período de inactividad una vez que haya enterado el total de horas diarias de servicios.

Aunque ha sido aceptada esta interpretación administrativa, la principal dificultad ha sido establecer cuál es la extensión mínima del descanso entre las jornadas diarias. Para la DT, este descanso debe extenderse por un período mínimo de 12 horas, atendido el hecho de que la extensión máxima del tiempo de trabajo –incluyendo el descanso dentro de la jornada– no puede extenderse, a su vez, por un período superior a 12 horas (dictamen DT N° 6.077/275 de 21 de octubre de 1992)³⁵ En otro dictamen, la Dirección del Trabajo sostuvo que *"entre una jornada efectiva y otra, debe existir un espacio de tiempo destinado al reposo, cuya duración debe ser equivalente, por lo menos, al período laborado (Dictamen N° 946/46, de 10.02.94).*

Una importante excepción de lo anterior podemos encontrarla en el artículo 152 quater J, respecto al trabajo a distancia y teletrabajo, específicamente en el "derecho a desconexión", que es el derecho que asiste a los trabajadores a distancia que distribuyen libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, y que se traduce en que, durante un lapso de al menos doce horas continuas, en un periodo de 24 horas, dichos dependientes no estarán obligados a responder las comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador. Por su parte, el empleador no podrá establecer comunicaciones, impartir órdenes

³⁵ Este factor está determinado en virtud del artículo 28 inciso segundo, el cual señala que el máximo de horas de trabajo en jornada ordinaria es de 10 horas por día, y por otro lado lo que indica el artículo 31, el cual indica que el máximo de horas extraordinarias es de 2 por día, es decir, 10 + 2 = 12 horas



u otros requerimientos en aquellos días en que los trabajadores hagan uso de descanso, permisos o feriado anual.

Es menester indicar que el empleador deberá respetar el derecho a desconexión de los trabajadores, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos.

Descanso Semanal (Art. 35 y ss CT)

El descanso semanal tiene por objeto que el trabajador se reponga del desgaste ocasionado en los días de trabajo y, además, se le permite que desarrolle su vida privada y que comparta con su familia y su entorno social. Es un día de descanso laboral y de recuperación anímica.

Este reposo ha sido de tal importancia en nuestra legislación que la primera regulación laboral aprobada fue precisamente la ley N° 1.990, de 29 de agosto de 1907, sobre descanso dominical o de un día a la semana, la que fue posteriormente modificada – debido a su excesiva rigidez– por la ley N° 3.321 de 5 de noviembre de 1917, cuyo reglamento se encuentra actualmente vigente.

El CdT (art. 35) establece que *los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días*. De este modo, se establece un mínimo de un día de descanso a la semana, que corresponderá, por regla general, al domingo, a menos que el trabajador preste servicios en algunas de las actividades expresamente excluidas del descanso dominical por el CdT (art. 38). Además del día domingo, el CdT establece que también constituyen días de descanso legal aquellos que la ley declara festivos.

También constituirán días de descanso semanal aquellos adicionales que las partes hayan convenido en virtud de su autonomía privada y que en el caso de la jornada ordinaria legal máxima no podrá exceder de un día más porque tal jornada no puede distribuirse en menos de cinco días a la semana conforme al CdT (art. 28 inc. 1). Si se pactase una jornada ordinaria que no fuese la máxima que contempla la ley este descanso semanal podría ser incluso mayor, por ejemplo, si se establece una jornada de cuarenta horas distribuida en cuatro días a la semana el trabajador tendría derecho a tres días de descanso semanal.

De acuerdo con el CT (art. 36 inc. 1°), la duración del descanso semanal debe extenderse desde las 21 horas del día anterior al domingo o festivo hasta las seis horas del día siguiente a éstos. De esta manera, el trabajador tiene derecho, por regla general, a un descanso semanal que tendrá una



duración mínima de 33 horas: las 24 horas del domingo y adicionalmente nueve horas que corresponderán al período que se extiende desde las 21 a las 24 horas de la víspera del domingo y desde las cero a las seis horas del día posterior al domingo.

Este mismo inciso contempla una excepción para la duración del descanso semanal tratándose de trabajadores que laboren por turnos, atendidas las alteraciones horarias que se producen con motivo de la rotación de los mismos. En este caso, la duración del reposo semanal se reduce a 24 horas porque este se iniciará a más tardar a las 0 horas del domingo y se extenderá hasta las 24 horas del mismo día (dictamen DT N° 487/36 de 26 de enero de 1999).

Ahora bien, en el caso de los trabajadores de hoteles, restaurantes, pubs, bares, discotecas y similares, las labores realizadas en el día anterior a un día de descanso deberán finalizar, a más tardar, a las 00:00 horas. Sin embargo y siempre que nos encontremos ante casos justificados, se podrá traspasar dicho límite hasta en tres horas, las que deberán pagarse con un recargo del 100% sobre el valor de la hora ordinaria correspondiente al sueldo convenido. Con todo, el trabajador deberá tener un descanso no inferior a treinta y tres horas continuas, a partir del término de los servicios en la jornada que antecede a un día de descanso.

El derecho al descanso semanal es irrenunciable para los trabajadores y no podrá ser objeto de negociación individual o colectiva. La única excepción que contempla el CT y que permite a los trabajadores no exceptuados del descanso dominical trabajar en días domingo o festivos, es el caso de fuerza mayor (el art. 37 indica que "Las empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical no podrán distribuir la jornada ordinaria de trabajo en forma que incluya el día domingo o festivo, salvo en caso de fuerza mayor") Aunque el propio CT (art. 37 inc.2) sostiene que si la DT estableciere fundadamente que no hubo fuerza mayor, el empleador deberá pagar las horas como extraordinarias, y además se le aplicará una multa dependiendo del tamaño de la empresa.

¿Qué características tiene el descanso semanal?

- ✓ Es un día dentro de la semana
- ✓ Preferentemente el domingo
- ✓ No puede compensarse en dinero
- ✓ Es remunerado (no sirve un descanso semanal si no es pagado)
- ✓ Tienen que ser mínimo 24 horas de descanso



Reglas especiales del descanso semanal

Art. 35 bis. Las partes podrán pactar que la jornada de trabajo correspondiente a un día hábil entre dos días feriados, o entre un día feriado y un día sábado o domingo, según el caso, sea de descanso, con goce de remuneraciones, acordando la compensación de las horas no trabajadas mediante la prestación de servicios con anterioridad o posterioridad a dicha fecha. No serán horas extraordinarias las trabajadas en compensación del descanso pactado. Dicho pacto deberá constar por escrito. Tratándose de empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical, en ningún caso podrá acordarse que la compensación se realice en día domingo. Este caso corresponde al descanso en "día sándwich".

Art. 35 ter. En cada año calendario que los días 18 y 19 de septiembre sean días martes y miércoles, respectivamente, o miércoles y jueves, respectivamente, será feriado el día lunes 17 o el día viernes 20 de dicho mes, según el caso.

Empresas no exceptuadas de Descanso Dominical (Art. 37 CdT)

- Los domingos y los festivos son de descanso
- No pueden distribuir la jornada de trabajo en dichos días.
- Excepción: Caso de fuerza mayor (se podría extender en ciertos casos de fuerza mayor, por ejemplo, el uso de una maquinaria que requiere a los trabajadores especializados en su uso)
- Sanción para el empleador: Si la Dirección del Trabajo estableciere fundadamente que no hubo fuerza mayor, el empleador deberá pagar las horas como extraordinarias y se le aplicará una multa.

Trabajadores exceptuados del Descanso Dominical

El CdT (art. 38) establece categorías de trabajadores que se encuentran exceptuados del descanso en días domingo y en días festivos, aunque todos ellos gozan del derecho al descanso semanal. Entonces, si bien estos trabajadores estarán obligados legalmente a prestar sus servicios en días domingo y festivos, su jornada laboral –en ningún caso– podrá extenderse por más de seis días porque el séptimo día será su día de descanso semanal.



Art. 38 CT. “Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

1.- En las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable;

2.- En las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria;

3.- En las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados³⁶;

4.- En los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa³⁷;

5.- A bordo de naves;

6.- En las faenas portuarias;

7.- En los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo. Con todo, esta excepción no será aplicable a los trabajadores de centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, en lo relativo al feriado legal establecido en el artículo 169 de la ley N° 18.700 y en el artículo 106 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades;

8.- En calidad de deportistas profesionales o de trabajadores que desempeñan actividades conexas”, y

9.- Como dependientes en las empresas de plataformas digitales reguladas en el Capítulo X del Título II del Libro I del presente Código.

Este **art 38**, tiene ciertas reglas;

- (1) La calificación de si una empresa o establecimiento se encuentra en alguna de las situaciones resumidas la hace el propio empleador, lo cual ha sido criticado, pues tampoco se ha establecido un mecanismo de reclamo para el evento en que se

³⁶ El ejemplo clásico es la siembra y cosecha.

³⁷ Vigilancia, limpieza, mantención, en la empresa.



vulnere la norma. Sin embargo, la Dirección del Trabajo en virtud de sus facultades generales de fiscalización podría intervenir.

- (2) Las empresas exceptuadas de descanso dominical podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos.
- (3) En estas situaciones, las horas trabajadas en domingo o festivos se consideran como ordinarias para los efectos de su pago, pero si con ellas se excede la jornada ordinaria semanal, se pagan como extraordinarias.
- (4) No obstante la amplitud de las categorías de trabajadores exceptuados del descanso dominical y que no se requiere autorización previa de la DT para su pacto (dictamen DT N° 2.603/156 de 25 de mayo de 1993), se ha establecido que bajo ninguna circunstancia es procedente que el empleador pueda convenir con sus trabajadores, tratándose de una actividad contemplada en el art. 38 del CT que se trabaje sólo los días festivos que inciden en la jornada semanal y se descansen los días domingo (dictamen DT N° 4.294/296 de 9 de septiembre de 1998).
- (5) Deben descansar en compensación otro día de la semana: En todos los supuestos contemplados por el CdT (art. 38 inc. 1) se debe otorgar a los trabajadores 1 día de descanso a la semana en compensación por cada domingo trabajado y 1 día de descanso por el festivo en que se haya debido prestar servicios. Estos descansos podrán ser comunes para todos los trabajadores, o por turnos para no paralizar el curso de las labores (art. 38 inc. 3).
- (6) El descanso compensatorio por el domingo trabajado deberá otorgarse al 7° día, esto es, después de 6 días continuos de trabajo, lo cual se justifica a partir del artículo 28 del CdT, el cual indica expresamente que el máximo semanal de la jornada de trabajo "*no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días*". El descanso que compensa el día festivo laborado deberá otorgarse de acuerdo con la DT dentro de los siete días inmediatamente siguientes al respectivo festivo, sin perjuicio de que las partes puedan acordar otra oportunidad para su otorgamiento en el evento de que se acumulen en una semana dos o más días de descanso compensatorio (dictamen DT N° 5.501/263 de 19 de febrero de 1994).
- (7) El descanso compensatorio por el domingo es irrenunciable y no puede ser retribuido en dinero. Al contrario, conforme al CT (art.



38 inc.5) el descanso por el festivo trabajado podrá ser compensado en dinero con un recargo de a lo menos el 50% sobre el sueldo convenido.

- (8) Acumulación de descansos: el inciso 4° del artículo 38 prevé la situación de que el trabajador pueda acumular más de un día de descanso a la semana, estableciendo que en tal caso las partes pueden acordar una especial forma de distribución o de remuneración de los días de descanso que excedan de uno semanal. En caso de acordar que serán pagados, deben serlo con el mismo recargo de las horas extraordinarias.
- (9) Descansos en domingo: En el caso de las situaciones previstas en los números 2 y 7 del artículo 38 tendrán derecho a que dos días de descanso en el respectivo mes calendario deban otorgarse en día domingo. No pueden otorgarse en otros días, ni compensarse en dinero.

Esta norma no se aplicará respecto de:

- o Los trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos,
- o De aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales
- o O de aquellos que se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos.

Situación de los Trabajadores del Comercio y servicios que atienden directamente al público (N° 7 del art 38)

Los trabajadores que se desempeñan en establecimientos de comercio o de servicios que atienden directamente al público:

- Sea cual fuere la jornada de trabajo en la que se desempeñen, las horas ordinarias trabajadas en domingo deberán ser remuneradas con un recargo de, a lo menos, un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria³⁸.
- Indica la norma laboral que el valor de la hora ordinaria y el recargo señalado serán la base de cálculo a efectos de la determinación, en su caso, del valor de la hora extraordinaria

³⁸ Distinto es el caso del día festivo trabajado, cuando se haya optado de acuerdo con las posibilidades que otorga la norma por el pago de dicho día, cuyo valor no está comprendido en el sueldo y debe pagarse adicionalmente junto con el recargo del 50% según mandato legal.



trabajada en dichos días domingo. La Dirección del Trabajo al respecto indica que "el trabajo en domingo corresponde a la jornada ordinaria y sobre ese valor se le aplica el recargo del 30% establecido en la norma. Tratándose de la jornada extraordinaria realizada en domingo, la base de cálculo será el valor de la hora ordinaria de trabajo con el recargo del mencionado 30%, a lo cual se le aplicará lo dispuesto en el artículo 32 del Código del Trabajo, esto es, "Las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del 50% sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberán liquidarse y pagarse juntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo período"³⁹.

En palabras simples, las horas extraordinarias laboradas en domingo se pagan con un 50%, cuya base de cálculo es el sueldo con el recargo del 30%. Entonces si se trabajan horas extra el domingo, genera un 180% respecto al valor hora.

- Estos trabajadores gozarán, adicionalmente a los dos domingos al mes, de siete días domingo de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato de trabajo. Solo mediante acuerdo escrito entre el empleador y los trabajadores, o con el o los sindicatos existentes, hasta tres de dichos domingos podrán ser reemplazados por días sábado, siempre que se distribuyan junto a un domingo también de descanso semanal. Este derecho al descanso dominical no podrá ser compensado en dinero, ni acumulado de un año a otro.
- Los dependientes del comercio tienen derecho a feriado obligatorio e irrenunciable los días
 - ✓ 1° de mayo
 - ✓ 18 y 19 de septiembre
 - ✓ 25 de diciembre
 - ✓ 1° de enero

Con excepción de aquellos que se desempeñen en clubes, restaurantes, establecimientos de entretenimiento, tales como cines, espectáculos en vivo, discotecas, pub, cabarets, casinos de juego y otros lugares de juego legalmente autorizados. Se exceptúan igualmente los dependientes de

³⁹ Ordinario de la DT N° N°5559, de 16.11.2017



expendio de combustibles, farmacias de urgencia y de las farmacias que deban cumplir turnos fijados por la autoridad sanitaria

- Con todo, los trabajadores exceptuados de los descansos irrenunciables en el comercio tendrán derecho a los mismos, a lo menos una vez cada dos años respecto de un mismo empleador, pudiendo pactar con este la rotación del personal necesario para este fin.

Prestación de servicios en los días de elecciones:

Se prohíbe la prestación de servicios en los días en que deben llevarse a efecto. Las elecciones presidenciales, parlamentarias, municipales y plebiscitos generales para los trabajadores comprendidos en el número 7 del art. 38 siempre que laboren en centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica (Ord. 4473/173 de 28.10.2004), a estos se les tiene que dar al menos un permiso de 2 horas para ir a votar.

Descanso Anual o Feriados

Feriado básico legal o Vacaciones (art. 66 y ss.)

Introducción y aspectos relevantes

De acuerdo con el art. 67 "los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento." Lo cual quiere decir que, si el trabajador deja de trabajar por 15 días hábiles para descansar, de todas formas, se le pagará toda la remuneración correspondiente al mes.

Por otro lado, el art. 67 inciso 2 CdT señala que "los trabajadores que presten servicios en la Duodécima Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, en la Undécima Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y en la Provincia de Palena, tendrán derecho a un feriado anual de veinte días hábiles." Esto es lo que se conoce como "feriado mayor".

Característica

Requisito Esencial: Para que el trabajador exija su derecho al feriado legal de 15 días hábiles se requiere que tenga más de un año de servicio para su empleador. Sin perjuicio de lo anterior, para la DT este derecho no está



condicionado a la prestación efectiva de las labores durante un determinado número de días en el año respectivo, sino que al trabajador le basta con que el vínculo jurídico laboral haya subsistido durante un año (dictamen DT N° 2.028/133 de 7 de mayo de 1998). Ahora bien, si hay licencia médica, no es posible dejar fuera ese período, ya que las licencias sólo suspenden la relación laboral, no a anualidad para acceder al derecho a vacaciones. Por ejemplo, se contrata a un trabajador, pero por distintos motivos -como una licencia médica- este no trabaja por 3 meses, de todos modos, podrá optar a vacaciones cumplido el año de contrato.

Oportunidad para el otorgamiento

Tiene que ser de común acuerdo entre el empleador con el trabajador, de preferencia en primavera o verano considerándose las necesidades del servicio

- La facultad de solicitar el beneficio radica exclusivamente en el trabajador. Como indica el DS N° 969 art. 43 del MT y PS: *"cada empleado solicitará por escrito su feriado, con un mes de anticipación, a lo menos para que el empleador determine la fecha en que lo concederá, y de lo cual éste dejará testimonio en el duplicado de dicha solicitud, que quedará en poder del empleado"*.
- Por tanto, no es facultad del empleador entregar este beneficio sin previa consulta al trabajador, salvo que existan más de dos períodos acumulados o feriado colectivo. Es decir, si se acumulan dos o más períodos (los feriados legales son acumulables hasta dos períodos), el empleador puede obligar al trabajador a tomarse los días de feriado legal que le corresponden.

Sin perjuicio la ley indica que se concede de preferencia en primavera o verano, agrega que (DS N° 969 art. 44 del MT y PS): (D. 1979/31, 06.05.2011) Se puede distribuir las vacaciones de tal manera que no perjudique la marcha de la empresa

- se distribuirá entre los empleados en forma de poder mantener en servicio, a lo menos, las cuatro quintas partes del personal de cada departamento o sección de un negocio que tenga más de 5 empleados;
- si tuviera menos de este número se distribuirá de manera que, a la vez, no haya más de un empleado gozando de feriado.



Principios Básicos del Derecho a Feriado

1.- Remuneración íntegra del feriado

Es remunerado en forma íntegra, como si el trabajador hubiera efectivamente prestado sus servicios. Según la DT, la finalidad que tuvo en vista el legislador al establecer la remuneración íntegra es impedir que el dependiente vea disminuidos sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del feriado y asegurarle, desde otra perspectiva, la remuneración que habitualmente le correspondería en caso de encontrarse prestando servicios (Dictamen N° 5409/251 de 16.12.2003)

Conforme al art. 71 del CT, la determinación de la remuneración íntegra dependerá del régimen al cual se encuentre sujeto:

- Remuneración fija: está constituida por el sueldo o sueldo base (art. 42 letra a) en el caso de los trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija. Para la DT (Dictamen N° 3152/63 de 17 de agosto de 2010), toda remuneración que reúna las condiciones establecidas en la letra a) del art. 42 podrá ser calificado como sueldo o sueldo base, aun cuando las partes le hayan dado una denominación diversa.
- Remuneración variable: promedio de lo ganado en los últimos 3 meses efectivamente trabajados. Se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes, siempre y cuando sean íntegras, o sea que haya trabajado 30 días.
- Si el trabajador estuviere remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquél y el promedio de las restantes⁴⁰. Asimismo, la remuneración íntegra durante el feriado deberá incluir la remuneración establecida en el inciso primero del artículo 45, según corresponda (semana corrida).
- En ambos casos queda fuera horas extras, y asignaciones que no constituyen remuneración. En lo que respecta a la asignación de colación y movilización, la DT ha dictaminado que para que proceda su pago durante el feriado legal, debe haber un acuerdo entre las partes, dado que en las vacaciones el

⁴⁰ Es decir, si es base + variables, se saca el promedio del variable y se le suma a la base, por lo que se paga base + promedio variable.



trabajador no incurre en gastos de alimentación y movilización por causa del trabajo.

- A su vez, de acuerdo al art. 72 del CT, "si durante el feriado se produce un reajuste legal, convencional o voluntario de remuneraciones, este reajuste afectará también a la remuneración íntegra que corresponde pagar durante el feriado, a partir de la fecha de entrada en vigencia del correspondiente reajuste".
- Por último, el art. 71 inciso final del CT estatuye que, además, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra.
- La gratificación legal o convencional, cualquiera sea su modalidad de pago, no debe ser incluida en la base de cálculo de la remuneración íntegra del feriado. Según la DT (Dictamen N°3553/273 de 03.08.1998) la gratificación consiste en un beneficio de carácter anual, que constituye una participación eventual o garantizada en las utilidades que pudiere haber obtenido la empresa en el respectivo ejercicio comercial, y que pueden pagarse mensualmente o durante el curso del año, de modo tal que no resulta posible calificarla como sueldo, puesto que no resulta posible estimar que responda a una prestación de servicios en los términos que lo exige el concepto de sueldo consignado en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo; ni tampoco constituye una remuneración variable, puesto que el monto que se paga por este beneficio no produce el efecto de hacer variar de un mes a otro la remuneración mensual del trabajador.

2.- Irrenunciabilidad del feriado básico legal

En este sentido, de acuerdo con el art. 73 inciso primero del CT, "*el feriado establecido en el artículo 67 no podrá compensarse en dinero*". Lo anterior se funda en el art. 5° del CT y en el carácter protector de esta institución, ya que lo que se pretende con el feriado es que el trabajador realmente "descanse" y no que tenga derecho a "sobre remuneración" por no uso del reposo que le corresponde.

Excepcionalmente, si el trabajador cumple los requisitos y condiciones para hacer uso del feriado y deja de pertenecer por cualquier motivo a la empresa, el empleador debe compensarle el tiempo que por concepto de



feriado le habría correspondido, a través de la correspondiente indemnización, al tenor de lo dispuesto en el art. 73 inciso segundo del CT.

3.- Continuidad del feriado

El art. 70 del CT establece que el feriado debe ser continuo, lo que significa que debe cumplirse en forma ininterrumpida. Excepcionalmente, el CT permite que el exceso sobre 10 días hábiles pueda fraccionarse de común acuerdo.

En consecuencia, siempre el trabajador deberá gozar de, a lo menos, 10 días hábiles continuos de feriado. El remanente es fraccionable por acuerdo. Respecto a esto, la DT señala que sólo los días de feriado que superan un período continuo de diez días hábiles pueden otorgarse fraccionados y que las partes pueden convenir libremente la oportunidad en que el trabajador hará uso de dicho beneficio en forma fraccionada, esto es, con anterioridad o con posterioridad al período continuo de 10 días hábiles que establece la ley, ya que en esta materia debe regir plenamente el principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes pueden convenir libremente la oportunidad en que el trabajador hará uso de las fracciones del feriado (Dictamen N°4617/52 de 02.12.2013).

El fundamento de esta disposición legal responde a "la idea de permitir el uso del descanso anual durante dos o incluso más períodos en el año, consultándose siempre, por razones obvias, un período mínimo no fraccionable". La jurisprudencia judicial ha sostenido que "dicho exceso puede ser utilizado sea en forma previa o con posterioridad al uso de los diez días".

Por último, el fraccionamiento no puede ser impuesto, debe basarse en un acuerdo libre de las partes del contrato, dado que se trata de una situación excepcional. Si el trabajador se niega al fraccionamiento, no incurre en falta al trabajo o abandono del mismo

4.- No acumulación del feriado

En su inciso segundo establece que **"el feriado también podrá acumularse por acuerdo de las partes, pero sólo hasta por dos períodos consecutivos. El empleador cuyo trabajador tenga acumulados dos períodos consecutivos, deberá en todo caso otorgar al menos el primero de éstos, antes de completar el año que le da derecho a un nuevo período."**

El empleador cumple un rol de custodio del descanso de sus trabajadores, que constituye una especie de extensión del deber de seguridad del art. 184



del CT. Por ello, debe velar porque efectivamente el trabajador goce de vacaciones y se acumulen sólo hasta dos períodos. Llegado el momento que da derecho al tercero deberá conceder, a lo menos, uno de los períodos acumulados y el trabajador no podrá negarse a descansar.

Siguiendo al profesor Luis Lizama, para la DT la acumulación de más de dos períodos consecutivos de feriado sólo podría constituir una infracción a la ley laboral sancionable administrativamente con multa respecto del empleador, pero en ningún caso puede originar como consecuencia la privación de un derecho al descanso del trabajador, o a la indemnización - o compensación en dinero del feriado- por no uso del feriado en el evento de término del contrato de trabajo, ya que sostener que se pierda alguno de los períodos involucraría imponer una renuncia de derechos al dependiente, circunstancia que se encuentra prohibida mientras subsista el contrato de trabajo según artículo 5° del Código del Trabajo, y extinguido aquél, el trabajador es dueño de disponer de tales derechos, pero la ley no puede determinar su voluntad obligando su renuncia (dictamen DT N° 6.017/310 de 9 de octubre de 1997). **El fundamento de este criterio es que, si el trabajador efectivamente ha prestado servicios en vez de gozar de su descanso anual, de ser privado de este derecho se produciría un enriquecimiento ilícito o sin causa por parte del empleador.**

En cambio, la Corte Suprema –y el dictamen citado también lo hace presente- ha sostenido que en tal caso sólo es procedente el otorgamiento del descanso o de las indemnizaciones o compensaciones a que haya lugar con el límite de 2 períodos, en virtud de la prescripción de tal derecho conforme al artículo 510 del CT, pues los derechos que consagra el mismo Código prescriben en el plazo de 2 años contados desde que se hicieron exigibles (CS, Rol N° 7.336.29, de 29 de septiembre de 1992 y Rol N° 6042-2004, de 27 de julio de 2006).

5.- Incompensabilidad del feriado

El principio básico es que el beneficio no puede compensarse en dinero, como una forma de lograr el cumplimiento de sus finalidades. Sin embargo, se han establecido algunas situaciones especiales en que sí se permite que éste sea pagado o indemnizado por el empleador.

1.- Término de contrato, existiendo algún feriado pendiente. Si el trabajador deja de pertenecer a la empresa, por cualquier causa que esto ocurra, teniendo los requisitos para hacer uso de este derecho, caso en el cual debe pagarse el tiempo que le corresponda de vacaciones (artículo 73 inciso 2o).

2.- Feriado proporcional. Lo propio ocurre si el contrato de trabajo termina antes de completar el año de servicios que da derecho a feriado, en que



la ley obliga al empleador a pagar una indemnización por ese beneficio, equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha en que enteró la última anualidad y el término de sus funciones, institución que se conoce como feriado proporcional (artículo 73 inciso 3o).

3.- Compensación de los excesos de feriado. El artículo 68 contempla una figura conocida como feriado progresivo, en que se dispone su aumento en razón de la antigüedad del trabajador. El exceso que se produzca es susceptible de negociación individual o colectiva. El legislador ha entendido que la finalidad del mismo ha sido cumplida, permitiéndoles entonces a las partes pactar su pago en dinero.

Otros elementos de importancia del feriado

- Debe computarse en días hábiles. El sábado es inhábil. *Art. 69. Para los efectos del feriado, el sábado se considerará siempre inhábil.* Esto quiere decir que el cómputo del feriado ya sea legal, proporcional, etc. será siempre de lunes a viernes.
 - D.2257/100, 14.04.1994 trabajadores que sólo laboran los domingos, el cálculo debe efectuarse conforme a las reglas generales, esto es, agregando a los 15 días hábiles que corresponden por feriado, los sábados, domingos y festivos que inciden en el respectivo período.
- Reintegro al expirar el feriado: se encuentra obligado a reintegrarse una vez expirado el feriado, o sea el sábado, domingo o festivo según corresponda, si estos forman parte de su jornada habitual de trabajo (D. 2355/94, 18.04.1994).
- Suspensión del feriado: **cuando se hace efectiva la huelga** (derecho que suspende las obligaciones recíprocas, es decir, durante la huelga se entiende suspendido el contrato del trabajo) (D. 2249/89, 16.04.1996). También ante el evento de que a un **trabajador** que se encuentra gozando del beneficio de feriado **le sobrevenga una enfermedad que le confiera derecho a licencia médica**, básicamente porque "*para el logro efectivo del feriado, se tiene que estar en buenas condiciones físicas para poder aprovecharlo y, en consecuencia, es una aberración que quien se encuentra enfermo pierda su feriado*". Además, como la licencia por enfermedad lleva aparejado el subsidio que paga el sistema previsional y no el empleador, resulta claro que si un trabajador se enferma durante su feriado, éste se suspende, para pasar a gozar de la licencia del subsidio, y, que, una vez recuperado, deberá reintegrarse a su feriado.



La Dirección del Trabajo ha establecido en su dictamen N° 6256/279 de fecha 09 de octubre de 1995, que resulta procedente la suspensión del feriado legal cuando el trabajador se encuentre con licencia médica, sustentando su doctrina en que los fines del feriado son distintos a los de la licencia:

“El objetivo principal del feriado anual es permitir al trabajador reponerse del desgaste ocasionado por un año de labor, sin perjuicio de las finalidades de distracción, recreación y fomento de la vida familiar que también conlleva, [por lo] que el goce del beneficio debe efectuarse en condiciones que permitan el logro efectivo de los fines perseguidos por el legislador al establecer las normas sobre descanso anual.

En cambio, la licencia médica cumple un objetivo distinto que el feriado, toda vez que conforme al artículo 1° del Decreto Supremo N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, supone la existencia de una enfermedad y permite al trabajador alejarse de sus funciones para restablecer su salud con reposo y tratamiento médico.

Lo expuesto en párrafos precedentes permite concluir que si un trabajador, en el transcurso del uso de su feriado, sufre un accidente o enfermedad en virtud de la cual debe guardar reposo durante determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada, dicho beneficio deberá suspenderse mientras éste hace uso de licencia médica, debiendo reanudarse una vez que se encuentre recuperado o en la oportunidad que convengan las partes”.

- Licencias médicas prolongadas: el trabajador sigue teniendo el derecho al feriado anual; por ejemplo, una persona con cáncer que lleva años con licencia médica, en cada anualidad el íntegramente devenga sus 15 días hábiles de vacaciones.
 - Ahora bien, en el caso de una licencia médica de lapso igual o superior a 4 años, cuando el trabajador se reincorpora a la empresa podrá pedir los feriados a los que habría tenido derecho, lo cual debe solicitar dentro del plazo de 2 años contados desde la reincorporación, posterior a este plazo el empleador puede pedir la prescripción, la que debe ser declarada por un tribunal. Si no se pide la prescripción, el derecho sigue siendo exigible porque está vigente.



Feriado Progresivo

Consiste en un aumento del feriado básico en función de los años de servicio del trabajador. Debe contarse a lo menos con 10 años de trabajo para uno o más empleadores, continuos o no.

La Dirección del Trabajo lo ha definido como el derecho de todo trabajador a sumar un día de vacaciones, por cada 3 nuevos años trabajados para el actual empleador, siempre y cuando cuente con 10 años trabajados (120 cotizaciones previsionales) para el actual o anteriores empleadores.

Art. 68 CT. *“Todo trabajador, con diez años de trabajo, para uno o más empleadores, continuos o no, tendrá derecho a un día adicional de feriado por cada tres nuevos años trabajados, y este exceso será susceptible de negociación individual o colectiva.*

Con todo, sólo podrán hacerse valer hasta diez años de trabajo prestados a empleadores anteriores”.

Aumenta en razón de un día por cada tres nuevos años de trabajo por sobre los diez años ya señalados.

Sólo el feriado progresivo es susceptible de negociación individual o colectiva. Lo anterior se traduce en la posibilidad que tiene el trabajador de no hacer uso de los días de descanso que por feriado progresivo le correspondan, pudiendo compensarse en dinero en la forma que acuerde con su empleador en las formas mencionadas.

Teniendo presente que el legislador sólo señaló que el feriado adicional, es decir, el exceso al feriado básico es susceptible de negociarse, sin señalar formalidad alguna, bastará que se haya producido el acuerdo entre las partes y el empleador haya pagado la remuneración pertinente para tenerse por perfeccionado el acuerdo. El legislador ha fijado la suma mínima que puede acordarse en tal caso, estableciendo que ésta no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar lo dispuesto en el artículo 71, esto es, la remuneración íntegra.

Entonces, para tener derecho a un primer día de feriado progresivo debe cumplir con los siguientes requisitos:

- (1) Tener la base de 10 años trabajados, con el actual o anteriores empleadores, puesto que lo necesario para acreditar estos 10 años es que haya cotizado.
- (2) Cumplir 3 nuevos años con el actual empleador.

Por ejemplo, un trabajador comenzó su vida laboral útil (es decir, entró a trabajar) el 1 de enero del 2000. Se ha mantenido en la misma empresa y el



1 de enero del año 2010 cumple 10 años de trabajo. 3 años después de que cumple los 10 años, es decir en el 2013, ganó un día de feriado progresivo, adicional a sus 15 días hábiles anuales. Después, en el 2016 ganó otro día de feriado progresivo. Así, a partir de los 10 años comienza a correr el plazo para el feriado progresivo; solo al año 13 se sumaría el primer feriado progresivo, llegando a 16 días hábiles de vacaciones. Se prueban con un certificado que emiten las AFP.

Los días de feriado progresivo se agregan de forma permanente al feriado anual del trabajador, incrementándose en un día cada 3 nuevos años, siempre que no cambie de empleador.

Si el trabajador cambia de empleador perderá los días de feriado progresivo y el tiempo laborado solo le servirá para completar la base de 10 años ante el nuevo empleador. Solo al cumplir 3 años de antigüedad con el nuevo empleador volverá a tener derecho a un primer día de feriado progresivo.

Feriado Proporcional

Indica el inciso tercero del artículo 73 que *“Con todo, el trabajador cuyo contrato termine antes de completar el año de servicio que da derecho a feriado, percibirá una indemnización por ese beneficio, equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha que enteró la última anualidad y el término de sus funciones.”*

El feriado proporcional implica que el empleador va a pagar en dinero al trabajador los días de feriado anual no utilizados, pero solo en el supuesto que termine la relación de trabajo y hayan quedado pendientes los días de descanso o feriado anual. Por lo tanto, los requisitos para que proceda el feriado proporcional son:

1. Que se trate de un trabajador que cumplía con los requisitos para hacer uso del feriado anual y,
2. Que ese trabajador haya terminado su relación laboral sin haberlos utilizado.

En caso del trabajador que no cumplió con el requisito para tener derecho a los 15 días hábiles de feriado anual -pues el trabajo contrato de trabajo termina antes de que cumpla un año de antigüedad laboral- el empleador los debe pagar en forma proporcional. Se le debe pagar por los días que proporcionalmente le correspondan en atención al tiempo de vigencia de la relación laboral.



Este feriado constituye una forma especial de indemnización del feriado anual, pues consiste en una suma de dinero que el empleador debe pagar al trabajador y que hace excepción a la regla del artículo 73 inciso 1º del CT, que establece que el feriado anual no podrá compensarse en dinero.

Se ha generado una interrogante respecto de los trabajadores que tenían derecho a feriado progresivo, en cuanto a si debía considerarse ese día adicional dentro del cálculo del feriado proporcional al terminar el contrato. La Dirección del Trabajo ha entendido que los días adicionales de feriado por concepto de feriado progresivo corresponde agregarlos para el pago de feriado compensatorio o proporcional, de haberse extinguido el contrato de trabajo, puesto que si reúne los requisitos establecidos para el feriado progresivo, tendrá derecho al otorgamiento de más días de feriado por sobre los 15 fijados en la ley para el feriado anual, razón por la cual, de terminar el contrato, deberá indemnizársele el total de días de feriado a que tenga derecho a la fecha de la extinción, sea por concepto de feriado básico como por los adicionales de feriado progresivo (Dictamen ORD. N° 3838/192 de 18.11.2002).

Feriado Colectivo

El artículo 76 del Código del Trabajo señala que "los empleadores podrán determinar que, en sus empresas o establecimientos, o en parte de ellos, se proceda anualmente a su cierre por un mínimo de quince días hábiles para que el personal respectivo haga uso del feriado en forma colectiva. En este caso, deberá concederse el feriado a todos los trabajadores de la respectiva empresa o sección, aun cuando individualmente no cumplan con los requisitos para tener derecho a él, entendiéndose que a éstos se les anticipa."

Es decir, el empleador puede cerrar la empresa por un periodo para que todos sus trabajadores tengan feriado en esos días; por ejemplo, las universidades en el mes de febrero.

Condiciones:

- 1º** El empleador debe cerrar la empresa completa o una sección entera durante dicho periodo.
- 2º** Cierre por un mínimo de 15 días hábiles.
- 3º** Se otorga a todos los trabajadores de la empresa o sección cerrada.



4º Aquellos que no cumplen requisito de 1 años de servicio tendrán derecho al feriado colectivo, como anticipo, es decir, le va a implicar un adelanto de las vacaciones.

¿Quiénes no tienen derecho a feriado? Son aquellos establecimientos que por sus actividades cierran ciertos periodos al año, estos son, los establecimientos educacionales (que cierran desde mediados de enero hasta que parte el siguiente periodo escolar) Sin poder solicitar vacaciones, por ejemplo, en Octubre o Noviembre, porque además tienen un tiempo pagado mayor a las vacaciones legales. Por lo mismo, si el pre y post natal de una docente, calza con sus vacaciones en febrero, no “pierden” sus vacaciones (y por lo tanto no pueden tomárselas en marzo) Por su parte, las vacaciones de invierno y septiembre son costumbre del país porque en ninguna norma se señalan como tal.

LOS PERMISOS

Concepto

Los permisos son ausencias justificadas o autorizadas por el empleador, en virtud de las cuales, el trabajador tiene el derecho de no asistir a su trabajo manteniendo, en la mayoría de los casos, su remuneración.

Los permisos pueden ser **legales** o **convencionales**, ambos se diferencian no sólo respecto a su fuente (la ley o el acuerdo de las partes), sino también en su remuneración:

- 1. Convencionales:** En los convencionales, su remuneración queda al acuerdo de las partes.
- 2. Legales:** En los permisos legales, generalmente el día se considerará para todos los efectos trabajado debiendo ser remunerado (independiente que requieran o no compensación posterior).

Tratamiento de cada uno de ellos

1. Permisos Convencionales:

1.1. Permiso con goce de remuneraciones

El artículo 35 bis del Código del Trabajo y el Dictamen de la DT N° 5510/262 de 23.12.03 establecen que las partes pueden pactar que la **jornada de trabajo correspondiente a un día hábil entre dos días feriados, o entre un día feriado y un día sábado o domingo, según sea el caso, sea de descanso, con goce de las remuneraciones**, acordando la compensación de las horas



no trabajadas mediante la prestación de servicios con anterioridad o posterioridad a dicha fecha. En estos casos no serán horas extraordinarias las trabajadas en compensación del descanso pactado. La norma legal establece que el pacto deberá constar por escrito y tratándose de empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical, en ningún caso podrá acordarse de que la compensación se realice en día domingo.

En cuanto a las formalidades del pacto, es necesario señalar, en primer término, que el claro tenor de la citada disposición se desprende que el acuerdo que al efecto celebre el empleador y trabajador deberá cumplir con las siguientes necesidades y requisitos:

- a) Consignarse por escrito y suscribirse por las partes respectivas, sea el contrato de trabajo o un documento anexo.
- b) Especificarse en él los días en que se efectuará la prestación de servicios tendiente a compensar las horas no laboradas el día hábil otorgado como descanso con goce de remuneraciones, como asimismo la respectiva distribución horaria.

Respecto al primer requisito, es necesario precisar que si bien la disposición indica que el acuerdo debe ser celebrado entre el empleador y el trabajador individualmente, nada obsta, en opinión de la Dirección del Trabajo que el pacto en que se materializa tal acuerdo tenga un carácter colectivo, correspondiendo en tal caso distinguir las siguientes situaciones:

- a) Que el pacto sea celebrado por un sindicato en representación de sus afiliados, facultad que tendrían conforme a lo previsto en el artículo 220 del Código del Trabajo, relativo a las finalidades de las organizaciones sindicales; pacto que, en todo caso, sólo resultará aplicable a los trabajadores que hubieren requerido tal representación.
- b) Que el pacto sea celebrado en el ámbito de la negociación colectiva reglada o no reglada, teniendo presente que la materia en análisis es susceptible de negociación colectiva en conformidad al artículo 306 del Código del Trabajo.

¿Puede convenirse un permiso sin goce de remuneraciones?

Señala la DT que si bien este tipo de pactos no tienen un tratamiento específico en nuestro ordenamiento jurídico laboral, aquellos no se encuentran prohibidos, y jurídicamente se consideran una suspensión convencional de la relación laboral, en virtud del acuerdo de las partes, que suspende las obligaciones principales del contrato de trabajo, así por una parte, la obligación de prestar servicios para el trabajador, y por otra, la



obligación de pagar remuneración, para el empleador, cuyo plazo de duración, al no encontrarse expresamente regulado por el CdT, queda entregado a la voluntad de las partes (Ordinario N°4593 de 08.09.2016)

En todo caso la suspensión convencional de la relación laboral, como consecuencia del otorgamiento de un permiso sin goce de remuneración, no afecta el nacimiento ni la exigibilidad del derecho a feriado legal, que está ligado a la vigencia del contrato de trabajo y no a la ejecución de los servicios que en él se estipulan. Lo mismo ocurre con el derecho a la indemnización por años de servicio, pues en el evento de que se ponga término al contrato de trabajo por aplicación del artículo 161 del CdT –que por lo demás da derecho al pago de indemnización por años de servicios– debe considerarse como requisito para los efectos indemnizatorios el tiempo que el contrato hubiere estado vigente, es decir un año o más. De esta manera, habiendo estado vigente el contrato por el tiempo que duró el permiso sin goce de remuneraciones, dicho lapso debe ser considerado para los efectos de calcular el beneficio de la indemnización por años de servicio.

¿El empleador se encuentra obligado a conceder permiso al trabajador para efectuar diligencias particulares?

El Código del Trabajo no contempla el derecho a permisos específicos que permitan al dependiente realizar gestiones de carácter particular (salvo el permiso médico que establece el artículo 66 bis y el permiso por matrimonio que regula el artículo 207 bis), y por tanto, tampoco el empleador se encuentra en la obligación correlativa de concederlos. No obstante lo anterior, nada impide que las partes de la relación laboral, libremente y por mutuo acuerdo, concuerden permisos de origen convencional destinados a éstos u otros fines.

Si así se acuerda, debe seguirse lo que dispone el inciso 4° del artículo 32 del Código del Trabajo: "no serán horas extraordinarias las trabajadas en compensación de un permiso, siempre que dicha compensación haya sido solicitada por escrito por el trabajador y autorizada por el empleador". En tal evento la compensación debe producirse dentro de la misma semana en que se concede el permiso antes referido.

2. Permisos Legales

2.1. Permiso por muerte de un familiar (Art. 66 reformado por la ley N°21.371, que "establece medidas especiales en caso de muerte gestacional o perinatal")



- a) Por muerte de un hijo. La ley otorga diez días corridos de permiso con goce de remuneraciones.

Art. 66 inc. 1º: En caso de muerte de un hijo, todo trabajador tendrá derecho a diez días corridos de permiso pagado (...).

- b) Por muerte de un cónyuge o conviviente civil. La ley otorga siete días corridos de permiso con goce de remuneraciones

Art. 66 inc. 1º: En caso de la muerte del cónyuge o conviviente civil, todo trabajador tendrá derecho a un permiso similar, por siete días corridos.

Es importante mencionar que en ambos casos, este permiso será adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio.

- c) Por muerte de hijo en gestación. La ley otorga siete días corridos de permiso con goce de remuneraciones.

Art. 66 inc. 2º: Igual permiso se aplicará, por siete días hábiles, en el caso de muerte de un hijo en período de gestación (...).

- d) Por muerte de padre o madre. La ley otorga tres días hábiles de permiso con goce de remuneración

Art. 66 inc. 2º: (...) y por tres días hábiles, en caso de la muerte del padre o de la madre del trabajador.

Algunos comentarios sobre estos permisos

- Estos días de permiso son adicionales al feriado anual (periodo de vacaciones), es decir, son independientes de este periodo, no deben entenderse dentro de él y por tanto produce la suspensión del feriado del que se está haciendo uso. La Dirección del Trabajo en Dictamen N°6122/99 de 28.12.2016 indicó que "al tratarse de un permiso legal que, de un extremo, debe hacerse efectivo a partir del día del fallecimiento y, de otro, que tiene carácter adicional a las vacaciones, no puede sino concluirse que, en caso de suceder el hecho durante el feriado del respectivo trabajador, corresponde suspender el ejercicio de este último derecho, al ser imposible la absorción del permiso por las vacaciones debido a la referida cualidad de adicional, misma que no puede entenderse al margen de su significado natural cual es, según el Diccionario de la Lengua Española, "que se suma o añade a algo". En palabras simples, si una de las personas indicadas muere durante las vacaciones, estas se suspenden y se hace valer este permiso. Lo mismo ocurre con la licencia médica.



- Dándose los supuestos previstos en la norma, la sola calidad de dependiente da derecho al trabajador a acceder al beneficio del permiso, sin que sea necesario el cumplimiento de requisitos de antigüedad u otras exigencias para tal efecto, es decir, pueden ser entregados a cualquier trabajador
- Es del caso señalar que en el evento antes señalado en las letras a) y b), **el trabajador goza de fuero laboral por un mes, a contar del respectivo fallecimiento**. Mientras tenga esta calidad, no puede ser despedido por el empleador; salvo que cuente con la autorización del juez competente mediante el respectivo juicio de desafuero.

Sin embargo, tratándose de trabajadores cuyos contratos de trabajo sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero los amparará sólo durante la vigencia del respectivo contrato si éste fuera menor a un mes, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos.

- Estos permisos deberán hacerse efectivos a partir del día del respectivo fallecimiento. No obstante, tratándose de una defunción fetal, el permiso se hará efectivo desde el momento de acreditarse la muerte, con el respectivo certificado de defunción fetal.
- Los permisos en análisis no podrán ser compensados en dinero, situación que obliga al empleador a concederlos y al trabajador de hacer uso efectivo de los días correspondientes, sin que resulte jurídicamente posible a las partes convenir una compensación económica por tal concepto.

2.2. Permisos por salud preventiva

- a) Permiso para la realización de exámenes médicos: El artículo 66 bis del Código del Trabajo indica que las trabajadoras y los trabajadores, cuyos contratos de trabajo sean por un plazo superior a treinta días, **tendrán derecho a medio día de permiso, una vez al año durante la vigencia de la relación laboral**, para someterse a los exámenes de mamografía y próstata, respectivamente, pudiendo incluir otras prestaciones de medicina preventiva, en las instituciones de salud públicas o privadas que corresponda.

Respecto a los contratos celebrados por un plazo fijo, o para la realización de una obra o faena determinada, este derecho podrá ejercerse a partir de



los treinta días de celebrado el contrato de trabajo, y en cualquier momento durante la vigencia de éste.

Qué derechos otorga este permiso

- o El tiempo de traslado para realizarse los exámenes será complementado con el tiempo de traslado hacia y desde la institución médica, considerando las condiciones geográficas, de transporte y la disponibilidad de equipamiento médico necesario
 - o Para ejercer el derecho a permiso, los trabajadores deben dar aviso con una semana de anticipación al empleador para la realización de los exámenes;
 - o El trabajador deberá presentar con posterioridad a la realización de exámenes, los comprobantes suficientes que acrediten que se los realizó en la fecha estipulada.
 - o El tiempo en que los trabajadores se realicen los exámenes, será considerado como trabajado para todos los efectos legales, y por lo tanto corresponde que debe ser pagado como tal.
 - o Este tiempo de permiso no podrá ser compensado en dinero ni durante ni al término de la relación laboral. Estipulación en contrario se entiende como no escrita.
 - o Si el trabajador está afecto a instrumento colectivo que considera un permiso análogo, se entenderá cumplida la obligación por parte del empleador.
- b) Permiso para vacunación para el control y prevención de enfermedades transmisibles: El nuevo artículo 66 ter establece que “los trabajadores **tendrán derecho a medio día de permiso laboral para asistir a vacunarse**, en el contexto de programas o campañas públicas de inmunización para el control y prevención de enfermedades transmisibles”.

Este permiso no se limita a la contingencia sanitaria provocada por el Covid-19, sino que está establecido para los casos de programas o campañas públicas de inmunización a través de vacunas u otros medios, para el control y prevención de enfermedades transmisibles, en especial para todo trabajador o toda trabajadora que se encuentre dentro de la población objetivo de dichas campañas.



Es necesario indicar que al trabajador le serán aplicables las reglas del artículo 66 bis, con sus mismos derechos, salvo que el aviso al empleador deberá darse con al menos dos días de anticipación y no una semana como indica el artículo 66 bis.

2.3. Permiso por responsabilidades familiares

- a) Por nacimiento del hijo: Art. 195 inc. 2º: El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.

Ahora bien, la Dirección del Trabajo ha establecido en dictamen 3827/103 de 02/09/2005, que el permiso de que se trata no se aumenta en caso de nacimientos o partos múltiples, lo que implica que el padre sólo tendrá derecho a cinco días por tal causa, cualquiera que sea el número de hijos producto del embarazo.

- b) Por adopción de hijo: Art. 195 inc. 2º: (...) Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la ley N° 19.620.

Ahora bien, en lo que respecta al padre que se encuentre en proceso de adopción la ley no ha hecho distingo alguno, por lo cual, tiene derecho a impetrar cinco días de permiso pagado por tal causa, beneficio que debe hacerse efectivo en los mismos términos que el padre biológico, vale decir, en forma continua a contar de la fecha de notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor o dentro del primer mes desde dicha fecha, en forma continua o fraccionada.

Es preciso recordar que estos derechos no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas.

- c) Permisos especiales por obtención de la tuición o cuidado personal de menor: La trabajadora o el trabajador a quienes se les haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de un menor por medida de protección, tendrá derecho a (200 CT):



- o Permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis.
- o Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por doce semanas.

d) Permiso por enfermedad de niño menor de 1 año: Cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, la madre trabajadora tendrá derecho a un permiso y subsidio por maternidad del artículo 198 por el período que el respectivo servicio determine. En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio (art. 199).

Tendrá también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Este derecho se extenderá al cónyuge o conviviente civil.

Esta circunstancia deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores. En caso de haber sido obtenidos en forma indebida, los trabajadores involucrados serán solidariamente responsables de la restitución de las prestaciones pecuniarias percibidas, sin perjuicio de las sanciones penales que por este hecho les pudiere corresponder

e) Permiso por accidente grave o de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte de un hijo menor de 18 años (art. 199 bis inc. 1° a 3°): Cuando la salud de un niño o niña mayor de un año y menor de dieciocho años de edad requiera el cuidado personal de su padre o madre con motivo de un accidente grave o de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte, **tanto el padre como la madre trabajadores tendrán derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año**, distribuidas a elección del trabajador o trabajadora en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, **las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales**. El accidente o la enfermedad deberán ser acreditados mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del niño o niña.



Ahora bien, si el padre y la madre son trabajadores podrán usar este permiso conjunta o separadamente.

Cuando el cuidado personal del niño o niña lo tenga un tercero distinto del padre o la madre, otorgado por resolución judicial, sólo éste podrá hacer uso del permiso, en los mismos términos que el padre o la madre.

- f) Permiso por desahucio o estado terminal del cónyuge, el o la conviviente civil o el padre o la madre del trabajador o trabajadora Art. 199 bis inc. 4° y ss): Cuando el o la cónyuge, el o la conviviente civil o el padre o la madre del trabajador o trabajadora estén desahuciados o en estado terminal, el trabajador o la trabajadora podrá ejercer el derecho establecido en la letra g) precedente con sus mismas reglas, debiendo acreditarse esta circunstancia mediante certificado médico.

El artículo 199 bis tiene la peculiaridad que **a pesar de establecer un permiso pagado, el tiempo no trabajado deberá ser restituido por el trabajador o trabajadora mediante imputación a su próximo feriado anual o laborando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes.** La ley indica que en estos casos se aplicará lo dispuesto en el inciso final del artículo 32, es decir, no se consideraran horas extraordinarias las trabajadas en compensación de un permiso, siempre que dicha compensación haya sido solicitada por escrito por el trabajador y autorizada por el empleador. Asimismo, el trabajador y el empleador podrán utilizar y convenir directamente los pactos sobre condiciones especiales de trabajo, en particular los referidos a distribución de jornada y los pactos para trabajadores con responsabilidades familiares, para restituir y compensar el tiempo no trabajado.

Finalmente, la ley señala que en el evento de no ser posible aplicar los mecanismos anteriores, 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.

Se **aplicará este mismo derecho, en iguales términos, tratándose de personas mayores de dieciocho años** con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit, o bien, presenten dependencia severa.

Formalidad para ambas: La solicitud del permiso deberá formalizarse mediante cualquier medio escrito de comunicación interna de la empresa, ya sea físico o electrónico, acompañando el certificado médico correspondiente. Cumpliéndose los requisitos establecidos en este artículo, el empleador no podrá negarse a otorgar el permiso. En todo caso, de la



ausencia al trabajo se deberá dar aviso al empleador dentro de las 24 horas siguientes al ejercicio del derecho.

g) Permiso de alimentación: Art. 206. Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años.

- o En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.
- o Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.

o Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

- o Tratándose de empresas que estén obligadas a disponer de salas cuna, el período de tiempo de una hora se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos. En este caso, el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre.
- o En caso de que el padre y la madre sean trabajadores, ambos podrán acordar que sea el padre quien ejerza el derecho. Esta decisión y cualquier modificación de la misma deberán ser comunicadas por escrito a ambos empleadores con a lo menos treinta días de anticipación, mediante instrumento firmado por el padre y la madre, con copia a la respectiva Inspección del Trabajo.
- o Además, el padre trabajador ejercerá el referido derecho cuando tuviere la tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada, cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él.

Es importante indicar que, para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado, y además el derecho a alimentar no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna.

h) Permiso post – natal parental: Será tratado con detalle más adelante en el módulo correspondiente.



2.4. Permiso por matrimonio (Art. 207 Bis)

En el caso de contraer matrimonio o celebrar un acuerdo de unión civil, de conformidad con lo previsto en la ley N° 20.830, todo trabajador tendrá derecho a cinco días hábiles continuos de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio.

Este permiso se podrá utilizar, a elección del trabajador, en el día del matrimonio o del acuerdo de unión civil y en los días inmediatamente anteriores o posteriores al de su celebración.

El trabajador deberá dar aviso a su empleador con treinta días de anticipación y presentar dentro de los treinta días siguientes a la celebración el respectivo certificado de matrimonio o de acuerdo de unión civil del Servicio de Registro Civil e Identificación.

2.5. Permisos para el cumplimiento de cargas legales y voluntarias

- a) Permiso para el cumplimiento de cargas civiles (Art. 165 – 166 LOC Sobre Votaciones Populares y Escrutinios): Indica el artículo 165 de la LOC que “en aquellas actividades que deban necesariamente realizarse el día en que se celebre una elección o plebiscito, **los trabajadores podrán ausentarse durante dos horas, a fin de que puedan sufragar, sin descuento de sus remuneraciones**”, permisos que deben ser otorgados por el empleador, lo cual se infiere de la ley en virtud del inciso primero, “al indicar que ninguna autoridad o empleador podrá exigir servicio o trabajo alguno que impida votar a los electores.

A su vez, el artículo 166 del mismo cuerpo legal indica que “los empleadores deberán conceder los permisos necesarios, sin descuento de remuneraciones, a los trabajadores que sean designados vocales de mesas receptoras de sufragios, miembros de colegios escrutadores o delegado de la junta electoral”.

- b) Permiso para la asistencia a incendios: (Art. 66 Quater): Los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo y aquellos regidos por el Estatuto Administrativo (...) que se desempeñen adicionalmente como voluntarios del Cuerpo de Bomberos estarán facultados para acudir a llamados de emergencia ante accidentes, incendios u otros siniestros que ocurran durante su jornada laboral.

El tiempo que estos trabajadores destinen a la atención de estas emergencias será considerado como trabajado para todos los efectos legales. El empleador no podrá, en ningún caso, calificar esta salida como



intempestiva e injustificada para configurar la causal de abandono de trabajo establecida en el artículo 160, número 4, letra a), de este Código, o como fundamento de una investigación sumaria o de un sumario administrativo, en su caso.

2.6. Permisos de carácter colectivo

- a) Permisos Sindicales (horas de trabajo sindical): Los empleadores deberán conceder a los directores y delegados sindicales las horas de trabajo sindical necesarias para ausentarse de sus labores con el objeto de cumplir sus funciones fuera del lugar de trabajo, las que no podrán ser inferiores a seis horas semanales por cada director, ni a ocho tratándose de directores de organizaciones sindicales con 250 o más trabajadores.

Estas horas son de cargo del sindicato, no del empleador, salvo que se pacte lo contrario en negociación colectiva. Además, estas horas semanales son acumulables dentro de cada mes calendario y cedibles entre directores y delegados, previo aviso por escrito al empleador.

- b) Para votar la huelga: El empleador deberá facilitar que la votación de la huelga se realice con normalidad, otorgando los permisos necesarios para que los trabajadores puedan concurrir al acto de votación. El acto de votación podrá realizarse en la sede sindical, por lo tanto, el permiso dura el tiempo necesario para emitir el voto.

2.7 Permisos por seguridad: por catástrofe

En caso de sufrir pérdidas humanas o materiales, el trabajador tendrá derecho a permanecer con su familia en su lugar de residencia, albergue u hogares de familiares.

Del mismo modo, si el trabajador no se encuentra en condiciones seguras para trasladarse, tendrá justificación para faltar a sus obligaciones laborales durante el tiempo que se permanezca en esta situación.

Este tipo de permiso dependerá del sentido común que aplique cada empleador con quienes se encuentren en situaciones extremas.



EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO: RETRIBUCIÓN DE LOS SERVICIOS

LAS REMUNERACIONES Y OTRAS PRESTACIONES.

El contrato de trabajo supone la existencia ineludible de ciertos elementos: prestación de servicios, vínculo de subordinación y dependencia del trabajador en relación a su empleador y, finalmente, el pago de una determinada suma por tales servicios, que recibe el nombre de remuneración.

El pago de la remuneración es la principal obligación que asume el empleador además de proporcionar el trabajo para el cual el trabajador ha sido contratado. La remuneración en nuestra legislación reviste especial importancia, por lo cual el legislador se ha preocupado de dictar una serie de normas que tienden a su adecuada protección. Corresponde a una cláusula mínima del contrato, ya que en el contrato debe estar establecido claramente cuánto se pagará, cuándo y por qué concepto, sin perjuicio de que alguno de los montos no sean valores exactos. Por consiguiente, el no pagar la remuneración o no hacerlo en forma oportuna, es un *incumplimiento grave de las obligaciones del contrato*, siendo una causal de término del contrato, dando lugar a las indemnizaciones por término a que tiene derecho el trabajador.

CONCEPTO Y CLASES DE REMUNERACIÓN.

Definición de remuneración (art. 41 CdT): *“Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”.*

Requisitos copulativos de la definición

De la definición legal de remuneración se infiere que para que un estipendio pueda ser calificado de remuneración es necesario que concurren los siguientes requisitos copulativos:

- Debe tratarse de una contraprestación en dinero o de una adicional en especie avaluable en dinero. La remuneración tiene un contenido pecuniario porque debe estar representada por dinero, sin perjuicio que se admite que esta pueda ser aumentada por prestaciones adicionales en especie, que deben ser valuadas en dinero, generalmente conocidas con el nombre de regalías, por ejemplo, en el caso de los trabajadores del campo, es normal que reciba sueldo y que reciba una casa para vivir con



su familia, lo que viene siendo parte de la remuneración. Entonces podemos concluir que normalmente será pagada en dinero, lo que se enfatiza en el art. 54 que indica que las remuneraciones se estipularán y pagarán en moneda de curso legal, sin perjuicio de lo que estipula el art. 10 inciso 2, cuando se refiere a los beneficios adicionales que puede suministrar el empleador. Atendido el contenido de estas disposiciones, las remuneraciones en especie sólo pueden tener un carácter adicional o complementario de las remuneraciones en dinero.

- La contraprestación debe ser pagada por el empleador al trabajador. De esta manera, no pueden ser calificadas como remuneración las sumas que un tercero paga al trabajador, como por ejemplo las ayudas que el Sindicato reparte entre sus socios o las asignaciones familiares que la seguridad social paga a los beneficiarios.
- El derecho del trabajador para percibir esta contraprestación debe tener por causa el contrato de trabajo. Atendido el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, las obligaciones del trabajador de prestar servicios y la del empleador de pagar la remuneración son recíprocas. En otras palabras, podemos sostener que la causa de la remuneración es la obligación del trabajador de prestar sus servicios personales. La DT se ha encargado de precisar que la causa de remuneración es amplia porque se encuentra desligada de la prestación efectiva de los servicios –salvo en el caso del sueldo (art. 42 letra a) – y, en consecuencia, sólo se exige la existencia de una relación laboral (dictamen DT N° 1.968/117 de 14 de abril de 1999). Esto es lo que justifica que los trabajadores que se encuentran regidos por el inciso segundo del artículo 22 del CdT sí reciban remuneración, pero no sueldo.

Otros elementos de importancia de la remuneración

- En materia tributaria la remuneración es una renta para el trabajador y, en cuanto tal, se encuentra gravada con el impuesto de segunda categoría, que el empleador debe retener y pagar al Fisco, por lo tanto, si se empieza a burlar porque se le paga con autos, con pasajes, etc. (lo cual no constituye *renta*) se sanciona con multas muy altas.
- Para la seguridad social la remuneración constituye la base sobre la cual se calcularán las cotizaciones que son de cargo del propio



trabajador para financiar pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, salud previsional y cesantía, y del empleador para financiar el seguro social de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y el seguro de cesantía.

- A su vez, la remuneración constituye la base sobre la que se calcularán las indemnizaciones por término de contrato (última remuneración mensual devengada) y los feriados (remuneración íntegra).

Las remuneraciones son **imponibles y tributables**, por lo que esta debe estar fijada en un monto de dinero determinado, aun cuando se traten de especies, ya que estas deben estar valuadas en dinero.

Carácter extensivo del concepto de Remuneraciones:

- La regla general es que todo lo que recibe el trabajador como contrapartida de los servicios prestados será considerado remuneración.
- Basta que se configuren los elementos señalados en la ley para que un estipendio sea remuneración. Basta que sea contraprestación en dinero o en especie avaluable en dinero que se da a causa del contrato para que se considere remuneración

Clasificación de las remuneraciones:

En cuanto a cómo puede pagarse:

- a) En dinero.
- b) En especies valuables en dinero: la cual sólo puede tener un carácter *adicional*. Nunca puede ser superior al 50% del sueldo

En cuanto a cómo se puede fijar la remuneración:

- a) Unidad de tiempo: día, semana, quincena, o mes. Este tipo de remuneración se refiere al tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador prestando sus servicios. El periodo más largo es la *unidad de mes*
- b) Medida u obra: Referida a la productividad del trabajador, por ejemplo, se pagará el sueldo en la medida que se logren asfaltar 10 metros de carretera. Ahora bien, si no cumple con



ese nivel de productividad, el trabajador no puede recibir montos menores al Ingreso Mínimo Mensual.

En cuanto a su fuente

- a) Remuneraciones legales: Son aquellas remuneraciones que la ley establece pagar, como las mencionadas en el artículo 42 del CdT.
- b) Remuneraciones convencionales: Son aquellas que nacen del acuerdo de las partes, por ejemplo, bono de producción.

En cuanto a su origen

- a) Remuneraciones ordinarias: son aquellas que nacen como consecuencia de la retribución de los servicios prestados, lo que determina que su pago tenga lugar con cierta periodicidad como, por ejemplo, el sueldo, la comisión, etc.
- b) Remuneraciones extraordinarias: son aquellas que nacen a título de retribución de servicios prestados esporádicamente, en cuyo caso el pago se verifica cuando se acredita el cumplimiento de los requisitos que se fijan para impetrarlos. Un caso típico de este tipo de remuneración es el sobresueldo u horas extraordinarias.

En cuanto a su periodicidad

- a) Remuneración fija: es aquella que en forma periódica, semanal, quincenal o mensual percibe el trabajador, siendo fija en la medida que su monto no varíe en sus períodos de pago, siendo el sueldo un ejemplo típico de este tipo de remuneración.
- b) Remuneración variable: se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes, como por ejemplo las comisiones.
- c) Remuneración mixta: Es aquella en que se pagan tanto remuneraciones fijas y variables, por ejemplo, un sistema remuneracional compuesto por sueldo base y comisiones.



- d) Remuneración esporádica: es aquella que se percibe por algún motivo especial, principalmente ciertas celebraciones, por ejemplo, los aguinaldos

Esta clasificación es importante, entre otras cosas, para la determinación de la remuneración durante el feriado conforme al artículo 71 del Código del Trabajo.

En cuanto a cómo subsiste.

- a) Remuneraciones principales: Una remuneración puede ser clasificada de principal cuando responde a la contraprestación fundamental pactada en el contrato, en términos que no depende de otra para su procedencia y cálculo, por ejemplo, el sueldo, bono de antigüedad, etc.
- b) Remuneraciones accesorias: La remuneración es accesorio, cuando se calcula sobre la remuneración principal, como, por ejemplo, el sobresueldo u horas extraordinarias.

Remuneración Íntegra (Arts. 67 y 71) v/s Última Remuneración Mensual (Art. 172)

- **Remuneración íntegra**

Los artículos 67 y 71 establecen lo que se conoce como "**remuneración íntegra**", es decir, cómo deben pagarse las vacaciones (*feriado anual*): *íntegramente*, o sea igual que si se estuviera trabajando, a saber:

Art. 67. Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, **con remuneración íntegra** que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento (...).

Art. 71: "Durante el feriado, la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija".

En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados (...).

Si el trabajador estuviere remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquél y el promedio de las restantes.



Cuando hablamos de remuneración íntegra, tenemos que remitirnos al concepto de remuneración del artículo 41, que entre sus elementos esenciales se encuentra que sea "a causa del contrato de trabajo", por lo tanto, la peculiaridad de la "remuneración íntegra", recae en que no incluye aquellos montos que son asignaciones no remuneracionales, los cuales expresamente no constituyen remuneración bajo ningún respecto. Por otro lado, dichos montos no son a causa del contrato de trabajo, sino que más bien tienen por objeto reembolsar gastos en que deba incurrir el trabajador con ocasión de la concurrencia a sus labores y de la prestación de los servicios. Además, es necesario precisar que el mismo artículo 71 indica qué prestación es la que constituye la remuneración íntegra, que en este caso es el sueldo o sueldo base.

El art. 61 se refiere a la *liquidación concursal*, particularmente qué se considera remuneración para efectos de la prelación de créditos.

- **Última remuneración mensual:**

El art. 172 inciso primero explica lo que se entiende por **última remuneración mensual**, para efectos de determinar el monto de la indemnización por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo.

Art. 172 CT: "Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 163 bis, 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad.

Lo peculiar de este concepto, es que también tienen que entenderse incluidas aquellas asignaciones que no constituyen remuneración, pues la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo y la jurisprudencia judicial de la CS han señalado que si la gratificación es pagada mes a mes, sea la legal o convencional, debe incluirse en el cálculo de la indemnización por años de servicios por no corresponder a los beneficios que el legislador expresamente ha excluido. Igual cosa acontecería respecto de las asignaciones de colación, movilización, de desgaste de herramientas e incluso los viáticos si tales beneficios son pagados al dependiente en forma mensual.



No constituyen remuneración:

El **art. 41 inciso 2º** señala; *“No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja⁴¹, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares⁴² otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”*.

Todos son pagos voluntarios, salvo la indemnización. Sobre estos pagos, no se paga impuestos ni se cotiza, porque no tienen por causa el contrato, sino que en ocasión del contrato.

Concepto: Son sumas de dinero pagadas por el empleador sin que tengan por causa la obligación del trabajador de prestar sus servicios personales.

Son más bien una ayuda para solventar algunos gastos o para devolver un gasto en que haya incurrido el trabajador para ejecutar el servicio, por ejemplo el viático en que el empleador debe pagar los gastos de traslado alimentación y habitación cuando el trabajador tuvo que viajar para prestar el servicio.

Características:

- Son absolutamente Voluntarias o convencionales
- No entran al patrimonio del trabajador
- No son Imponibles ni tributables, ya que no entran dentro del concepto de remuneración.
- No se consideran para el pago de horas extraordinarias.
- Algunas de ellas no se consideran para el pago de la indemnización por el término de contrato
- No se les aplican las normas de protección a las remuneraciones, o sea que se podría hacer un descuento de las asignaciones no remuneracionales, con la venia del trabajador que exceda los máximos legales

⁴¹ Asignación para si al final del día no cuadra la caja. Si cuadró, la asignación queda para uno, si no, deberá poner de su plata.

⁴² Pagadas por las cajas de compensación, que administran la asignación familiar. Este derecho lo tienen quienes ganen bajo 600 mil pesos.



- **Regla General:** Se encuentra establecida en la parte final del inciso segundo del artículo 41, que indica **“las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”**, es decir, sumas de dinero que tienen por objeto resarcir o compensar al trabajador de pérdidas y gastos en que puede o debe incurrir con ocasión de su concurrencia al trabajo y de su prestación efectiva de servicios, por lo que no generan un incremento de su remuneración.

Requisitos para que sean asignaciones no remuneracionales:

1. Como nombramos al principio, por regla general son convencionales
2. Deben ser montos compensatorios
3. Deben ser de monto razonable y prudente, de acuerdo con los gastos efectivos en que se incurra. La razonabilidad de estas asignaciones para la DT implica que deben interpretarse restrictivamente y que:
 - a) No deben ser excesivas en relación con los costos del mercado.
 - b) No deben ser desproporcionadas en consideración a la jerarquía que ocupa el trabajador dentro de la empresa.
 - c) No pueden resultar excesivas en relación con el ingreso del trabajador.
 - d) No pueden tener un objeto distinto a la finalidad con que se estableció en la ley.

Sin perjuicio que es la propia ley la que enuncia que asignaciones no tendrán el carácter de remuneración, es común que las partes acuerden sumas a título de asignación no remuneracional con el objeto de incrementar el monto líquido percibido por el trabajador. Sin embargo el hecho de pagar –muchas veces de forma excesiva- asignaciones no remuneracionales en comparación a lo que se recibe a título de remuneración, tiene por fundamento real tratar de disimular pagos remuneratorios en las asignaciones, reduciendo de esta forma la base imponible aplicable al pago de cotizaciones de seguridad social, y generando el fenómeno conocido como “encubrimiento de remuneración” o en el peor de los casos “evasión previsional”, lo cual es perjudicial para el trabajador en ámbitos de suma relevancia como son sus cotizaciones previsionales, pues el empleador no le impone por el monto que realmente corresponde. Todo esto lleva a una seria disminución de ellas,



a un daño del principio de primacía de la realidad y a un incumplimiento grave de las obligaciones que establece el contrato de trabajo por parte de este, lo cual faculta al trabajador a ejercer acciones como el despido indirecto contemplado en el artículo 171 del CdT.

En virtud de lo anterior, es que la DT se ha visto en la necesidad de calificar qué asignaciones, en los hechos, revisten o no el carácter remuneracional, y para ello ocupa el criterio de razonabilidad con sus respectivas aristas, correspondiendo al Inspector del Trabajo calificar las circunstancias en cada caso particular.

Finalmente, todos los montos que superen gastos razonables previstos para fines compensatorios, es decir resulten excesivos, constituyen remuneración y adquieren el carácter de imponible para todos los efectos legales, aun cuando se pague en razón de un concepto definido expresamente por el legislador como no remuneratorio.

Son asignaciones no remuneracionales (art. 41 inciso 2º)

a) Asignación de movilización y Asignación de colación

Se entiende por asignaciones de colación y movilización aquellas contraprestaciones de carácter compensatorio que las partes acuerdan en los contratos individuales o colectivos de trabajo, cuyo objeto es resarcir el valor de los alimentos que debe consumir el trabajador durante el cumplimiento de su jornada de trabajo⁴³, como también de aquellos derivados del traslado de su domicilio a su lugar de trabajo y viceversa

Ambas nacen de la mera liberalidad del empleador o de una negociación con el trabajador, debiendo existir una causa que justifique otorgarla.

No son imponibles en la medida que tengan un carácter compensatorio, es decir, que sean **montos razonables y prudentes** en relación a la finalidad para la cual se han establecido, de entregar al trabajador una suma equivalente al costo real del gasto que le implique alimentarse y movilizarse con motivo del desempeño del trabajo. Para ello se debe considerar su monto en relación con el valor que normalmente deben pagar los trabajadores por el rubro destinado a ser cubierto por esta prestación, al rango socioeconómico de éstos y el nivel de remuneración de los mismos.

No obstante, y según lo ha dicho la Dirección del Trabajo, aun cuando las asignaciones de colación y de movilización hayan sido excluidas del concepto legal de remuneración, adquirirán tal carácter en la medida que

⁴³ Respecto a la asignación de colación, la doctrina ha entendido que puede ser en dinero o en especie.



las sumas otorgadas por esos conceptos excedan el gasto razonable que el trabajador deba incurrir en alimentación y movilización con motivo del desempeño de sus labores, correspondiendo al Inspector del Trabajo respectivo calificar esta circunstancia en cada caso en particular. (Ordinario N°5904 de 19.11.2018).

Criterios para determinar el monto de la Colación o la Movilización

- 1° La naturaleza, estructura y características de la empresa.
- 2° El lugar que ocupa el trabajador dentro de la empresa.
- 3° El nivel jerárquico del trabajador.
- 4° La labor o actividad que desempeña y su remuneración, etc.

b) Asignación de pérdida de caja

La asignación por pérdida de caja es aquella suma de dinero que se paga a los trabajadores que cumplen funciones de cajeros o que, con motivo de sus cargos, custodian dineros o valores, a fin de ponerlos a cubierto de las pérdidas eventuales de dinero y/o mercaderías a que pueden verse expuestos. El monto debe ser razonable y prudente en relación con la finalidad para la cual fue establecido, en este caso, para precaver eventuales pérdidas de caja, que el trabajador debiera estar obligado a solucionar de su costa y tener la debida proporcionalidad respecto con la remuneración del trabajador.

Si el faltante de caja es superior a la asignación de pérdida de caja, o aquellos que tengan su origen en una negligencia grave del trabajador, así como los faltantes que tengan su causa en un acto doloso del dependiente (hurto o robo) no se encuentran considerados en esta asignación y a su respecto procede la aplicación de todas las sanciones laborales y criminales contempladas en la ley. Así lo ha sostenido también la jurisprudencia administrativa, e incluso ha manifestado que en estos casos el empleador podría deducir de esta asignación los montos aludidos, sin que se requiera el consentimiento del dependiente.

c) Asignación desgaste de herramienta

La asignación por desgaste de herramientas es una suma de dinero que se otorga al trabajador que labora con herramientas de su propiedad en compensación por el desgaste que puedan experimentar estas últimas, a



causa de su uso. Su finalidad es el reemplazo o reparación de las herramientas de propiedad del trabajador que éste utiliza en la prestación de sus servicios.

Respecto a sus características y requisitos, se menciona que: (iii) surge de la libre convención de las partes; (ii) el empleador debe consentir o autorizar el uso de las herramientas por parte del trabajador; (iii) el acuerdo debe constar en el contrato; (iv) debe ser consecuente con un avalúo real de las respectivas herramientas que aporta el trabajador, es decir, ser razonable y prudente.

d) Viáticos

No hay definición legal del concepto; pero según la jurisprudencia: "es la suma de dinero, de monto razonable y prudente, que los empleadores pagan a los trabajadores a fin de que éstos solventen los gastos de alimentación, alojamiento o traslado en que incurran con motivo del desempeño de sus labores, siempre que para dicho efecto deban ausentarse del lugar de su residencia habitual". Estos deben ser -como se menciona- de un monto razonable y prudente, están sujetos a rendición de cuentas y a la debida comprobación del organismo de previsión".

e) Indemnización por años de servicio y las demás indemnizaciones que procedan por término del contrato de trabajo

Las indemnizaciones a que se refiere el art. 41 son: (i) la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163, se otorga una indemnización equivalente a una remuneración por cada año de servicio prestado; y (ii) las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual (ejemplo: mes de aviso, las convencionales, feriado proporcional).

Tal como su nombre lo dice, tienen un carácter indemnizatorio y no corresponden a una contraprestación de los servicios en los términos establecidos en el artículo 41 del CdT

f) Prestaciones familiares

Las asignaciones familiares son prestaciones que la seguridad social (el estado) a través de sus instituciones correspondientes, otorga periódicamente a la familia y en relación con las cargas que viven a expensas del jefe de hogar, esto es, la cónyuge y el cónyuge inválido; los hijos y los adoptados hasta los 18 años, y los mayores de 18 y menores de



24 años, solteros, que cursen estudios regulares en la educación media, técnica, especializada o superior, en instituciones del Estado o reconocidas por éste; la madre viuda; los ascendientes mayores de 65 años y los niños huérfanos o abandonados, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos por el legislador.

Estas asignaciones familiares se encuentran reguladas en el Sistema Único de Prestaciones Familiares (DFL N° 150, de MTPS, de 1981), no son de cargo de los empleadores, sino que estos las entregan materialmente a los trabajadores en su calidad de administradores delegados.

g) Devolución de gastos en que incurra el trabajador por causa del contrato de trabajo

No constituyen remuneración tanto las devoluciones de los gastos en que el trabajador incurra por causa del contrato de trabajo, esto es, que guardan directa relación con la prestación de sus servicios, por ejemplo, las becas escolares otorgadas por la empresa a un trabajador para que perfeccione sus estudios; como aquellas cantidades de dinero que el empleador entrega a los trabajadores de las empresas, en particular a aquellos que desempeñan labores de dirección, a fin de que incurran en diversos gastos relacionados con el giro de la actividad y destinados a promocionar los productos y servicios que éstas ofrecen, respecto de las cuales el trabajador está obligado a rendir cuenta con la documentación pertinente a nombre de la empresa, por ejemplo los gastos de representación de los gerentes.

En ambos casos estas percepciones no son imponibles ni tributables para el trabajador.

Otros casos que consideramos relevantes:

h) Gastos de traslado

El empleador está obligado a pagar al trabajador los gastos razonables de ida y vuelta si para prestar servicios hizo cambiar a su trabajador de residencia. Estos gastos no constituirán remuneración (artículo 53). Se comprende en los gastos de traslado del trabajador, los de su familia que viva con él.

No existirá la obligación del presente artículo cuando la terminación del contrato se produjere por culpa o por la sola voluntad del trabajador.



i) Propinas

Corresponden a una suma de dinero –de carácter voluntaria- con la que el cliente recompensa el servicio prestado por el trabajador. El monto de la propina equivale a un porcentaje del precio pagado por el cliente en su cuenta. La Dirección del Trabajo ha señalado que **al ser un porcentaje adicional y voluntario que el cliente puede agregar a la cuenta de consumo cuando es atendido directamente por el dependiente**, sin perjuicio que el empleador intervenga en su distribución en el evento de ser pagada con cheque o tarjeta de crédito, **y no corresponder a una contraprestación** en dinero y las adicionales en especie valuables en dinero que **debe percibir el trabajador de parte del empleador** por causa del contrato de trabajo, no constituye remuneración para los dependientes que la perciben, razón por la cual no es imponible ni debe ser considerada para la determinación de la remuneración íntegra que debe percibir el dependiente durante su feriado legal. Tampoco resulta jurídicamente procedente incluirla para el cálculo de la indemnización legal por años de servicio ni para la sustitutiva del aviso previo (**ORD. N° 4398/170 del 27.09.2004**).

Algunas consideraciones importantes

- Aplica respecto de los establecimientos que atiendan público a través de garzones, como restaurantes, pubs, bares, cafeterías, discotecas, fondas y similares.
- El empleador deberá sugerir, en cada cuenta de consumo al cliente, el monto correspondiente a una propina de a lo menos el 10% del mismo, la que deberá pagarse por este, salvo que éste manifieste su voluntad en contrario.
- Los trabajadores tendrán derecho a percibir todas aquellas sumas que por concepto de propinas entreguen los clientes de dichos establecimientos, sea en forma directa y en dinero en efectivo al trabajador, como también y a su elección a través de los medios de pago aceptados por el empleador, tales como tarjetas de crédito, de débito, cheques u otros títulos de crédito.
- El empleador no podrá disponer de ellas, deberá entregarlas íntegramente a los trabajadores y no podrá efectuar descuentos de ninguna naturaleza sobre las mismas. Tampoco podrá distribuir las propinas, facultad que sólo recae en los trabajadores que las reciben del cliente, las que se entenderán de su propiedad.
- Tratándose de pagos con tarjetas de crédito u otros títulos de crédito, el empleador deberá liquidar y enterar dichas sumas en



la fecha en que acuerde con sus trabajadores, plazo que no podrá exceder de 7 días hábiles desde que se recibieron del cliente. En estos casos, el empleador deberá entregar al trabajador copia del vale o comprobante en que conste la cantidad total pagada y el valor del servicio o producto adquirido.

- Tratándose de eventos especiales organizados por el empleador y que sean pagados con posterioridad a su celebración, este plazo se extenderá hasta la fecha de pago de la respectiva factura, cuando la propina esté incorporada a ella.
- Si las propinas no son pagadas en efectivo, los plazos anteriores podrán extenderse excepcionalmente cuando, producto del aislamiento geográfico de la zona en que se encuentre el establecimiento, unido ello a la falta de medios electrónicos de pago, no sea posible entregar las propinas en el tiempo establecido.
- Las normas contenidas en los incisos segundo, tercero y cuarto de este artículo serán también aplicables, en lo pertinente, en aquellos establecimientos de atención al público en los que se deje propina, como las estaciones de expendio de combustibles u otros. Los establecimientos que acepten medios electrónicos de pago deberán permitir que la propina también pueda ser pagada por los mismos medios.

Constituyen remuneración (art. 42):

Art. 42 CT. “Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:

- a) **Sueldo, o sueldo base**, que es el “*estipendio obligatorio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo*”, sin perjuicio de la existencia de beneficios adicionales especies avaluables en dinero (artículo 10 inciso segundo). **El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual.** Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador,



por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador.

□ Requisitos del sueldo base:

El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual: el ingreso mínimo es el derecho que tiene el trabajador cuando ha trabajado al menos 45 horas a la semana. Se exceptúan de esta regla los trabajadores que hayan convenido con su empleador jornadas parciales de trabajo, pues en tal caso el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, sino que deberá calcularse proporcionalmente en relación con la jornada ordinaria de trabajo.

Exceptuados del derecho a recibir sueldo:

- Trabajadores exentos del cumplimiento de jornada de acuerdo al artículo 22 del CT. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inc. 2º del art. 22 se presume que el trabajador está afecto a cumplimiento de la jornada:
 - Cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores.
 - Cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos.
 - Cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollan las labores (fiscalización superior inmediata), entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador solo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en regiones diferentes de la del domicilio del empleador.

Requisitos para que la remuneración sea calificada como sueldo.

- *Que se trate de un estipendio obligatorio:* es una forma de remuneraciones obligatoria, es decir, debe existir tratándose de



todos los trabajadores dependientes, excepto aquellos que están exentos del cumplimiento de jornada.

- o *Debe ser fijo*: es decir, que exista la posibilidad cierta de percibirlo mensualmente, toda vez que éste deriva de la sola prestación de los servicios en una jornada ordinaria de trabajo y que su monto y forma de pago debe estar determinado concretamente en el contrato de trabajo o bien deben establecerse las bases que sirvan para determinarlo, como ocurre cuando es pactado en unidades reajustables. No depende del acaecimiento de ningún elemento aleatorio.

Lo que caracteriza a la fijeza no es que las partes establezcan un monto fijo de dinero, sino que haya certidumbre respecto de su percepción, bastando para ello que en el contrato se establezcan los eventos que lo hacen procedente, además de su monto y forma de pago. En palabras simples, todos los meses, el trabajador de forma regular y periódica percibe un determinado monto fijo.

- o *Debe ser pagado en dinero*: es decir, es de carácter pecuniario, sin perjuicio de que también constituyan sueldo los beneficios adicionales que suministra el empleador en forma de casa habitación, luz, combustible, alimentación u otras prestaciones en especie o servicios, las cuales para constituir remuneración deben ser apreciables en dinero, fijas, periódicas y contractuales.
- o *Que se pague en periodos iguales determinados en el contrato de trabajo*: la prestación no tiene carácter esporádico, sino que debe pagarse por períodos iguales. Al respecto, el artículo 44 permite fijar las remuneraciones por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes, periodicidad que se aplica al sueldo base, en la medida que su monto respete el mínimo señalado precedentemente
- o *Que sea consecuencia de la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo*: o sea, debe reconocer como causa inmediata de su pago la ejecución del trabajo convenido, en términos tales que se entiende que cumplen esta condición todos aquellos beneficios que dicen relación con las particularidades de la respectiva prestación, por ejemplo, las establecidas en razón de la preparación técnica que exige el desempeño del cargo, el lugar en que se encuentra ubicada la faena, las condiciones físicas, climáticas o ambientales en que deba realizarse la labor, etc. (lo que se paga es la puesta a disposición de otra persona. No se paga por *productividad*, pues esta se mide por la *comisión*).



Toda remuneración que reúna las características mencionadas en el CT (art. 42 letra a) constituye sueldo del trabajador sin importar el nombre que le han dado las partes.

¿Por qué es importante conocer estos elementos? Muchos empleadores fijan el sueldo base igual al IMM, no obstante, pagan otros conceptos que elevan la mensualidad del trabajador, lo que conlleva que la remuneración pagada por horas extra o las cotizaciones se calcule con el IMM, lo cual viene siendo una vulneración tanto para el trabajador como para el principio de primacía de la realidad.

La importancia de determinar el sueldo dentro de una remuneración que tiene varios componentes radica en que, por una parte, su monto no puede ser inferior al ingreso mínimo (salvo el caso de los trabajadores no afectos a jornada) y, por otra parte, debido al hecho de que el sueldo sirve de base para calcular otros estipendios tales como el sobresueldo u horas extraordinarias.

¿Qué ocurre con los bonos?: Dentro del sueldo, también podrían caer los bonos de asistencia, de actividad, etc. ya que reúnen las características de fijeza, de periodicidad, y va en directa relación con el cumplimiento de una jornada de trabajo que tiene que ver con la prestación de los servicios.

La Dirección del Trabajo indica que concepto bono responde a una secuencia específica y determinada de la prestación de servicios, como, por ejemplo, el estímulo a la productividad, a la asistencia, a la eficiencia, a la puntualidad, etc. De esta forma, si se quiere incentivar un aspecto de la relación laboral, las partes son libres para convenir el pago de un determinado monto que se encuentren condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos que las mismas partes fijan, de manera que cumpliéndose los requisitos se devenga el bono. Finalmente, cabe señalar que el bono es remuneración y por tanto imponible, por ser una contraprestación en dinero que percibe el dependiente del empleador por causa del contrato de trabajo.

- El objeto de modificar el concepto a “sueldo base” fue limitar qué se entiende por componente fijo y variable;
- Lo *variable* dice relación con *productividad*.

No hay que confundir sueldo con remuneración. El sueldo no tiene que ver con la causa directa del contrato, sino con la prestación de servicios en una jornada ordinaria. La remuneración es el género (tiene distintas categorías), el sueldo la especie (es lo más pequeño)



b) **Sobresueldo**, que consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo;

- Las horas extraordinarias se pagan con un recargo del 50% sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deben liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo período.
- El sobresueldo se calcula tomando como base el valor hora trabajada.
- Las horas extraordinarias deben calcularse en relación con el sueldo convenido para la jornada ordinaria, no siendo jurídicamente procedente considerar para estos efectos un sueldo de monto inferior al ingreso mínimo. En palabras sencillas, si el sueldo convenido es menor o si derechamente no existe, la base de cálculo para el aludido recargo es el valor asignado al ingreso mínimo.
- El recargo legal del 50% se aplica de igual forma cualquiera que sean los días y los horarios en que se laboren las horas extraordinarias. En todo caso, no existe inconveniente jurídico en que las partes pacten un recargo mayor al 50% que la ley establece como recargo mínimo.
- No se incluye lo que se gana por gratificación.
- Las reglas referidas a las horas extraordinarias ya fueron explicadas en la página 216 y siguientes de este apunte.

c) **Comisión**, que es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador;

- La comisión es la remuneración variable por excelencia, o sea, constituye un estipendio que implica la posibilidad de que el resultado mensual total sea desigual de un mes a otro.
- La existencia de la comisión está subordinada a las ventas, compras u otras operaciones comprendidas en el giro comercial de la empresa, vale decir, a que se suscriban los contratos que perfeccionan tales negocios. Por ello, no es procedente que el empleador condicione el pago de la comisión a otros hechos, tales como el pago efectivo por parte del cliente de su obligación contractual.



- Los trabajadores que son remunerados exclusivamente mediante una comisión reciben el nombre de comisionistas. Las partes podrían pactar un sistema de remuneración mixta que contemple un sueldo mensual y comisión. En tal caso, el trabajador no es estrictamente comisionista

¿Cómo distinguirla de otro pago?;

✓ Lo normal es que esté estipulado en el contrato del trabajador (dentro de las cláusulas mínimas), qué porcentaje va a tener sobre qué ventas o compras.

✓ Es una remuneración variable y voluntaria.

✓ No todos los meses serán iguales.

✓ Pueden existir o no.

- La comisión tiene un cierto parecido con el sistema de la remuneración a trato, pues en definitiva la remuneración del comisionista estará subordinada al número de operaciones que el empleador efectúe con su colaboración.
- La Dirección del Trabajo ha señalado en su doctrina administrativa que el derecho al pago de comisión se genera para el trabajador en el momento mismo en que se efectúa la prestación, es decir, cuando éste hubiere efectuado la venta, compra u otra operación establecida en su contrato de trabajo, como una obligación pura y simple (ej. Se pagará el 1% de las ventas cuando se haya vendido algo), sin que le afecte limitación alguna, no siendo viable, por tanto, que el empleador la supedite a una condición suspensiva, esto es, a un hecho futuro e incierto, el cual, mientras no se produzca, suspende el ejercicio del derecho a tal remuneración. Por lo tanto, para que esta nazca solo necesita cumplirse la condición de la prestación de servicios personales y subordinados, en los términos convenidos en el contrato de trabajo (Dictamen N°4680/205 de 20.08.1996).

Independiente de cuando se pague, apenas ocurre la venta se produce la obligación de pagar la comisión. (Por ejemplo "Ganaras una comisión por televisor vendido, siempre que no lo vengas a devolver dentro de los próximos 30 días", es una cláusula ilegal).



- Tampoco necesita que haya *utilidad*. Por lo tanto, aun cuando la empresa no tenga utilidad por lo vendido/comprado, de todas formas, procede la comisión (por ejemplo, posterior a la venta la empresa quiebra).
- Es importante la *forma de redacción* de las cláusulas de comisión (para distinguirlas de otros pagos) Cuando se ha efectuado alguna de las operaciones descritas, se produce la ganancia de la comisión.
- Es el *empleador*, el que determina las comisiones; es parte de su poder de dirección.
- No tienen derecho al pago de sobresueldo ya que esta remuneración no constituye sueldo por la circunstancia de que carece del elemento fijeza.
- Estos trabajadores tienen derecho a que su descanso semanal sea pagado a través de la denominada semana corrida porque su remuneración se devenga por cada día efectivamente trabajado.
- En el caso que estos trabajadores no logren enterar la remuneración mínima con la prestación de sus servicios durante el mes, **el empleador está obligado a pagarles el ingreso mínimo mensual** porque esta garantía no se desvirtúa por la modalidad en que se paga la remuneración al trabajador ni es procedente que el empleador le transfiera el riesgo de la actividad al dependiente ya que de ese modo se alteraría el carácter del contrato transformándose, por ejemplo, en un contrato de sociedad.

d) **Participación**, que es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma.

Es un concepto cuyo origen es netamente Voluntario o convencional, lo que lo diferencia de la Gratificación.

- Es una forma de la participación en las utilidades.
- De esta definición, entendemos que la distinción con la *comisión* está dada por la *proporción en las utilidades*, por lo tanto, no importa la venta de *un chaleco*, sino que de todo lo que vendió la tienda (o respectiva sección de la misma).



- Puede pactarse sobre utilidades liquidadas o brutas de un negocio determinado, de una empresa o de una o más secciones o sucursales.
- Es un tipo de remuneración *convencional*, cuyo origen es exclusivamente **contractual** (no en la ley, a diferencia de las gratificaciones que están establecidas por ley)
- Estas son una remuneración, por lo tanto, son imponibles y tributables (se pagan cotizaciones e impuestos por ellas).
- Normalmente se utilizan como *incentivo* (dar proporción de las utilidades para motivarse a vender más) Por lo mismo, suelen llamarse “bonos de productividad” o “bonos de cierre del año”.
- Es aleatoria, pudiendo haber o no participación pues depende si se han obtenido utilidades.
- Por lo anterior, es una obligación sujeta a *condición suspensiva*, que, si falla, se extingue la obligación (no hubo utilidad - no hay participación)
- Es *accesoria*, es decir, nadie puede estar trabajando sólo por participación.

Se tiende a confundir la participación con la gratificación pues ambas suponen la existencia de utilidades, sin embargo, presentan diferencias importantes, a saber:

- a) La participación tiene un origen contractual, su existencia, monto y condiciones dependen del acuerdo de las partes. La gratificación tiene un origen legal, la ley obliga a pagarla cuando concurren ciertos requisitos.
- b) La participación se puede calcular sobre las utilidades de un negocio, de una empresa o de una o más secciones de una empresa. La gratificación se calcula sobre las utilidades de la empresa en su conjunto, sin considerar la sucursal.
- e) **Gratificación**, que corresponde a la parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.



Elementos de Importancia

- Remuneración anual que **debe** pagarse al trabajador si cumple con ciertos requisitos (art. 47).
- A diferencia de la participación, que es una estipulación voluntaria y convencional que se determina en cada contrato, **la ley obliga a pagar gratificación a aquellas empresas que tengan utilidades** (o cooperativas que perciban excedentes)
- No constituye una contraprestación directa por la prestación de los servicios del trabajador, sino que es una forma de participación en las utilidades de la empresa de carácter incierta.
- ¿Puede ser convencional? Si las partes convinieren un sistema de gratificaciones, éstas no podrán ser inferiores a las legales del artículo 47 y 50. Entonces si se puede, pero debe ser superior al mínimo legal (Art. 46 CT).
- Es un tipo de remuneración, y como tal se paga, pero anualmente. En virtud de lo anterior, no se incorpora para el cálculo de *indemnización por años de servicio* (pago de 1 mes, por año trabajado), salvo que este se devengue mes a mes.
- Las sumas que se paguen a título de gratificaciones, cualquiera que fuere su naturaleza, siguen la misma suerte que las demás remuneraciones, es decir, están afectas al descuento de las mismas cotizaciones que aquéllas.
- Es una remuneración de carácter variable.
- El derecho a la gratificación nace de la ley y no del contrato y se genera desde el momento que terminado el ejercicio comercial de que se trate, el resultado contable al 31 de diciembre indique que el empleador ha obtenido utilidades líquidas en su giro.
- Es un derecho mínimo y como tal, es irrenunciable.
- En caso de existir utilidades líquidas la gratificación debe pagarse a más tardar en el mes a abril del año siguiente al del ejercicio comercial de que se trate.
- Prescriben en 2 años desde que se hicieron exigibles.



Tipos de Gratificación

- a) La gratificación legal, es la parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador y cuyo cálculo se efectúa de acuerdo a las normas de los artículos 47 y siguientes del CdT.
- b) La gratificación convencional (Art. 46), se estipula en el contrato individual o en instrumentos colectivos de trabajo. Las condiciones de ella, como el monto y la forma de pago son acordadas por trabajadores y empleadores quienes no pueden estipular un monto o modalidad inferior a la gratificación legal, en virtud del carácter mínimo e irrenunciable de los derechos laborales⁴⁴. Esta modalidad se sub-clasifica en:
 - i. Gratificación convencional garantizada; es la que resulta exigible aun cuando la empresa no haya obtenido utilidades líquidas y se requiere siempre de un acuerdo expreso entre trabajador y empleador.
 - ii. Gratificación convencional no garantizada; es la que está sujeta a la eventualidad de que la empresa obtenga utilidades líquidas en el respectivo ejercicio comercial.
- c) La gratificación íntegra o completa: es la que corresponde al trabajador que al cierre del ejercicio financiero respectivo ha completado un año de servicios en la empresa.
- d) La gratificación Proporcional: es la que corresponde a los trabajadores que no alcanzan a completar un año de trabajo y que se paga en proporción al tiempo trabajado (artículo 52).

En los arts. 47 y 50 se ofrecen dos sistemas para la gratificación (legal), que puede elegir el empleador, hasta el día que presenta los papeles al SII (hasta la declaración de la renta), si no elige una opción, se entiende que aplica el art. 47, El plazo para pagarlas se fija de común acuerdo, o según la ley una vez que se haya realizado la declaración de renta.

⁴⁴ Si la gratificación convencional es de un monto inferior a la legal, el empleador deberá pagar al trabajador la diferencia resultante.



Características de la Gratificación Legal

Presenta dos características básicas:

- a) Es un beneficio remuneratorio de carácter anual: Al ser un beneficio anual, el empleador se encuentra obligado a pagarla, a más tardar, en el mes de abril del año siguiente del ejercicio comercial, sin perjuicio de conceder anticipos mensuales, bimensuales, trimestrales, etc.
- b) Es un beneficio sujeto a una condición suspensiva: La condición suspensiva a que está sujeta la gratificación legal es la eventualidad de que la empresa obtenga utilidades en el ejercicio comercial respectivo.

Sistemas de Pago

Primer sistema: sistema propio o general de las utilidades de la empresa

Art. 47 CT: “Los establecimientos mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas y cualesquiera otros que persigan fines de lucro, y las cooperativas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros, tendrán la obligación de gratificar anualmente a sus trabajadores en proporción no inferior al treinta por ciento de dichas utilidades o excedentes. La gratificación de cada trabajador con derecho a ella será determinada en forma proporcional a lo devengado por cada trabajador en el respectivo período anual, incluidos los que no tengan derecho”.

- Están obligados a pagarla, “los establecimientos comerciales, mineros, industriales, agrícolas o cualquier otro con fines de lucro y las cooperativas”.
- Que el establecimiento o empresa persiga fines de lucro, En términos generales, un establecimiento persigue fines de lucro cuando los beneficios pecuniarios que provienen de la actividad que desarrolla, ingresan al patrimonio individual del dueño de la misma, en caso de ser ésta persona natural, o de cada uno de los asociados, en el evento de que lo sea una sociedad, esto es, una persona jurídica que por esencia persigue una finalidad de lucro o beneficio directo de las personas naturales que la componen.
- Que estén obligados a llevar libros de contabilidad. En general, se trata de establecimientos o empresas que están obligadas a tributar sobre la base de "renta efectiva" y que, por consiguiente,



deben liquidar el impuesto a la renta. Lo anterior supone la obligación de llevar contabilidad completa.

- Que obtengan utilidades o excedentes líquidas en su giro (en el período anual respectivo).

Agrega la misma disposición que el monto que corresponde a cada trabajador se determinará en forma proporcional a lo que el mismo haya devengado en el respectivo período anual, incluidos los que no tengan derecho. Ello implica que en el estudio operacional debe incluirse a aquellos que no están afectos al sistema de gratificación legal, o sea los que han convenido su gratificación con el empleador.

La Utilidad y la Utilidad líquida

De acuerdo al artículo 48 se entiende por “utilidad” la que resulte de la liquidación que practique el Servicio de Impuestos Internos para la determinación del impuesto a la renta, sin deducir las pérdidas de ejercicios anteriores.

Por su parte, la utilidad líquida es la resultante de restar de la cantidad fijada como “utilidad” por el Servicio de Impuestos Internos, el 10% del valor del capital propio del empleador, sin que puedan deducirse las pérdidas de ejercicios anuales anteriores. En este sentido, la ley exige que, de tal resultado, deberán repartir entre todos los trabajadores⁴⁵ no menos que el 30% de las utilidades líquidas que obtenga la empresa (el resto puede invertirse, por ejemplo, en maquinaria para la empresa)

Respecto de los empleadores exceptuados del impuesto a la renta, el Servicio de Impuestos Internos practicará, también, la liquidación a que se refiere este artículo para los efectos del otorgamiento de gratificaciones.

Los empleadores estarán obligados a pagar las gratificaciones al personal con el carácter de anticipo sobre la base del balance o liquidación presentada al Servicio de Impuestos Internos, en tanto se practica la liquidación definitiva.

Procedimiento

Teniendo esto, debe repartirse entre los trabajadores de la siguiente manera

1. Se divide el 30% de la utilidad líquida obtenida en el respectivo ejercicio comercial por el total de las remuneraciones anuales

⁴⁵ “incluso los que no tengan derecho”



devengadas por todos los trabajadores durante el mismo período, incluidos los que no tengan derecho.

2. El factor resultante se multiplica por el total de las remuneraciones anuales que haya devengado el trabajador en el respectivo ejercicio comercial.
3. El resultado así obtenido constituye la gratificación que debe pagarse al trabajador.

Los empleadores optan por uno u otro sistema dependiendo; si tiene muchas utilidades les conviene aplicar el art. 50. Pero si son pocas, y se debe repartir el 30% entre otros, les conviene más.

Por ejemplo:

- Utilidad año 2020: **\$120.000.000.-**
- El capital propio es de \$200.000.000. A esto debemos sacarle el 10% para después restarlo a las utilidades, es decir, el 10% de 200.000.000 es 20.000.000
- Empresa con utilidad líquida (U.L.) al año 2020 de **\$100.000.000. (120.000.000 – 20.000.000)** ,
- **El 30% de la U.L. es \$30.000.000.-** Siguiendo a la ley, a la utilidad líquida (100.000.000) debe deducirse el 30%.
- Total de remuneraciones (T.R.) pagadas en el año 2020: **\$48.000.000.-** (ejemplo, 5 trabajadores con remuneración de \$500.000.- mensual, esto es: \$30.000.000 y 2 con remuneración de \$750.000.-, esto es \$18.000.000.-)
- Posteriormente: $30.000.000$ (30% de la U.L.) / $48.000.000$ (T.R.) = 0,625 (factor por trabajador, que debe ser multiplicado por las remuneraciones anuales que reciba el trabajador, es decir, de lo que se obtenga multiplicando la remuneración mensual por 12, que en este caso sería: $500.000 \times 12 = 6.000.000$ y $750.000 \times 12 = 9.000.000$)
- Gratificación trabajador 1 (Sueldo de 500 mil pesos) = $0,625 \times 6.000.000 =$ **\$3.750.000.-**
- Gratificación trabajador 2 (Sueldo de 750 mil pesos) = $0,625 \times 9.000.000 =$ **\$5.265.000.-**



Rol del SII

El artículo 49 dispone que la referida entidad tiene además las siguientes obligaciones:

- a) Determinar, en la liquidación, el capital propio del empleador invertido en la empresa.
- b) Calcular el monto de la utilidad líquida que servirá de base para el pago de las gratificaciones.
- c) Comunicar el antecedente anterior al Juzgado de Letras del Trabajo, Dirección del Trabajo, empleador o sindicatos, cuando lo requieran.
- d) Deberá otorgar certificaciones en igual sentido a los empleadores o sindicatos de trabajadores cuando ellos lo requieran, dentro del plazo de treinta días hábiles, contado desde el momento en que el empleador haya entregado todos los antecedentes necesarios y suficientes para la determinación de la utilidad.

Segundo sistema: sistema paliativo o especial

Art. 50 CT: "El empleador que abone o pague a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, quedará eximido de la obligación establecida en el artículo 47, sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere. En este caso, la gratificación de cada trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales. Para determinar el veinticinco por ciento anterior, se ajustarán las remuneraciones mensuales percibidas durante el ejercicio comercial conforme a los porcentajes de variación que hayan experimentado tales remuneraciones dentro del mismo".

El artículo 50 contempla una situación que, si bien califica como excepción de la obligación de gratificar, ha implicado en la práctica una segunda forma de determinar el monto de las gratificaciones al señalar que **se exime** de la obligación de gratificar con cargo al 30% de las utilidades, el empleador que abone o pague a sus trabajadores el 25% de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales. Esta forma de gratificar procede sea cual fuere la utilidad líquida que el empleador obtuviese en su balance comercial (Es independiente de las eventuales utilidades que pueda obtener la empresa). Por otra parte, la gratificación que se pague de esta forma tiene como tope la suma equivalente a 4,75 Ingresos Mínimos Mensuales.



La Dirección del Trabajo ha señalado que, para determinar el monto a pagar en este caso, deben tomarse en cuenta todas las contraprestaciones en dinero y adicionales en especie avaluables en dinero percibidas por el trabajador como retribución de los servicios prestados al empleador, como por ejemplo sueldo, sobresueldo, comisión, participación, bonos o incentivos que se paguen por períodos iguales determinados en el contrato y que reconozcan como causa inmediata al contrato de trabajo

Procedimiento

1. Se debe determinar la remuneración devengada por el trabajador durante el ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales. En el término remuneraciones mensuales se incluyen todas aquellas que se hayan devengado mensualmente.
2. Se determina cuál es el 25% de la remuneración anual y se compara con el tope de 4,75 IMM (calculado al mes de diciembre del respectivo ejercicio comercial).
3. El empleador debe pagar al trabajador a título de gratificación legal el monto menor de las cifras anteriores

Por lo tanto, para determinar el valor de la gratificación el empleador debe sumar las remuneraciones mensuales que el trabajador ganó en el año y calcular el 25% de ese monto (ej: remuneración total anual de un trabajador es \$10.000.000 x 0,25= \$2.500.000) Hecho lo anterior el empleador debe comparar el 25% de la remuneración anual del trabajador (en el ej: \$2.500.000) con los 4.75 ingresos mínimos mensuales. ej: valor Ingreso Mínimo Mensual al 31 de diciembre de 2018: \$288.000 x 4,75= \$1.368.000. Si el resultado es mayor a \$1.368.000, como ocurre en el ejemplo analizado, se pagará \$1.368.000. Por el contrario, si el valor del 25% de la remuneración anual del trabajador es menor a los 4.75 ingresos mínimos mensuales se pagará al trabajador dicho 25%.

Actualmente, el 70% de las empresas, utiliza el sistema con tope del artículo 50. Otro 20% usa el sistema del art. 47 y un 10% no utiliza ninguno, actuando en contra de la ley.

Elección del sistema y oportunidad de pago:

El empleador puede ejercer su derecho a optar por cualquiera de los mecanismos previstos para el pago de la gratificación legal hasta que presenta su declaración de renta al Servicio de Impuestos Internos, o sea,



hasta el 30 de abril de cada año, ya que, como ha señalado la Corte Suprema, desde ese momento se hace exigible la obligación de pagar gratificación a sus trabajadores.

Se trata de un derecho unilateral y discrecional del empleador. Así, puede optar por uno u otro sistema año a año, sin perjuicio de que exista una cláusula tácita al respecto, o sea, que durante años el empleador haya optado por el mismo tipo de gratificación. Como es elección del empleador, en términos económicos, al empleador le convendrá la forma de gratificar del artículo 50 cuando la utilidad líquida sea elevada y la cantidad de trabajadores sea reducida; por el contrario, si recibe poca utilidad líquida, le convendrá usar la forma de gratificar del artículo 47.

Ahora bien, ejercitado este derecho respecto de un ejercicio comercial, el empleador no puede retractarse para pagar un monto inferior por concepto de gratificación en ese mismo período. Si el empleador nada dice, se entiende que opta por la gratificación legal del art. 47. Además, la elección del sistema para gratificar debe ser oportuna, ya que si el empleador es demandado pierde su derecho de opción desde que se le notifica la demanda, y regirá lo dispuesto en el art. 47 del CdT.

De acuerdo al CdT (arts. 48 inc. 1 y 3), la oportunidad de pago de la gratificación es a partir de la presentación de la declaración de impuestos anual a la renta, que debe efectuar el empleador al SII al 30 de abril de cada año.

Sin perjuicio de lo anterior, la existencia o inexistencia el derecho a gratificación legal en favor de los trabajadores queda establecido al momento del cierre del ejercicio comercial anual, lo que ocurre, generalmente, al 31 de diciembre de cada año, sin perjuicio de que tal derecho sólo se haga exigible en el instante de presentación de la declaración del impuesto anual a la renta.

Anticipos de Gratificación

Las partes de la relación laboral, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden celebrar los pactos que estimen convenientes, siempre que no infrinjan el ordenamiento jurídico vigente y que no constituyan renuncia de derechos, de tal manera que no existe inconveniente jurídico para que acuerden el pago de anticipos con cargo a la gratificación legal.

Ahora bien, en el evento de haberse otorgado anticipos a título de gratificación, al momento de efectuarse la liquidación definitiva, éstos deben incrementarse conforme el porcentaje de variación que hubiere experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el mes que



antecede a aquél en que se efectuó el anticipo y el mes anterior a aquél en que se concluyó el pago de dicho beneficio.

Deducciones a las gratificaciones

El CdT (art. 51) autoriza al empleador a deducir de la gratificación legal otras remuneraciones que se haya convenido pagar con imputación expresa a las utilidades de la empresa. Por ejemplo, si las partes han pactado que un incentivo de productividad se pagará con cargo a las utilidades líquidas de la empresa podrían convenir, a la vez, que el pago de la gratificación legal estará sujeto al descuento de tal incentivo.

Según la DT, no hay inconveniente en que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad establezcan expresamente en un contrato que determinada remuneración –que guarde relación con las utilidades de la empresa– no será imputable a la gratificación legal (dictamen N° 5.384/358 de 4 de noviembre de 1998).

Sistema de pago de gratificación proporcional

Los trabajadores que no alcanzaren a completar un año de servicios tendrán derecho a la gratificación en proporción a los meses trabajados (Art. 52).

Excepción: No procede el pago proporcional:

- i. Contratos de duración no superior a 30 días.
- ii. Prórroga de estos contratos, que sumada al período inicial no exceda de 60 días.

Lo anterior se produce ya que en la remuneración convenida se le entienden incluidos los derechos que se devenguen en proporción al tiempo servido.

Para el cálculo de la gratificación proporcional se debe dividir el monto total de la gratificación que habría correspondido de haberse laborado el año completo por 12, para luego multiplicar el resultado obtenido por la cantidad de meses completos trabajados en el año.



Ingreso Mínimo Mensual (IMM)

El ingreso mínimo mensual (IMM) corresponde a una suma de dinero que se reajusta anualmente por ley y que debe pagarse a todos los trabajadores que cumplan jornada ordinaria completa (45 horas semanales).

Constituye una limitación a la autonomía de la voluntad, así como a la libertad de los trabajadores (no pueden aceptar que se les pague menos), derivado de la protección al trabajador por parte del Derecho del Trabajo.

Características:

- Es una norma de orden público como todos los derechos mínimos laborales y, por ende, irrenunciable (art. 5º del CdT).
- Su monto se determina por ley, en base a una propuesta formulada por el Gobierno, previo acuerdo con representantes de los trabajadores y empleadores, y habitualmente se reajusta en forma anual.
- Esta figura no constituye en sí misma una categoría independiente de remuneración, sino solamente una referencia mínima fijada por la ley.
- Sólo se consideran las remuneraciones en dinero y no las en especies, salvo el caso del trabajador agrícola, en que se permite hasta un 50% en regalías
- Se establece para trabajadores contratados en jornada completa. Para el caso de los trabajadores que presten sus servicios en jornada parcial, la propia ley dispone que debe efectuarse un cálculo proporcional, según lo ordena el artículo 44 (pagando el porcentaje que corresponda al ingreso mínimo, hasta 2/3 de este).

El anterior artículo 44 inciso tercero indicaba que *“El monto mensual de la remuneración no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual”*. Por otra parte, el actual inciso tercero del artículo 44 del CdT indica que *“el monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se conviniere jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo”*.



De acuerdo a lo establecido por la Ley N° 21.360 y al Decreto N° 2 del 15 de enero de 2022, los nuevos montos para el Ingreso Mínimo Mensual desde el 01 de enero de 2022 son los siguientes:

- a) Ingreso Mínimo Mensual para trabajadores mayores de 18 años y de hasta 65 años: \$350.000.
- b) Ingreso Mínimo Mensual para trabajadores menores de 18 años y mayores de 65 años: \$261.092.
- c) Ingreso Mínimo Mensual para efectos no remuneracionales: \$225.606.

Proporcionalidad del IMM

Si se conviniere una jornada parcial de trabajo, el sueldo del trabajador no podrá ser inferior al mínimo vigente, calculado proporcionalmente en relación con la jornada ordinaria de 45 horas semanales

Excepciones al IMM

Por regla general *ningún trabajador puede percibir una remuneración inferior al ingreso mínimo mensual*, con la excepción de los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, en cuyo caso la remuneración será libremente convenida por las partes (Art. 81 CdT) y los trabajadores menores de 18 y mayores de 65 años, cuyo ingreso mínimo también es fijado por ley y por regla general, ha sido equivalente al 75% del IMM completo.

Semana corrida

La semana corrida, o “pago del séptimo día”, está regulada en el artículo 45 del Código del Trabajo. Consiste el derecho que tienen los trabajadores para que se les remunere los domingos y festivos, o los días de descanso que corresponda (cuando son actividades exceptuadas del descanso dominical), siempre y cuando el trabajador sea remunerado exclusivamente por día o el trabajador sea remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, pero en tal caso este derecho solo procederá respecto de la parte variable de las remuneraciones. Por su parte, Gabriela Lanata indica que “se trata del derecho al pago de los días de descanso de que gozan los trabajadores cuyo sistema remuneracional les impide devengar remuneración por tales días”.



Atendiendo a la lógica del sistema de remuneración por día, los afectos a él recibirían su salario solo por los días trabajados, y en virtud de ella, el sistema de remuneraciones convenido no generaría por sí solo remuneración o estipendio alguno por los días de descanso, lo cual les es perjudicial. Para que esto no ocurra y las condiciones laborales sean más justas, se le atribuye al trabajador el derecho de percibir el pago de la remuneración por los días de descanso, domingo y festivos⁴⁶. De esta manera, si el trabajador realizó sus funciones 6 días de la semana, el día de descanso también será pagado como un día más de trabajo. En definitiva, la semana corrida implica un descanso semanal pagado obligatorio al empleador por ley.

Hay trabajadores que tienen remuneración por día, pese a que generalmente la remuneración es mensual, incluyendo días de descanso. Pero también ocurre que hay trabajadores que tienen remuneración mixta, es decir, un sueldo y además una remuneración variable.

Por regla general, la semana corrida siempre había sido una remuneración para los trabajadores por día, de hecho, la ley dice que los trabajadores que son remunerados exclusivamente por día tienen derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivo. Sin embargo, se generaba un problema respecto de los trabajadores con remuneración mixta (sueldo mensual + remuneraciones variables), pues según el art. 71 del CdT "se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes."

Lo que caracteriza a una remuneración variable es que su pago sea subordinado al acaecimiento de determinados supuestos condicionantes que pueden ocurrir o no, o cuya magnitud es impredecible, lo que significa que el monto mensual no sea constante entre uno y otro mes. Es bajo este respecto que la Dirección del Trabajo por medio de diversos dictámenes, ha señalado que también tienen derecho a este beneficio los trabajadores remunerados con estipendios exclusivamente variables, como tratos, comisiones, hora y otros.

La doctrina de la Dirección del Trabajo señaló que se debían cumplir ciertos requisitos para que las remuneraciones variables sean consideradas en el cálculo de la semana corrida. De esta manera, no toda la remuneración variable entrará dentro del cálculo de la semana corrida, sino que se deben cumplir ciertos requisitos:

⁴⁶ La jurisprudencia de la Dirección del Trabajo ha señalado que cuando un día feriado coincide con un domingo se considera sólo como un día domingo, es decir, no se paga otro día de descanso adicional.



- Que tenga el carácter de remuneración, por lo que no se considera la asignación de movilización o locomoción, asignación de pérdida de caja, viáticos, asignaciones familiares; en general, las devoluciones de gastos.
- Que la remuneración se devengue diariamente por el trabajador(a). Deberá estimarse que una remuneración se devenga diariamente si el trabajador la incorpora a su patrimonio día a día, en función del trabajo diario, esto es, la remuneración que tiene derecho a percibir por cada día laborado, sin perjuicio de que su pago se realice en forma mensual.

No deberán considerarse para establecer la base de cálculo del beneficio en comento, aquellas remuneraciones que aun cuando revisten la condición de variables, no se devengan diariamente, como ocurriría, si ésta se determina mensualmente sobre la base de los montos generados por el rendimiento colectivo de todos los trabajadores, como sucedería por ejemplo, en el caso de una remuneración pactada mensualmente en base a un porcentaje o comisión calculada sobre la totalidad de los ingresos brutos de una empresa o establecimiento de ésta (Sistema de rentas pozo).

- Que la remuneración sea principal, o sea, que subsista por sí misma, independiente de toda otra forma de remuneración; y ordinaria, es decir, las normales o habituales. No se incluirían aquellos que son excepcionales e infrecuentes; por ejemplo, los aguinaldos.

La ley amplió el pago de este beneficio a los trabajadores cuya remuneración tiene el carácter de mixta, es decir, su remuneración está compuesta por un sueldo fijo y por estipendios variables. Estos tendrán derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio calculado en relación con la parte variable de sus remuneraciones.

A quien le corresponde el beneficio de la semana corrida

Esta se le aplica a los trabajadores (as):

- **Remunerados por día**, es decir, todas aquellas personas cuyo salario se devenga día a día en función de su trabajo diario; por ejemplo, los remunerados por hora, a trato, por unidad de piezas, medidas o comisiones. Estos son aquellos trabajadores que por regla general su remuneración es variable, como por ejemplo los trabajadores de las tiendas de retail.
- Los que reciben **remuneración mixta**, refiriéndose a aquellas personas



que cuentan con un sueldo base mensual -que debe ser igual o superior al mínimo establecido por ley- y que, además, perciban remuneraciones por concepto de metas, comisiones, ventas, etc., o sea reciban una parte variable en sus remuneraciones.

- **Los sujetos a jornada parcial**, siempre y cuando tengan su jornada distribuida en cinco o seis días a la semana

En estos tres casos el trabajador deberá estar sujeto a una jornada semanal de 5 o 6 días. Este elemento es clave, pues si bien no está establecido en la ley, la Dirección del Trabajo lo ha sostenido. Siguiendo a Lucía Pierry, este se funda en razones de equidad, porque con la semana corrida se pretende beneficiar a los trabajadores que reciben una remuneración diaria, que trabajan de lunes a viernes o de lunes a sábado, y que podrían verse afectados al no tener remuneración por los días domingo y festivos, pero, en el caso de un trabajador a tiempo parcial que trabaja -por ejemplo- solo los lunes y martes, no hay derecho a la semana corrida, pues sería injusto para el empleador pagar los domingos y festivos. Por tanto, para que el trabajador tenga derecho a la semana corrida, debe tener una jornada de trabajo distribuida de lunes a viernes (cinco días) o de lunes a sábado (seis días).

¿A quiénes no les corresponde el pago de la semana corrida?

A los trabajadores(as) que:

- Tienen una remuneración exclusivamente en base a un sueldo fijo mensual.
- Tengan una remuneración mixta, cuya parte variable corresponde a un porcentaje de venta total mensual que se reparte entre los trabajadores(as) ("sistema de pozo")
- Tengan una jornada ordinaria o parcial de trabajo distribuida en menos de cinco días a la semana.

La jurisprudencia ha dicho que se incluye todo lo que se devenga diariamente y sea remuneración principal y ordinaria.

Forma de cálculo

- a) Respecto de los trabajadores remunerados exclusivamente por día:* El beneficio equivale al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago y se determina de la siguiente forma:



- Se suma el total de las remuneraciones diarias devengadas. No se consideran las remuneraciones accesorias o extraordinarias, tales como gratificaciones, aguinaldos, bonificaciones u otras.
 - Se divide ese total por el número de días en que legalmente debió laborar el trabajador esa semana.
- b) *Respecto de los trabajadores con remuneraciones variables tales como comisiones o tratos:* En este caso, de acuerdo al mandato del inciso primero del artículo 45, el promedio referido se debe calcular sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.

Debe considerarse que se trata de trabajadores con sueldo base mensual, por lo que lógicamente el periodo de pago será el mes, debiendo, para efectos de determinar la base de cálculo, sumarse las remuneraciones variables de todo el periodo de pago y dividirse por el número de días en que legalmente debió trabajaren ese periodo. La suma resultante deberá pagarse por cada día de descanso que exista en el período.

La incidencia en las horas extraordinarias y aplicación para trabajadores exceptuados de descanso

Para efectos del cálculo del pago de las horas extraordinarias que puedan realizar los trabajadores que tengan derecho al beneficio de semana corrida, en el sueldo diario debe incluirse lo pagado por este concepto en los días domingo y festivos comprendidos en el período en que se liquiden las horas extraordinarias, cuya base de cálculo en ningún caso puede ser inferior al ingreso mínimo mensual. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Lo dispuesto en los incisos precedentes se aplicará, en cuanto corresponda, a los días de descanso que tienen los trabajadores exceptuados del descanso a que se refiere el artículo 35 (descanso semanal).

PROTECCIÓN A LAS REMUNERACIONES.

El legislador estableció un conjunto de normas que tienen por objeto proteger el pago de la remuneración y garantizar que sea efectivo, íntegro y oportuno, en virtud del afán protector del derecho del trabajo. Por ejemplo: quiso regular que el empleador al momento de pagarle, no le descuente al trabajador por ciertos gastos (por usar la luz, agua, etc.). Bajo ese respecto es que se instaura en el ordenamiento la protección a las remuneraciones.



Se entiende por protección a las remuneraciones al **“conjunto de normas que busca que la remuneración sea pagada en forma efectiva, íntegra y oportuna”** Su **principal característica** es que es **alimentaria** y es para **mantener al trabajador y su familia**.

Respecto a la finalidad de estas normas, el legislador ha comprendido la importancia que tiene la remuneración para el trabajador: es su medio de subsistencia, de allí que mediante las disposiciones legales que a continuación se analizarán, se procura que el trabajador perciba sus remuneraciones forma íntegra y oportuna atendido su carácter predominantemente **alimenticio**.

Para esto, el legislador consagró una serie de normas, que se pueden clasificar en **6 grupos**:

1. **Garantías frente al pago (Art. 54, 54 bis, 55 y 56 CdT)**
2. **Garantías frente a los acreedores del trabajador –también llamada garantías frente a terceros- (Art. 57 CdT)**
3. **Garantías frente al empleador (Art. 58, 62 y 63 CdT)**
4. **Garantías frente a la familia del trabajador (Art. 59 y 60 CdT)**
5. **Garantías frente a los acreedores del empleador (Art. 61 CdT)**
6. **Garantía de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres (Art. 62 bis CdT)**

ANÁLISIS DE CADA UNA DE LAS GARANTÍAS:

1. **Garantías frente al pago**: se trata de una *garantía objetiva* (debe pagarse en dinero, en moneda chilena, en el mismo día, en forma oportuna, etc.)

Primeramente, debe tenerse en cuenta al artículo 10 n° 4 del Código del Trabajo que indica:

Artículo 10. El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

N° 4 monto, forma y período de pago de la remuneración acordada;

Deberán señalarse también, en su caso, los beneficios adicionales que suministrará el empleador en forma de casa habitación, luz, combustible, alimento u otras prestaciones en especie o servicios.

Quiere proteger el pago y evitar todo lo que sea fraude o elusiones. Está regulado en el art. 54, 55 y 56 del CT;



1.- Forma de fijar la remuneración (unidad de cálculo)

- o *“La remuneración podrá fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena*

o mes o bien por pieza, medida u obra. En ningún caso la unidad de tiempo podrá exceder de un mes” (Art. 44). El único límite en cuanto al valor es el ingreso mínimo.

2.- Forma de pago de las remuneraciones

- o Según el art. 54, *“la remuneración debe pagarse en moneda de curso legal”*. significa en monedas autorizadas para circular en Chile. En nuestro ordenamiento jurídico, es el peso.
- o *Excepción*
 - Trabajadores agrícolas, su remuneración puede pactarse en dinero y en regalías, como parte de la cosecha (art. 91 del Código del Trabajo).
 - Beneficios adicionales que suministrará el empleador en forma de casa habitación, luz, combustible, alimento u otras prestaciones en especie o servicios (inciso segundo artículo 10 del CdT).
 - El Art. 5º de la ley 18.156 exime a las empresas de la obligación de pagar las remuneraciones en moneda de curso legal en el país, respecto de sus trabajadores a quienes se les aplica dicho cuerpo legal; esto es a aquellos trabajadores extranjeros. Es decir, los trabajadores extranjeros pueden fijar su remuneración en la moneda de su país.

3.- Pago en Dinero Efectivo

- o Según el art. 54, *“[a] solicitud del trabajador, podrá pagarse [la remuneración] con cheque o vale vista bancario a su nombre o transferencia electrónica a la cuenta bancaria del trabajador, sin que ello importe costo alguno para él”*.
- o La regla general es que la remuneración sea pagada en dinero efectivo; pero el mismo artículo admite como excepción el pago por medio de vale vista o cheque, pero solo bajo autorización o solicitud del trabajador.



¿Cuál es la lógica de fijar dinero efectivo? Porque podría generarse que si se paga en otros instrumentos, por ejemplo, cheques, puede ser que no tenga fondos, entonces por ello es necesario el dinero líquido.

- o ¿Se puede pagar mediante tarjeta Redbank?: El pago a través del sistema de red bank u otro similar, como sería el depósito en cuenta corriente del trabajador o cuenta Vista se ha limitado a dos requisitos:
 - (i) Que sea a solicitud o bajo autorización de los trabajadores,
 - (ii) Que éstos puedan disponer de su dinero oportunamente, vale, decir, en la fecha en que deba pagarse según el contrato.

Cabe señalar que el derecho a percibir la remuneración íntegra, en moneda de curso legal, es un derecho individual, de forma que, si los trabajadores convienen con su empleador el pago de sus remuneraciones por el sistema de "cajeros automáticos Redbank", tal acuerdo resulta inoponible respecto del dependiente que no dio su autorización expresa para ello.

- Es importante indicar que la ley N°21.327 que moderniza la Dirección del Trabajo pone fin a esta discusión y agrega en el inciso segundo del artículo 54 respecto de la forma de pago de remuneraciones, que **el contrato de trabajo deberá contener la referencia expresa a la transferencia electrónica a la cuenta bancaria del trabajador, sin que importe costo para él**, siempre y cuando sea a solicitud del trabajador.
- o No existe inconveniente jurídico para pactar remuneraciones expresadas en algún tipo de medida reajutable, como serían la Unidad de Fomento o la Unidad Tributaria Mensual (Ord. N° 1416 de 16/04/2001).

4.- Comprobante del Pago de remuneraciones: "la liquidación"

- o **Concepto:** La liquidación de las remuneraciones es el documento que registra tanto las sumas de dinero devengadas por el trabajador con motivo de la prestación de sus servicios como aquellas cantidades que pudieren corresponder a título de beneficios legales o contractuales y los descuentos o retenciones que el empleador está obligado a practicar periódicamente.



En otras palabras, en la **liquidación se incluye el total ganado, los descuentos y el total líquido** que debe percibir el trabajador en cada período de pago.

Asimismo, para aquellos trabajadores que perciben remuneración variable, además, será necesario un anexo a la liquidación de remuneración, que constituye parte integrante de las mismas, con los montos de cada comisión, bono, premio u otro incentivo que recibe el trabajador, junto al detalle de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo

- Art 54: Junto con el pago, el empleador debe proporcionar al empleador una **liquidación o comprobante** que debe contener al menos contener:
 - Monto pagado.
 - Forma como se determinó dicho monto.
 - Deducciones efectuadas.
 - Anexo con montos por cada comisión, bono, premio u otro incentivo.

- **¿Debe esta liquidación ser firmada por el trabajador?**

Según lo establecido en el inciso 3° del artículo 54 del Código del Trabajo, el empleador, junto con el pago de las remuneraciones, debe entregar a cada trabajador un comprobante de pago de las remuneraciones, indicando el monto pagado, las formas como se determinó y los descuentos efectuados. De esta forma, el legislador no ha exigido que el trabajador deba firmar el comprobante señalado, sin perjuicio de que el empleador, conforme a la facultad de dirigir, organizar y administrar la empresa que le confiere el poder de mando y dirección, y con el fin de acreditar fehacientemente el pago de las remuneraciones de sus trabajadores, adopte medidas tendientes a hacer constar tal circunstancia. Así se ha pronunciado la Dirección del Trabajo mediante dictamen 7301/341 de 12.12.94.

La ley no ha revestido de ninguna formalidad la emisión de la liquidación, por lo tanto, las partes no pueden supeditar LA VALIDEZ de este documento a ninguna formalidad como sería la firma del trabajador. Sin perjuicio que la firma si constituye un medio probatorio que permite acreditar y constatar el pago de las remuneraciones. Por otro lado, sí sería obligatorio firmar la liquidación, si el empleador lo ha exigido en el Reglamento Interno.



5.- Devengamiento de la Remuneración (Art. 54 bis)

Señala la Dirección del Trabajo que en virtud del análisis del concepto de contrato de trabajo del artículo 7° y de las obligaciones recíprocas de las partes, el derecho al pago de la remuneración se incorpora al patrimonio del trabajador en el momento en que se efectúa la prestación de los servicios convenidos (para los cuales fue contratado), como una obligación pura y simple no sujeta a condiciones, resultando improcedente, por tanto, que el derecho se extinga por el cumplimiento de una modalidad consistente en una condición resolutoria, esto es, un hecho futuro e incierto que en el evento de producirse, causaría la extinción del derecho. Esta norma pretende evitar el arbitrario descuento de una remuneración que ya entró al patrimonio del vendedor; es decir, surge como protección a la remuneración de los trabajadores cuando dependen de un tercero.

Análisis de cada uno de sus incisos

Inciso primero

"Artículo 54 bis.- Las remuneraciones devengadas se incorporan al patrimonio del trabajador (...)

Si bien el inciso 1° de la norma legal citada no hace distingo en cuanto al tipo de remuneración a que se refiere, atendido el contexto de la ley es posible derivar que se trata preferentemente de la comisión u otras remuneraciones variables similares y su debida protección, las que una vez devengadas se incorporan al patrimonio del trabajador.

Al respecto, en relación con el tipo de remuneración comisión, cabe señalar que el Artículo 42, letra c) del Código del Trabajo, precisa: "constituyen remuneración, entre otras, las siguientes: c) comisión, que es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador".

A la luz de lo anterior, necesario se hace sostener que la comisión y cualquiera otra remuneración similar, debe entenderse devengada y se incorpora al patrimonio del trabajador en términos generales, en el momento en que se perfecciona el contrato de venta efectuado por su intermediación, sea en un acto único⁴⁷ o complejo⁴⁸ (es decir cuando el trabajador ha efectuado la venta, compra u otra operación establecida en su contrato de trabajo)

⁴⁷ Se perfecciona en el acto

⁴⁸ Multiplicidad de trámites que tienen por consecuencia el perfeccionamiento



(...) Teniéndose por no escrita cualquier cláusula que implique su devolución, reintegro o compensación por parte del trabajador al empleador, ante la ocurrencia de hechos posteriores a la oportunidad en que la remuneración se devengó (...)

Acorde al principio que las remuneraciones se incorporan al patrimonio del trabajador una vez devengadas, es decir, cumplida la prestación de los servicios pactados ejecutados en conformidad a lo establecido en el contrato de trabajo, no resulta procedente la devolución, reintegro o compensación de las mismas al empleador, por la ocurrencia de hechos posteriores al momento en que la remuneración se devengó, por lo que se tendrá legalmente como no escrita cualquier cláusula contractual que implique incurrir en tales actos.

El alcance de la improcedencia de efectuar las operaciones antes indicadas dice relación con someter el derecho al pago de las remuneraciones como comisiones y otras similares a circunstancias posteriores a la prestación de los servicios, ajenas a la responsabilidad y cumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador, condicionándolas a la conducta de un tercero extraño a la relación laboral, como podría ser que el comprador no pague el precio de lo adquirido, o el afiliado no efectúe las cotizaciones, o no permanezca incorporado durante cierto lapso a la institución previsional o empresa con la cual contrató, todo lo cual correspondería asumir al empleador como riesgo propio de la empresa.

De esta forma, de acuerdo con la norma en comento, no resulta procedente que el trabajador que efectuó la prestación de servicios con estricto apego a su contrato de trabajo pueda verse expuesto de esa forma, con lo cual se logra dar cumplimiento a los principios tanto de ajenidad como de certeza de la remuneración que inspiran nuestro ordenamiento jurídico laboral.

(...) salvo que dichos hechos posteriores se originen en el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones contenidas en su contrato de trabajo”.

De lo anterior se sigue, que si bien por regla general, efectuada la prestación de servicios no procede devolución, reintegro o compensación de las remuneraciones pactadas para dicha prestación, como comisiones, premios o bonos, ello sería procedente o factible si por hechos posteriores a ésta, la operación de la venta en definitiva no prosperó por causas debidas al incumplimiento del trabajador a sus obligaciones contenidas en su contrato de trabajo, las que debió observar en el proceso de la operación en la cual intervino.



Inciso segundo

"Con todo, se podrán pactar premios o bonos por hechos futuros, tales como la permanencia durante un tiempo determinado del cliente que ha contratado un servicio o producto a la empresa o bien la puntualidad del mismo en los pagos del referido servicio u otros, siempre que la ocurrencia de estos hechos dependa del cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones contenidas en su contrato de trabajo".

Del inciso 2º del artículo 54 bis ya citado, se desprende que no obstante lo señalado en el inciso 1º del mismo artículo, en cuanto a la incidencia de hechos posteriores a la prestación de servicios en la remuneración del trabajador, se faculta a las partes para pactar premios o bonos por hechos futuros o posteriores a la respectiva prestación, como permanencia durante un tiempo determinado del cliente que ha contratado un servicio o un producto de la empresa, o bien por la puntualidad en el pago del correspondiente servicio u otros, siempre que estos hechos tengan relación con el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones contractuales o de trabajo, es decir, estén dentro de la competencia y de los medios que se le ha conferido y acordado para tales efectos por el empleador.

De esta forma, el legislador ha querido dejar por establecido que si bien la ocurrencia de hechos posteriores a la prestación del servicio del trabajador por parte de un tercero, como podría ser la conducta o comportamiento incumplidor del cliente, no pueden menoscabar la remuneración, salvo en los casos analizados, si podrían significarle un beneficio adicional a través de premios o bonos a convenir con el empleador, en los casos en que efectivamente la operación resultó productiva o alcanzó los objetivos como los descritos, porque hubo permanencia, pago y cotización del tercero, en la medida que ello corresponda al esmero y buen cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del agente, que permitieron alcanzar tales logros.

Inciso tercero:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, y conforme a lo señalado en los incisos precedentes, las liquidaciones de remuneraciones deberán contener en un anexo, que constituye parte integrante de las mismas, los montos de cada comisión, bono, premio u otro incentivo que recibe el trabajador, junto al detalle de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo".

Como una forma de dar certeza a las remuneraciones que proceda pagar a los trabajadores, el inciso 3º del artículo 54 bis citado, dispone que las liquidaciones de aquellos cuyo sistema remuneracional esté conformado,



entre otros, por comisiones, bonos, premios u otros incentivos deberán contener un anexo con los siguientes elementos o datos:

- El monto de cada comisión, bono, premio u otro incentivo que proceda pagar;
- El detalle de cada operación que dio origen a estos pagos y,
- La forma empleada para el cálculo del respectivo estipendio;

El anexo constituirá parte integrante de la liquidación, y viene a complementar la obligación establecida en el artículo 54 del Código del Trabajo, sobre entrega de una liquidación de las remuneraciones, que en su inciso 3º, expresa: "Junto con el pago, el empleador deberá entregar al trabajador un comprobante con indicación del monto pagado, de la forma como se determinó y de las deducciones efectuadas."

Inciso cuarto

"El empleador no podrá condicionar la contratación de un trabajador, su permanencia, la renovación de su contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la suscripción de instrumentos representativos de obligaciones, tales como pagarés en cualquiera de sus formas, letras de cambio o compromisos de pago de cualquier naturaleza, para responder de remuneraciones ya devengadas".

6.- Periodicidad del pago de la remuneración (Art. 55 CdT):

Las remuneraciones se pagarán con la periodicidad estipulada en el contrato, pero los períodos que se convengan no podrán exceder de un mes. En caso de que la remuneración del trabajador se componga total o parcialmente de comisiones e independientemente de las condiciones de pago que la empresa pacte con el cliente, aquéllas se entenderán devengadas y deberán ser liquidadas y pagadas conjuntamente con las demás remuneraciones ordinarias del período en que se efectuaron las operaciones u ocurrieron los hechos que les dieron origen.

Si nada se dijere en el contrato, deberán darse anticipos quincenales en los trabajos por pieza, obra o medida y en los de temporada.

O sea, en definitiva, si las ventas las efectúo en el mes de septiembre, debo pagarlas en septiembre. Pero el legislador se pone en el supuesto de casos en que es imposible pagar en el mismo mes del devengue y establece una excepción:



Lo anterior se sigue, salvo que, por razones técnicas ello no sea posible, caso en el cual deberán ser liquidadas y pagadas conjuntamente con las remuneraciones del mes siguiente. La cláusula que difiera el pago de comisiones al trabajador, infringiendo los límites establecidos en este artículo, se tendrá por no escrita.

Luego de la modificación del artículo 55 según el texto antes citado, procede efectuar la siguiente distinción en relación con el período de pago de las remuneraciones:

A.- 1. De las remuneraciones en general.

Tal como se establecía en el artículo 55 con anterioridad a su modificación, las remuneraciones se pagarán con la periodicidad estipulada en el contrato, siempre que no exceda de un mes. Igualmente, si nada se estipulare en el contrato deberán darse anticipos quincenales en los trabajos por pieza, obra o medida y en los de temporada.

A.- 2. De las remuneraciones compuestas total o parcialmente de comisiones.

A.- 2. 1. Regla general.

Atendido el tenor de la modificación de la ley N°20.611 al artículo 55 del Código del Trabajo, cuando las remuneraciones se compongan total o parcialmente de comisiones, éstas se entenderán devengadas y deberán ser liquidadas y pagadas conjuntamente con las demás remuneraciones ordinarias del período en que se efectuaron las operaciones, u ocurrieron los hechos que les dieron origen, independientemente de las condiciones de pago que la empresa hubiere pactado con el cliente. Se debe pagar en conjunto las remuneraciones de mes que se realizaron las operaciones.

Al respecto, deberá tenerse en consideración que la remuneración se devenga cuando se ha ejecutado la prestación de servicios convenida, sin perjuicio que si en ella no se ha dado cumplimiento por el trabajador a las obligaciones pertinentes del contrato de trabajo y la operación no prosperó, la remuneración o comisión liquidada y pagada en la oportunidad antes referida en el artículo 55, podría quedar sujeta a cláusulas que impliquen su devolución, reintegro o compensación.

Lo anterior permite guardar la debida correspondencia y armonía en lo dispuesto en los artículos 54 bis y 55 citados.

A.- 2. 2. Excepción.



Cuando por razones técnicas, no sea posible entender devengadas, liquidadas y pagadas las comisiones conjuntamente con las demás remuneraciones ordinarias del período en que se efectuaron las operaciones, u ocurrieron los hechos que les dieron origen, deberán ser liquidadas y pagadas con las remuneraciones ordinarias del mes siguiente, con lo cual se amplía la oportunidad del pago en un mes, y siempre independientemente de las condiciones de pago que el empleador haya podido pactar con el cliente.

Pues bien, como es dable apreciar, ni en el texto de la ley, como tampoco en sus antecedentes o durante su tramitación, se precisó qué debía entenderse por las expresiones "razones técnicas", que impedirían que las comisiones se devenguen y se paguen total o parcialmente con las demás remuneraciones del mes, por lo que deberá estarse al respecto a la regla del artículo 20 del Código Civil, conforme a la cual "*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras,*" el que de acuerdo a la doctrina sería el establecido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que para la expresión "técnicas" precisa que es el "conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o arte." Ello autorizaría para sostener que las razones técnicas a que alude el legislador en la disposición legal que nos ocupa, serían las que emanen de los procedimientos o de los distintos procesos que llevan a la determinación, cálculo y procedencia de las comisiones existentes en la empresa, que dificultarían que ellas pudieran ser pagadas dentro del mes en que se originaron, debiendo serlo en todo caso, de corresponder, al mes siguiente.

A. 3.- *Validez de las cláusulas que infrinjan los plazos de pago de las comisiones.*

Según la última parte de la modificación introducida al artículo 55, las cláusulas que difieran el pago de las comisiones al trabajador, infringiendo los límites o plazos anteriormente precisados, se tendrán por no escritas. Respecto a cualquier cláusula que no sea conforme al CT, y es suplida por la ley

Jurisprudencia y el Concepto de "MES"

Se consideró también que la expresión "mes" a que alude el artículo 55 del Código del Trabajo ha sido definida por la jurisprudencia administrativa de esta Dirección como "aquella unidad de tiempo que dura un período continuo que se cuenta desde un día señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente, sin que sea necesario que se extienda del día primero al 28,



29, 30 ó 31". De acuerdo a la misma doctrina, la referida expresión "mes" no tiene por qué coincidir, necesariamente con el mes calendario, siendo posible considerar como tal, también, a vía de ejemplo, el período que va del día 20 de enero al 20 de febrero, o del 15 de enero al 15 de febrero, etc.". Dicho sistema de pago no tiene incidencia alguna en materia previsional.

Se respeta el concepto de periodicidad si es que el periodo de pago coincide, el periodo en si no superara los 30 días laborados (Dictamen DT N° 5618/0298, de 22.09.1997)

7.- En relación a los anticipos quincenales: si la ley nada dice, la jurisprudencia ha aceptado que debe haber anticipos quincenales.

8.- En relación al lugar y día del pago: El artículo 56 del Código del Trabajo señala que *las remuneraciones deberán pagarse en día de trabajo, entre lunes y viernes, en el lugar en que el trabajador preste sus servicios y dentro de la hora siguiente a la terminación de la jornada. Las partes podrán acordar otros días u horas de pago.*

2. **Garantías frente a los acreedores del trabajador (también llamada garantías frente a terceros): La Inembargabilidad de las Remuneraciones:** Se protege al trabajador frente a sus propios acreedores

El trabajador que recibió el pago, tiene a su vez deudas con otros acreedores, pero no por eso el acreedor puede exigir directamente el pago que corresponde al trabajador.

Regla General: **Las remuneraciones de los trabajadores y las cotizaciones de seguridad social serán inembargables** (quedan protegidas del pago de deudas del trabajador con terceros):

Excepción:

1.- Se pueden embargar en lo que **excedan de 56 UF** (artículo 57)

2.-Se puede **embargar hasta un 50 % de las remuneraciones** en los siguientes casos:

- a) **Pensiones de alimentos debidas por ley y declaradas judicialmente⁴⁹**

⁴⁹ También es una garantía frente a la familia del trabajador.



- b) **Defraudación, hurto o robo** del trabajador en contra del empleador, pero en el ejercicio de su cargo
 - c) **Remuneraciones adeudadas por el trabajador a personas que hayan estado a su servicio en calidad de trabajador.** Es decir, el trabajador era a su vez empleador de otras personas que le prestaban servicios como trabajadores.
3. **Garantías frente al empleador:** se refiere a que cuando el empleador paga, no puede descontarle ciertos gastos (luz, agua, etc.)

La ley tiene 3 ítems en las cuales protege al trabajador frente al empleador;

(1) Cuánto puede descontar el empleador de las remuneraciones:

- Regla general: el empleador debe pagar la totalidad de la remuneración.
- **Al empleador le está prohibido:**
 - Efectuar otros descuentos que no sean aquellos permitidos por el CT (arts. 58-1 y 2º). Deben realizarse en conformidad al art. 58.
- Descontar, retener o compensar con las remuneraciones del trabajador los créditos que tuviere en contra de este, o incluso por robo, hurto o pérdida producida por terceros.

Sin embargo, **hay descuentos;**

- a) **Legales u Obligatorios:** Son aquellos descuentos obligatorios que el empleador no puede eximirse de efectuar.

1. Los Impuestos que las gravan: En este caso el empleador es un simple recaudador del Servicio de Impuestos Internos. Los tributos calculados sobre las remuneraciones son retenibles y el empleador es responsable de su pago ante el Servicio. Los trabajadores tributan por la vía de la retención de impuestos de parte de su empleador y, por ello, no deben presentar declaración. Recordemos que los trabajadores están afectos a un impuesto único, determinado mensualmente y cuya base imponible la constituyen las remuneraciones a las cuales se les



aplica una tasa progresiva escalonada. Es lo que se conoce como “Impuesto de Segunda Categoría”

2. Las cotizaciones de seguridad social⁵⁰ que corresponda enterar en las cajas de previsión (INP), AFP, CCAF o ISAPRES. (artículo 3 de la Ley N° 17.322, de 19.08.1970)

El empleador actúa como un simple administrador delegado de la entidad previsional, para los efectos de descontar las cotizaciones de las remuneraciones y para su posterior pago en el ente gestor previsional.

“Se presumirá de derecho que se han efectuado los descuentos a que se refiere ese mismo artículo, **por el sólo hecho de haberse pagado total o parcialmente las respectivas remuneraciones a los trabajadores. Si se hubiere omitido practicar dichos descuentos, será de cargo del empleador el pago de las sumas que por tal concepto se adeuden.”**

Superintendencia de Seguridad Social mediante Ordinario N° 15749/96 13.12.1996, señaló que **“es de cargo del empleador el pago de las cotizaciones previsionales, si se hubiera omitido practicar los descuentos por el referido concepto”**.

3. Cuotas sindicales: La empresa está obligada a efectuar los descuentos correspondientes a las cuotas ordinarias y extraordinarias requeridas por el sindicato, sin entrar a calificar su procedencia, además del 75% establecido en el art. 346

⁵⁰ ¿**Cuáles son las cotizaciones que caben en esta categoría de “Cotizaciones de Seguridad Social?”**

- i. Cotización destinada a la cuenta de capitalización individual que el trabajador mantiene en una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), equivalente al 10% de sus remuneraciones. Porcentaje obligatorio, pero cada AFP para hacer crecer la plata cobra una comisión y gastos operacionales
- ii. Cotización que, con igual destino que el señalado en el punto anterior, sean enteradas en el Instituto de Normalización Previsional (INP) Para trabajadores contratados antes de los años 80 cuando surgen las afp y no quisieron cambiarse
- iii. Cotización adicional destinada al financiamiento de la AFP
- iv. Cotización de Salud, equivalente al 7% de las remuneraciones imponibles, depende además si es que está afiliado a isapre, pues puede pagar mas
- v. Cotización correspondiente al aporte individual del trabajador al Seguro de Cesantía, equivalente al 0,6 % de sus remuneraciones imponibles. Durante la vida laboral, se cotiza para el seguro de cesantía, se puede (pedir) con la carta de termino, para pagar lo acumulado en el fondo de cesantía



¿Cuáles son las cuotas sindicales que debe descontar el empleador? (Art 260)

1) Cuota Ordinaria: Es el aporte obligatorio para los afiliados a un sindicato según lo regulado por el estatuto, dicho aporte compone esencialmente el patrimonio sindical.

2) Cuotas Extraordinarias: Aquella destinada a financiar proyectos previamente determinados y aprobados en asamblea por mayoría absoluta de los afiliados

Reglas aplicables

Los estatutos determinarán el valor de la cuota sindical ordinaria y el empleador está obligado a efectuar su descuento en conformidad a lo dispuesto en el Art. 262 del Código.

Para que el empleador proceda a su descuento es necesario que (i) medie requerimiento del presidente o tesorero del sindicato, o (ii) que el trabajador afiliado lo autorice por escrito, a menos que se trate de cuotas a pagar a una entidad sindical de carácter superior, en cuyo caso el empleador está de por sí obligado a tal descuento, presumiéndose que se ha efectuado por el solo hecho de pagarse las remuneraciones a los trabajadores involucrados.

4.-Obligaciones con instituciones de previsión o con organismos públicos: como el INP, las CCAF, las Mutualidades de Empleadores o las Isapre.

Respecto del descuento de créditos sociales una vez terminada la relación laboral, la DT en Dictamen N° 2991/37 establece ese requisito previo antes de que el empleador descunte de la indemnización de un trabajador saldos pendientes de créditos sociales contraídos con cajas de compensación y asignación familiar.

b) **Convencionales (Art. 58 inc. 2 y 3):** son aquellos que se efectúan de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, que deberán constar por escrito. Encontramos entre ellos dos tipos:

Para ciertos fines específicos (Art. 58 inc. 2):

- o Las cuotas destinadas al pago de adquisición de vivienda:
El trabajador puede pedir al empleador que descunte las



cuotas relativas al pago del crédito hipotecario para la adquisición de la vivienda

- o Cantidades para ser depositadas en cuenta de ahorro para la vivienda
- o Sumas destinadas para la educación del trabajador, su cónyuge, conviviente civil o sus hijos.

Requisitos esenciales:

- o Requiere acuerdo escrito de las partes.
- o Para que opere este descuento, se autoriza al empleador a otorgar mutuos o créditos sin interés, respecto de los cuales podrá hacerse el descuento.
- o El descuento tiene un tope de hasta el 30% del total de la remuneración mensual del trabajador.
- o Este descuento resulta obligatorio para el empleador a solicitud del trabajador, y lo que fundamenta esto es el encabezado del inciso segundo del artículo 58, pues indica "**Asimismo**, con acuerdo del empleador y del trabajador (...)", vale decir, se remite a la obligatoriedad de los descuentos que señala el inciso primero (descuentos legales).
- o Finalmente, se establece una condición para el empleador, pues sólo podrá realizar tal descuento si paga directamente la cuota del mutuo o crédito a la institución financiera o servicio educacional respectivo.

Para todo fin (art. 58 inc. 3): Son aquéllos que se pactan entre las partes, en virtud de los cuales se deducen de las remuneraciones sumas o porcentajes determinados para efectuar pagos de cualquier naturaleza.

Requisitos esenciales:

- o Acuerdo por escrito entre las partes
- o Su tope es de hasta **15%** de la remuneración total del trabajador

“Para los efectos de estos descuentos, debe considerarse el *monto bruto* total de las remuneraciones a que tenga derecho el trabajador, esto es, **sin**



previa deducción de los descuentos obligatorios" (Dictamen N° 7051/332, de 19.12.1996).

Además, está permitido descontar multas, o cuestiones establecidas en el reglamento interno (Por ejemplo, al que llega atrasado se le descuenta 500 pesos)

Finalmente, respecto a estos descuentos, el inciso cuarto del artículo 58, señala el **límite de descuentos que se pueden realizar**, precisando que cualquiera sea el fundamento de las deducciones realizadas a las remuneraciones por parte del empleador, o el origen de los préstamos otorgados, **en ningún caso aquéllas podrán exceder, en conjunto, del 45% de la remuneración total del trabajador.**

- c) **Descuentos judiciales: Retenciones Judiciales por Pensión De Alimentos:** A través de una sentencia o instrumento similar se condena al trabajador al pago de los alimentarios o representantes para los menores de edad o estudiantes hasta 28 años, pretendiendo además mantener el estilo de vida de las personas en cuyo favor se otorgará la pensión. Una vez obtenida la sentencia, se oficia al empleador a retener el monto que se indique.

¿Existe un orden para hacer los descuentos legales ante una retención Judicial?: El legislador al señalar los descuentos obligatorios ha establecido al mismo tiempo un orden de prelación o preferencia respecto de los descuentos entre sí, orden que corresponde al indicado por el artículo 58

El caso en que estos descuentos sean utilizados como subterfugio para rebajar la base de cálculo de las retenciones judiciales, la retención deberá calcularse excluidos los descuentos estrictamente legales en los que no se vea involucrada en forma alguna la voluntad del trabajador.

¿Qué se debe retener para el evento de pago de indemnizaciones?

- a) **Indemnización por años de Servicio:** El empleador estará obligado a retener **del total** de dicha indemnización **el porcentaje que corresponda al monto de la pensión de alimentos en el ingreso mensual del trabajador**, con el objeto de realizar el pago al alimentario, puediendo imputarse el monto retenido y pagado a las pensiones futuras que se devenguen.
- b) **Indemnización sustitutiva del aviso previo:** Será obligación del empleador retener de ella la **suma equivalente a la pensión**



alimenticia del mes siguiente a la fecha de término de la relación laboral

¿Qué sucede si el empleador no retiene o no da aviso al tribunal de familia respecto del término de la relación Laboral?

- a) Como la retención es obligatoria, las consecuencias legales se traducen en multa a beneficio fiscal equivalente al doble de la cantidad mandada a retener. Esto no obsta para que se despache en su contra o en contra del alimentante el mandamiento de ejecución y embargo que corresponda. Esta multa será decretada por el tribunal que conoció del juicio de alimentos en primera o en única instancia, breve y sumariamente, y la resolución que la impone tendrá mérito ejecutivo una vez ejecutoriada.
- b) Además, el empleador debe dar cuenta al tribunal del término de la relación laboral con el trabajador alimentante. Tal comunicación persigue evitar la imposición de multas por no efectuar la retención ordenada. En todo caso de no efectuarse tal comunicación, el tribunal aplicará la misma multa que se aplica en caso de negativa a efectuar retención, es decir equivalente al doble de la cantidad mandada retener. En todo caso la notificación que ordena al empleador efectuar la retención deberá expresar claramente esta circunstancia.
- d) **Descuentos prohibidos:** Se trata de montos que el empleador se encuentra impedido de deducir.
- Arriendo de habitación.
 - Consumo de luz y agua. Se refiere a que el trabajador vive en el lugar de trabajo o por lo que usa en el lugar de trabajo
 - Uso de herramientas.
 - Entrega de medicinas y atención médica.
 - Otras prestaciones en especies.
 - Multas que no estén autorizadas en el reglamento interno de la empresa



Nuevos descuentos prohibidos: La ley N° 20.425, publicada en el Diario Oficial el 13.02.2010 agrega algunos incisos (4° al 7°) al art. 58 que establecen nuevas prohibiciones para efectuar descuentos a las remuneraciones:

Estos casos son:

1.- No podrá deducir, retener o compensar suma alguna de las remuneraciones por el no pago de "efectos de comercio⁵¹" que el empleador hubiera autorizado recibir al trabajador, como medio de pago por los bienes suministrados o servicios prestados a terceros en su establecimiento. (Por ejemplo, un lugar que recibe cheques, el trabajador lo acepta y este no tenía fondos, no se le puede descontar; salvo que el lugar no acepte cheques, como en una bencinera).

Respecto de este nuevo descuento prohibido, hay **2 obligaciones para el empleador**

- a) La autorización del empleador deberá constar por escrito,
- b) los procedimientos que el trabajador debe cumplir para recibir como forma de pago los respectivos efectos de comercio también deben constar por escrito, tiene que corroborar o existir estas 2 obligaciones

2.- El empleador no podrá descontar de la remuneración del o de los trabajadores el monto de lo robado, hurtado, perdido o dañado por parte de terceros respecto de bienes de la empresa, siempre y cuando NO haya mediado responsabilidad por parte del trabajador. A un vendedor no se le podría descontar porque entro un mechero y se robó la polera.

Sanción por Incumplimiento:

Restitución obligatoria, por parte del empleador, de la cifra descontada, debidamente reajustada, sin perjuicio de las multas que procedan de conformidad al Código (las contempladas en el art 506) multas que aplica la DT, esta prohibición implica que no haya mediado culpa por parte del trabajador.

⁵¹ Se llaman **efectos de comercio**

a) los documentos o títulos que teniendo carácter de negociables representan un crédito procedente de operaciones mercantiles, como facturas, cartas de porte, cheques, libranzas, pagarés, etc.

b) Aquel que puede desempeñar en el comercio un rol análogo al de la moneda, tanto que como esta tiene un poder liberatorio, o por la capacidad de ser equivalente al dinero.



Así podemos distinguir entre remuneración bruta y líquida. La *bruta* es el total que le correspondería al trabajador, la *líquida* es la que incluye los descuentos.

- (2) La publicidad: Reflejado en el “Libro Auxiliar de Remuneraciones”.
- El Art. 62 del Código establece la obligación del empleador con **5 o más** trabajadores de llevar un libro auxiliar de remuneraciones
 - La finalidad de este Libro Auxiliar tiende a acreditar que efectivamente las remuneraciones que deben percibir los trabajadores se determinen y cancelen de acuerdo con la ley.
 - El legislador ha dispuesto que sólo las remuneraciones que deben anotarse en dicho libro, se podrán considerar como **gastos de remuneraciones en la contabilidad de la empresa**.
 - **Contenido del Libro de Remuneraciones:**
 - **Nombre y apellido del trabajador, y**
 - **Remuneración imponible, no imponible y remuneración total.**

Los empleadores podrán consignar otros antecedentes, como asimismo las remuneraciones desglosadas por rubros, ítems, o partidas más detalladas, debiendo, en todo caso, asentarse en forma separada las remuneraciones imponibles de las que no lo sean y la remuneración total.

- **Formalidad:** El Libro Auxiliar de Remuneraciones deberá presentarse antes de su iniciación a la Oficina de **Impuestos Internos** que corresponda, foliado correlativamente, para su timbraje.
- **Una necesaria modernización: El Libro Auxiliar de Remuneraciones Electrónico**

La Dirección del Trabajo emitió el día 10 de marzo de 2021 el Dictamen 877/006 de fecha 10/03/2021, por el cual sostiene que conforme a la evolución del sistema normativo y las actuales herramientas y sistemas tecnológicos, resulta jurídicamente procedente que la obligación contenida en el artículo 62 del Código del Trabajo, consistente en la elaboración de un Libro Auxiliar de Remuneraciones, sea cumplida mediante procesos electrónicos.



Recordemos que el Libro Auxiliar de Remuneraciones (LAR) constituye un registro de naturaleza contable y de carácter obligatorio para aquellos empleadores con 5 o más trabajadores, que satisface objetivos normativos en el ámbito laboral, previsional y tributario, impreso en hojas foliadas y timbrada por el SII, cumpliendo los demás requisitos de forma para su presentación y validez.

Ahora, conforme el dictamen, el Libro de Remuneraciones Electrónico (LRE) consiste en una plataforma electrónica puesta a disposición de los empleadores en el portal web de la Dirección del Trabajo, a fin de que éstos informen estandarizada y mensualmente los pagos de remuneraciones efectuados a sus respectivos trabajadores, con carácter de equivalente en soporte electrónico de la obligación contenida en el artículo 62 del Código del Trabajo.

Conforme a lo señalado por la autoridad administrativa en el Dictamen, la incorporación del empleador a este sistema electrónico tiene naturaleza irrevocable. Así, si un empleador comienza a utilizar el LRE, no podrá volver a llevar el libro de remuneraciones en papel. Por su parte, el Servicio de Impuestos Internos ha indicado que la utilización del LRE eximirá a los empleadores de la actual obligación de timbraje del libro auxiliar de remuneraciones.

Finalmente, la Dirección del Trabajo determinó que la incorporación del empleador en el sistema electrónico de registro reemplaza en forma íntegra e irrevocable el registro en papel a partir del primer día del año calendario de su incorporación. Por ende, cualquiera sea el mes en que se produzca la incorporación al sistema, los empleadores tendrán la obligación de ingresar la información de remuneraciones de todos y cada uno de los meses del año calendario respectivo, de manera retroactiva.

El reglamento de la ley N°21.327, que “Moderniza la Dirección del Trabajo”, y que a su vez establece la obligatoriedad del empleador de registrar ciertos datos y documentos en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, señala respecto al Libro de Remuneraciones Electrónico que “El empleador deberá registrar de manera estandarizada y mensual, los pagos de remuneraciones, asignaciones, otros beneficios e indemnizaciones, efectuados a sus respectivos trabajadores”

“El registro deberá hacerse en forma mensual, dentro de los primeros quince días del mes siguiente al respectivo pago, completando los campos requeridos y en cumplimiento a las disposiciones que para efectos de este libro imparta la Dirección del Trabajo. Lo dispuesto será equivalente en soporte electrónico a lo dispuesto en el artículo 62 del Código del Trabajo”.



- (3) Reajustabilidad de las remuneraciones (Art. 63 CdT): Toda suma que el empleador adeude al trabajador y pague con retraso, que se origine con motivo de la prestación de servicios, es decir, a causa del contrato de trabajo (remuneraciones, indemnizaciones o cualquier otro), debe ser reajustada conforme a la variación del IPC del respectivo período y luego aplicarse el máximo interés para operaciones reajustables. Idéntico reajuste experimentarán los anticipos, abonos o pagos parciales que hubiera hecho el empleador.

Reajuste de acuerdo a la variación del IPC: Busca compensar el detrimento económico que ha experimentado el patrimonio al no pagarse oportunamente las remuneraciones o indemnizaciones y por otra parte, sancionar la mora del empleador.

4. Garantías frente a la familia del trabajador (Arts. 59 y 60): se refiere a cómo la familia puede ejercer algún derecho para que el dinero no se pierda en el transcurso del tiempo

3 aspectos a tratar

- a) Pago de las remuneraciones a la familia del trabajador: En el contrato podrá establecerse la cantidad que el trabajador asigne para la mantención de su familia (artículo 59 inciso 1º)
- b) Remuneraciones del cónyuge declarado vicioso por el respectivo juez, para ser percibidas por su otro cónyuge: el o la cónyuge puede percibir **hasta el cincuenta por ciento de la remuneración del otro cónyuge**, declarado vicioso por el respectivo Juez de Letras del Trabajo. (Artículo 59 inciso 2º)⁵²
- c) Muerte del Trabajador (Artículo 60).

“En caso de fallecimiento del trabajador, las remuneraciones que se adeudaren serán pagadas por el empleador a la persona que se hizo cargo de sus funerales, hasta concurrencia del costo de los mismos”.

El saldo, si lo hubiere, y las demás prestaciones pendientes a la fecha del fallecimiento se pagarán al cónyuge, a los hijos legítimos o naturales o a los padres legítimos o naturales del fallecido, unos a falta de los otros, en el orden indicado, bastando acreditar el estado civil respectivo.

⁵² Inciso modificado por la ley N°21.400, que “Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo”



Lo dispuesto en el inciso precedente sólo operará tratándose de sumas no superiores a cinco Unidades Tributarias Anuales”.

Si existiere un saldo todavía, después de haber pagado las remuneraciones hasta concurrencia del costo de los funerales a quien se hizo cargo de ellos, el empleador queda obligado a cancelar dicho saldo y las otras prestaciones pendientes al momento del fallecimiento (es decir, el remanente) a los siguientes parientes sanguíneos, unos a falta de otros, bastando acreditar el estado civil:

- Persona que se hizo cargo de los funerales (a este se le paga PRIMERO, y después lo demás
- Cónyuge.
- Hijos.
- Padres.

Este procedimiento excepcional de pago del remanente solamente opera tratándose de sumas iguales o menores 5 UTA. Ahora bien, la Dirección del Trabajo ha establecido en su jurisprudencia administrativa, entre otras, en dictamen 4793/83 de 08/11/2010, que si la suma adeudada es superior al monto indicado, es decir 5 UTA, los herederos, para obtener el pago del remanente, deben cumplir previamente con el trámite de posesión efectiva de la herencia (ya sea sucesión testada o intestada), porque esos bienes pasan a ser parte de la masa hereditaria.

5. **Garantías frente a los acreedores del empleador:** se refiere a casos de empleadores que le deben dinero a bancos, proveedores, etc., entendiéndose que se le debe pagar primero al trabajador.

En el contexto de la prelación de créditos en el ámbito civil, hay ciertos que pagos que *gozan de privilegio*, esto es, que se pagan primero que otros. Lo regula el Código Civil, así como el art. 61 del CdT;

La garantía otorgada a los trabajadores opera cada vez que el empleador tiene 1 o más acreedores que pretenden cobrar sus créditos y los bienes de este deudor (empleador) no son suficientes para responderles, la garantía en este caso consiste en que se establece una prelación de créditos que dispones un orden en que se pagara a los acreedores.

La protección consiste en que las remuneraciones de los trabajadores, las cotizaciones previsionales y las indemnizaciones legales y convencionales gozan de privilegio para ser pagadas pues son créditos de primera clase.



El art. 2472 del CC, habla de los créditos de primera clase y, en este contexto, se encuentran las deudas a trabajadores. El artículo 61 establece que tienen privilegio las remuneraciones que se deban a los trabajadores, incluyendo; vacaciones (feriados anuales), la asignación familiar, las imposiciones o cotizaciones de seguridad social, los aportes a organismos de seguridad social (u otros pagos a cajas de compensación), así como las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral.

Art. 61 CT. “Gozan del privilegio del artículo 2472 del Código Civil,

- Las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares,
- Las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los organismos o entidades de previsión o de seguridad social,
- Los impuestos fiscales devengados de retención o recargo, y
- Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que corresponda a los trabajadores (...). Estas indemnizaciones tiene como tope, respecto de cada beneficiario, la suma equivalente a 3 ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses, con un límite de 11 años. El saldo, si lo hubiere, será considerado crédito valista. Si se hubiesen efectuado pagos parciales deben imputarse al máximo referido. La dt ha sostenido que los topes de privilegio de pago de las indemnizaciones legales y convencionales no son aplicables a la indemnización sustitutiva de aviso previo, la que goza del privilegio por el total de su monto (dictamen dt n° 1.108/50 de 21 de marzo de 2001).

Reglas adicionales del Art. 61

- Estos privilegios cubrirán los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito.
- Sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer.
- Los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda acerca de los créditos privilegiados laborales.



Se agrega además un sexto grupo;

6. **Garantía de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres:** Está tratada en el art. 62 bis, en que se garantiza el principio de no discriminación e igualdad salarial entre el hombre y la mujer.

El art. 62 bis, señala que hay igualdad de remuneración entre hombre y mujer. Todos los empleadores deben dar cumplimiento a este principio de igualdad, salvo *criterios objetivos*.

Artículo 62 bis.- *“El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.*

La contravención a la igualdad de remuneraciones se puede reclamar por escrito (a las autoridades o empleador). El **procedimiento de reclamo** se efectúa ante el mismo empleador y consta de cuatro etapas: (i) se establece en el reglamento interno; (ii) se denuncia por escrito ante el empleador; (iii) el empleador tiene un plazo de 30 días corridos para responder fundadamente y por escrito; (iv) si el trabajador queda disconforme, se sigue un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales. Así lo señala el **art. 62 bis, inciso 2º**; *“Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6º del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa”.*

Las empresas que tengan 200 o más trabajadores, deben tener un registro de cada cargo, funciones y características, para así poder comparar qué se requiere para ese trabajo y de acuerdo a ello, entender si la remuneración tiene o no un criterio objetivo que la hace diferente.



III. PROHIBICIONES DE LOS FUNCIONARIOS E INCOMPATIBILIDADES. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DE LOS SUJETOS A CONTRATO DE TRABAJO

Módulo 1: Prohibiciones de los Funcionarios e incompatibilidades funcionarias

Docente: Pablo Pérez O., Abogado UDELAM

I. PROLEGOMENOS:

Teniendo por establecido que la relación entre la Administración del Estado y el funcionario es de carácter estatutario y, por tanto, éste no se encuentra vinculado a ésta por un contrato, son las normas estatutarias las que regulan el régimen de personal de la Administración Pública en todo lo referente al ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones (artículo 15 LOCBGAE).

De este modo, así como las normas estatutarias reconocen derechos o situaciones activas a los funcionarios públicos, éstas también establecen deberes y prohibiciones que colocan a aquellos en una posición de obligados a cumplir las prescripciones legales, so pena de sanción.

En este orden de ideas, debe tenerse presente lo preceptuado por el artículo 7° de la ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el cual señala expresamente: “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”.

De esta forma, el régimen vertical propio de la función pública, obligan al funcionario al cumplimiento de las obligaciones y deberes impuestos por la ley, es decir, por el estatuto aplicable al funcionario en particular.

Los deberes funcionarios, por consiguiente, constituyen obligaciones legales establecidas en beneficio del correcto cumplimiento de la función o cargo, con el fin de asegurar que los funcionarios actúen con vistas al bien común y reconociendo la superioridad del interés general.



Las prohibiciones, por su parte, constituyen obligaciones de abstención de obrar en un determinado sentido impuestas a los miembros de la organización administrativa por una norma general o especial de acuerdo al régimen del servicio que los rigen.

Una característica en esta materia es que el establecimiento tanto de los deberes como de las prohibiciones se encuentra disperso en una multiplicidad de normas presididas por la Constitución Política y la LOCBGAE, pero que luego, pueden estar concretizadas en los estatutos especiales aplicables a determinados cuerpos de funcionarios (fuerzas armadas, fuerzas del orden, municipales, académicos universitarios, docentes, etc.)

En el régimen general podemos identificar los siguientes textos normativos en los que están contenidas los deberes funcionarios, así, en la Constitución Política (artículo 8); la LOCBGAE (artículos 5, 7, 11, 12, 13, 15, 16, de su Título I, párrafos 2° y 3° de su Título III; y el Estatuto Administrativo (Título III).

Igualmente, en materia de prohibiciones, en el régimen general, las podemos observar establecidas en la Constitución Política (inciso 7° del n° 16 del artículo 19 que prohíbe la huelga a los funcionarios del Estado y de las municipalidades), la LOCBGAE (artículo 19, que prohíbe actividades políticas dentro de la Administración); y el Estatuto Administrativo (párrafo 5° del Título III).

El régimen del personal de la Administración del Estado la está definido por las normas estatutarias, cuyas bases están contenidas en la LOCBGAE (artículos 7°, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de su Título I y el párrafo 2° de su Título II).

II. PROHIBICIONES PROPIAMENTE TALES:

Cuando hablamos de prohibición, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende que implica “Vedar o impedir el uso o ejecución de algo”. En otras palabras, no es posible realizar determinadas acciones en virtud de una norma jurídica expresa que lo impide.

En el caso concreto, nos abocaremos al estudio de las prohibiciones generales a las cuales están afectas todos los funcionarios públicos, las cuales están contenidas en el artículo 84 de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo: las cuales contemplan 13 prohibiciones funcionarias contenidas entre las letras a) a la m) del texto legal referido.

La relevancia y trascendencia de estas prohibiciones radica en que la vulneración de alguna de ellas puede traer aparejada consigo la sanción administrativa más gravosa de todo el ordenamiento jurídico público, cual es la Destitución funcionaria.



Pasemos al estudio detallado de cada una de las Prohibiciones Funcionarias contenidas en el artículo 84° del Estatuto Administrativo:

- a) **Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas.**

EXPLICACIÓN: El objeto de la prohibición es impedir que funcionarios que no estén investidos legalmente de competencias y facultades (art.7° CPR) actúen en el ámbito jurídico ejerciéndolas.

EJEMPLO: médico actuando como Director o Sub Director médico sin serlo.

- 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.**

EXPLICACIÓN: Esta prohibición está fundada en la obligación del funcionario de dar estricto cumplimiento del principio de Probidad Administrativa en todas sus actuaciones (art.8° CPR), anteponiendo siempre el interés público al interés particular del funcionario. Esta prohibición aplica a cualquier beneficio, no solamente el económico, de las personas que en la norma se indica.

- 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 atañe 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.**

EXPLICACIÓN: Prohibición también fundada en el respeto y cumplimiento de la Probidad Administrativa, basada en este caso en evitar que las prerrogativas o esferas de influencia del funcionario se proyecten en su actividad particular, aunque la posibilidad de conflicto sea solo potencial. La limitación es sólo para el ámbito civil.



- 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.**

EXPLICACIÓN: Los funcionarios públicos pueden intervenir ante los tribunales de justicia, actuando como parte, testigo o peritos, respecto de hechos de que hubieren tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, como asimismo declarar en un proceso en que tenga interés el Estado, pero siempre que hayan comunicado oportunamente de esta situación a su superior jerárquico. Es decir, basta la comunicación (no autorización) al 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.**

EXPLICACIÓN: Esta prohibición está íntimamente vinculada con el mandato del artículo 3º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, el cual señala expresamente que la Administración del Estado debe observar el principio de eficiencia y eficacia. También se funda en los principios de celeridad y economía procedimental del artículo 4º de la ley 19.880 sobre Bases Generales de los Actos de los órganos de la Administración del Estado.

Finalmente, la construcción del ideal del funcionario público honesto e intachable en el ejercicio de la función pública, propio de la Probidad Administrativa.

EJEMPLO: dilación innecesaria e injustificada en el cumplimiento del reservado de la subdirección jurídica y con ello permitir la prescripción de importantes partidas de impuestos; Tardanza innecesaria y excesiva de Fiscal en la conclusión de sumario administrativo.

- f) **Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros.**

EXPLICACIÓN: Esta prohibición está fundada en la obligación del funcionario de dar estricto cumplimiento del principio de Probidad Administrativa en todas sus actuaciones (art.8º CPR), anteponiendo siempre el interés público al interés particular del funcionario. Estos hechos, en la medida que sean acreditados, pueden configurar el delito de cohecho,



previsto en los artículos 248 al 251 del Código Penal, sin perjuicios de la responsabilidad administrativa procedente.

EJEMPLO: Un empleado que cobra honorarios a un particular por efectuarle trabajos relacionados con la función pública que desempeña, los cuales se realizaron durante la jornada de trabajo y con recursos de la institución. Cobrar dinero para agilizar la atención de paciente en el sistema público.

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.

EXPLICACIÓN: Prohibición también basada en el Principio de Probidad Administrativa, que implica dedicar la actividad y el tiempo de trabajo exclusivamente a fines propios del mismo, relativos al ejercicio de la función pública.

EJEMPLO: Trabajar en labores (consulta) particulares en horario de trabajo, ocupar mobiliario, instrumentos o material público en intervenciones quirúrgicas privadas.

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.

EXPLICACIÓN: Separación del proselitismo político de la función pública. En el mismo sentido el artículo 19 de la ley 18.575. Se prohíbe el proselitismo político dentro de la Administración del Estado, y dentro del horario de trabajo. A contrario sensu, fuera del horario laboral y en su calidad de ciudadano, el funcionario si puede participar en actividad política en la medida que sea fuera de horario de trabajo y sin la utilización de medios o fondos públicos.

EJEMPLOS: Utilización de inmuebles del Estado destinados a casa habitación de los funcionarios públicos, en actividades de propaganda política como sería el caso de la exhibición de afiches en favor de una determinada candidatura electoral.

Improcedencia que los servicios públicos autoricen la realización de descuentos voluntarios de las remuneraciones de sus funcionarios en favor de candidaturas políticas.



- 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.**

EXPLICACIÓN: El legislador da prioridad a la continuidad y no interrupción de la Función Pública, en base al principio constitucional de servicialidad, es decir, que el Estado está al servicio de la persona humana. Lo anterior explica la prohibición contenida en el N° 16 del artículo 19 de la CPR: "*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..*"

EJEMPLO: Los funcionarios públicos de los servicios centralizados y descentralizados del Estado, no pueden dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración estatal .

Procede descontar de las remuneraciones del personal de un hospital tanto los estipendios de los días hábiles no trabajados en razón de la huelga como aquellos de los días sábado, domingo y festivos comprendidos en el período que duró la paralización de actividades (Dictamen 7207/2007).

- 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.**

EXPLICACIÓN: Prohibición también basada en el Principio de Probidad Administrativa y en la continuidad de la Función Pública, la cual para ser desarrollada requiere de elementos materiales e instrumentos de trabajo.

EJEMPLOS: Destrucción de mobiliario público, eliminación de datos o información de propiedad del órgano público.

- k) **Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen.**

EXPLICACIÓN: Prohibición que se funda en la finalidad del artículo 3° de la ley 18.575, es decir, el deber de los servicios públicos de atender las



necesidades públicas en forma continua y permanente. Se comparte el mismo sentido de la prohibición anterior.

EJEMPLOS: Llamados públicos a incitar a la destrucción, inutilización o interrupción de 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.**

EXPLICACIÓN: Artículo 1º CPR: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” Se busca elevar el canon o estándar de respeto hacia la dignidad del funcionario público, es decir, instar al respeto máximo de los atributos inherentes de la persona humana, en su calidad de funcionario público y en su calidad de persona, sin distinción de sexo, orientación sexual, política, raza o religión.

Acá no se requiere de reiteración de actos.

EJEMPLOS: Emplear correos electrónico institucional para viralizar burlas, mofas o antecedentes íntimos o personales de un funcionario público: vgr: divulgación de fotografías íntimas.

Efectuar una denuncia carente de fundamentos en contra de otro funcionario configura un incumplimiento grave a la obligación prevista en la letra g) del artículo 61, y de la prohibición contemplada en la letra l) del artículo 84 de la ley N° 18.834, que impide realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás empleados, lo que en armonía con lo preceptuado por la letra c) del artículo 125 del citado cuerpo estatutario, faculta a la autoridad para, incluso, aplicar la medida disciplinaria de destitución (39.730/2016).

- m) Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo.**

EXPLICACIÓN: Idéntica a la de la prohibición anterior, basada en el respeto y protección a la dignidad humana, pues la remisión normativa al inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo nos remite nuevamente al concepto de dignidad humana, a saber: “Asimismo, es contrario a la



dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal 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"

Acá sí se requiere reiteración y continuidad de las conductas hostiles.

EJEMPLOS: agresiones físicas, burlas, reducir drásticamente las funciones y participación de un trabajador con la intención de perjudicarlo, encomendar sistemáticamente trabajos imposibles bajo amenaza de despido, continuas bajas calificaciones sin fundamento objetivo, sobrecargas de trabajo incitando a renunciar al trabajador.

III. **CONSECUENCIAS DE VULNERACIÓN DE PROHIBICIONES FUNCIONARIAS:**

Cualquier vulneración, debidamente acreditada, a una obligación funcionaria, puede dar origen a la instauración de un Procedimiento Administrativo Sancionador, en la especie, a un Sumario Administrativo por parte de la autoridad superior del servicio respectivo.

La particularidad e importancia radica que respecto de determinadas prohibiciones funcionarias, de acreditarse vía sumario administrativo su vulneración y consecuente responsabilidad del funcionario público infractor, la sanción o medida disciplinaria necesariamente será la Destitución Funcionaria.

La Destitución opera respecto de la vulneración de las siguientes Prohibiciones Funcionarias:

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.

La destitución no sólo implica el poner término a los servicios del funcionario por la autoridad competente para nombrarlo, sino que también tiene adosada la inhabilidad de 5 años de ingreso a la Administración Pública.

IV. **INCOMPATIBILIDADES FUNCIONARIAS:**

En relación con las incompatibilidades funcionarias, ellas están reguladas en los artículos 85 al 88 del Estatuto Administrativo.

A) **INCOMPATIBILIDADES POR PARENTESCO/MATRIMONIO:** En una misma institución no podrán desempeñarse personas ligadas entre sí por vínculo de matrimonio, por parentesco por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, de afinidad hasta el segundo grado o adopción, cuando entre ellas se produzca una relación jerárquica.

B) **INCOMPATIBILIDADES ENTRE EMPLEOS PÚBLICOS:** Todos los empleos a que se refiere el Estatuto Administrativo son incompatibles:

-Entre sí.

- Con todo otro empleo o función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas a las contenidas en el Estatuto Administrativo.

-Con las funciones o cargos de elección popular

REGLA: Sin embargo, en caso de ser nombrado un empleado en un empleo incompatible, si asumiere el nuevo empleo, cesará por el sólo ministerio de la ley en el cargo anterior.

C) **EXCEPCIONES: COMPATIBILIDADES HORARIAS (ARTÍCULO 87 E.A.):**
Serán compatibles:

-Con cargos docentes de hasta 12 horas semanales.

-Con el ejercicio de funciones a honorarios siempre que se ejecute fuera de la jornada de trabajo.



- Con el ejercicio de un máximo de dos cargos de miembros de Consejo o Juntas Directivas de Organismos Estatales.
 - Con la calidad de subrogante, suplente o a contrata.
 - Con los que tengas la calidad de exclusiva confianza y con aquellos cuyo nombramiento sea por plazos legalmente determinados.
 - Con los cargos de directivos superiores de los establecimientos de educación superior del Estado, entendiéndose por tales los que señalan los estatutos orgánicos de cada uno de ellos.
-



Módulo 2: Derechos y Obligaciones de los Trabajadores en el Sector Privado: con contrato de trabajo y honorarios

Docente: Jaime Venegas A., Abogado UDELAM

1. Derechos de los trabajadores sujetos a contrato de trabajo

1.1. Del Feriado anual y de los permisos

1.1.1. Permisos

1.1.1.1. Por fallecimiento de hijo o cónyuge

Artículo 66.- En caso de muerte de un hijo, todo trabajador tendrá derecho a diez días corridos de permiso pagado. En caso de la muerte del cónyuge o conviviente civil, todo trabajador tendrá derecho a un permiso similar, por siete días corridos. En ambos casos, este permiso será adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio.

Igual permiso se aplicará, por siete días hábiles, en el caso de muerte de un hijo en período de gestación. En el caso de muerte de un hermano, del padre o de la madre del trabajador, dicho permiso se extenderá por cuatro días hábiles.

Estos permisos deberán hacerse efectivos a partir del día del respectivo fallecimiento. No obstante, tratándose de una defunción fetal, el permiso se hará efectivo desde el momento de acreditarse la muerte, con el respectivo certificado de defunción fetal.

El trabajador al que se refiere el inciso primero gozará de fuero laboral por un mes, a contar del respectivo fallecimiento. Sin embargo, tratándose de trabajadores cuyos contratos de trabajo sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero los amparará sólo durante la vigencia del respectivo contrato si éste fuera menor a un mes, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos.

Los días de permiso consagrados en este artículo no podrán ser compensados en dinero.

1.1.1.2. Permiso especial para exámenes médicos

Artículo 66 bis.- Las trabajadoras y los trabajadores, cuyos contratos de trabajo sean por un plazo superior a treinta días, tendrán derecho a medio día de permiso, una vez al año durante la vigencia de la relación laboral, para someterse a los exámenes de mamografía y próstata,



respectivamente, pudiendo incluir otras prestaciones de medicina preventiva, tales como el examen de papanicolau, en las instituciones de salud públicas o privadas que corresponda. En el caso de los contratos celebrados por un plazo fijo, o para la realización de una obra o faena determinada, este derecho podrá ejercerse a partir de los treinta días de celebrado el contrato de trabajo, y en cualquier momento durante la vigencia de éste.

El tiempo para realizar los exámenes, señalado en el inciso anterior, será complementado, en su caso, con el tiempo suficiente para los traslados hacia y desde la institución médica, considerando las condiciones geográficas, de transporte y la disponibilidad de equipamiento médico necesario.

Para el ejercicio de este derecho, los trabajadores deberán dar aviso al empleador con una semana de anticipación a la realización de los exámenes; asimismo, deberán presentar con posterioridad a éstos, los comprobantes suficientes que acrediten que se los realizaron en la fecha estipulada.

El tiempo en el que los trabajadores se realicen los exámenes, será considerado como trabajado para todos los efectos legales; asimismo, este permiso no podrá ser compensado en dinero, ni durante ni al término de la relación laboral, entendiéndose por no escrita cualquier estipulación en contrario.

Si los trabajadores estuvieren afectos a un instrumento colectivo que considere un permiso análogo, se entenderá cumplida la obligación legal por parte del empleador.

1.1.1.3. Permiso especial para trabajadores bomberos

Art. 66 quáter.- Los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo y aquellos regidos por el Estatuto Administrativo contenido en la ley N°18.834, y por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales contenido en la ley N° 18.883, que se desempeñen adicionalmente como voluntarios del Cuerpo de Bomberos estarán facultados para acudir a llamados de emergencia ante accidentes, incendios u otros siniestros que ocurran durante su jornada laboral.

El tiempo que estos trabajadores destinen a la atención de estas emergencias será considerado como trabajado para todos los efectos legales. El empleador no podrá, en ningún caso, calificar esta salida como intempestiva e injustificada para configurar la causal de abandono de trabajo establecida en el artículo 160, número 4, letra a), de este Código, o



como fundamento de una investigación sumaria o de un sumario administrativo, en su caso.

El empleador podrá solicitar a la Comandancia de Bomberos respectiva la acreditación de la circunstancia señalada en este artículo.

1.1.2. Feriado anual

Art. 67. Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento.

Igual derecho asistirá al trabajador que preste servicios continuos al mismo empleador en virtud de dos o más contratos celebrados por obra o faena determinada y que sobrepasen el año. Con todo, y sólo para estos efectos, el trabajador podrá optar por que el pago de su feriado proporcional se difiera al momento de hacerlo efectivo en las condiciones señaladas en este inciso, debiendo dejar constancia expresa de ello en el respectivo finiquito. En caso de que los contratos no sobrepasen el año y el trabajador hubiere diferido el pago de los feriados conforme lo señala este inciso, el empleador deberá pagar en el último finiquito la totalidad de los feriados adeudados.

Los trabajadores que presten servicios en la Duodécima Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, en la Undécima Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y en la Provincia de Palena, tendrán derecho a un feriado anual de veinte días hábiles.

El feriado se concederá de preferencia en primavera o verano, considerándose las necesidades del servicio.

1.1.2.1. Requisitos

1.1.2.2. Duración

1.1.2.3. Caso de zona extremas

1.1.2.4. Oportunidad

1.1.3. Feriado progresivo

Art. 68. Todo trabajador, con diez años de trabajo, para uno o más empleadores, continuos o no, tendrá derecho a un día adicional de feriado por cada tres nuevos años trabajados, y este exceso será susceptible de negociación individual o colectiva.



Con todo, sólo podrán hacerse valer hasta diez años de trabajo prestados a empleadores anteriores.

1.1.4. Regla del cómputo del feriado anual

Art. 69. Para los efectos del feriado, el día sábado se considerará siempre inhábil.

1.1.5. Regla de continuidad del feriado, acumulación

Art. 70. El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo.

El feriado también podrá acumularse por acuerdo de las partes, pero sólo hasta por dos períodos consecutivos.

El empleador cuyo trabajador tenga acumulados dos períodos consecutivos, deberá en todo caso otorgar al menos el primero de éstos, antes de completar el año que le da derecho a un nuevo período.

1.1.6. Remuneración íntegra durante el feriado

Art. 71. Durante el feriado, la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija.

En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados.

Se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes.

Si el trabajador estuviere remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquél y el promedio de las restantes.

Asimismo, la remuneración íntegra durante el feriado deberá incluir la remuneración establecida en el inciso primero del artículo 45, según corresponda.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra.



1.1.7. Prohibición de compensación del feriado, excepciones y feriado proporcional

Art. 73. El feriado establecido en el artículo 67 no podrá compensarse en dinero.

Sólo si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado, deja de pertenecer por cualquiera circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido.

Con todo, el trabajador cuyo contrato termine antes de completar el año de servicio que da derecho a feriado, percibirá una indemnización por ese beneficio, equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha que enteró la última anualidad y el término de sus funciones.

En los casos a que se refieren los dos incisos anteriores, y en la compensación del exceso a que alude el artículo 68, las sumas que se paguen por estas causas al trabajador no podrán ser inferiores a las que resulten de aplicar lo dispuesto en el artículo 71.

1.1.8. Excepción al derecho al feriado anual

Art. 74. No tendrán derecho a feriado los trabajadores de las empresas o establecimientos que, por la naturaleza de las actividades que desarrollan, dejen de funcionar durante ciertos períodos del año, siempre que el tiempo de la interrupción no sea inferior al feriado que les corresponda de acuerdo a las disposiciones de este Código y que durante dicho período hayan disfrutado normalmente de la remuneración establecida en el contrato.

1.1.9. Feriado colectivo

Art. 75. Cualquiera sea el sistema de contratación del personal docente de los establecimientos de educación básica, parvularia y media o su equivalente, los contratos de trabajo vigentes al mes de diciembre se entenderán prorrogados por los meses de enero y febrero, siempre que el docente tenga más de seis meses continuos de servicio en el mismo establecimiento.

Art. 76. Los empleadores podrán determinar que en sus empresas o establecimientos, o en parte de ellos, se proceda anualmente a su cierre por un mínimo de quince días hábiles para que el personal respectivo haga uso del feriado en forma colectiva.



En este caso, deberá concederse el feriado a todos los trabajadores de la respectiva empresa o sección, aun cuando individualmente no cumplan con los requisitos para tener derecho a él, entendiéndose que a éstos se les anticipa.

2. Reglamento Interno y la inclusión laboral de personas con discapacidad

2.1. El Reglamento Interno

Art. 153. Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.

Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores.

Una copia del reglamento deberá remitirse al Ministerio de Salud y a la Dirección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la vigencia del mismo.

Cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva podrán impugnar las disposiciones del reglamento interno que estimaren ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o ante la Dirección del Trabajo, según corresponda. De igual modo, esa autoridad o esa Dirección podrán, de oficio, exigir modificaciones al referido reglamento en razón de ilegalidad. Asimismo, podrán exigir que se incorporen las disposiciones que le son obligatorias de conformidad al artículo siguiente.

2.1.1. Empresas obligadas, respeto a la dignidad

2.1.2. Contenido obligatorio

Art. 154. El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:



1. Las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquél se efectúa por equipos;
2. Los descansos;
3. Los diversos tipos de remuneraciones;
4. El lugar, día y hora de pago;
5. Las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores;
6. La designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales;
7. Las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores, y a los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado;
8. La forma de comprobación del cumplimiento de las leyes de previsión, de servicio militar obligatorio, de cédula de identidad y, en el caso de menores, de haberse cumplido la obligación escolar;
9. Las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deban observarse en la empresa o establecimiento;
10. Las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento la remuneración diaria;
11. El procedimiento a que se someterá la aplicación de las sanciones referidas en el número anterior;
12. El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual.
13. En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168, y
14. El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador.

Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y,



en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

2.2. De la inclusión laboral de las personas con discapacidad

Artículo 157 bis.- Las empresas de 100 o más trabajadores deberán contratar o mantener contratados, según corresponda, al menos el 1% de personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en relación al total de sus trabajadores.

Las personas con discapacidad deberán contar con la calificación y certificación señaladas en el artículo 13 de la ley N° 20.422.

El empleador deberá registrar los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, así como sus modificaciones o términos, dentro de los quince días siguientes a su celebración a través del sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, la que llevará un registro actualizado de lo anterior, debiendo mantener reserva de dicha información.

La fiscalización de lo dispuesto en este capítulo corresponderá a la Dirección del Trabajo, salvo lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo siguiente, en lo relativo a la reglamentación de la letra b) de ese mismo artículo.

Un reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social y suscrito por los ministros de Hacienda y de Desarrollo Social, establecerá los parámetros, procedimientos y demás elementos necesarios para dar cumplimiento a lo establecido en este capítulo

2.2.1. Cuota de contratación, registro y fiscalización

2.2.2. Opciones de cumplimiento alternativo a la cuota

Artículo 157 ter.- Las empresas que, por razones fundadas, no puedan cumplir total o parcialmente la obligación establecida en el inciso primero del artículo anterior, deberán darle cumplimiento en forma alternativa, ejecutando alguna de las siguientes medidas:

a) Celebrar contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad.



b) Efectuar donaciones en dinero a proyectos o programas de asociaciones, corporaciones o fundaciones a las que se refiere el artículo 2 de la ley N° 19.885.

Sólo se considerarán razones fundadas aquellas derivadas de la naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa o la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado.

El monto anual de los contratos celebrados de conformidad a la letra a) de este artículo no podrá ser inferior al equivalente a veinticuatro ingresos mínimos mensuales respecto de cada trabajador que debía ser contratado por la empresa.

Las donaciones establecidas en la letra b) de este artículo deberán sujetarse a lo dispuesto en la ley N° 19.885, en lo que resulte aplicable, y con las excepciones que se señalan a continuación:

1.- Estas donaciones no darán derecho a los créditos y beneficios tributarios establecidos en los artículos 1 y 1 bis. Sin embargo, para efectos de lo establecido en la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1 del decreto ley N° 824, de 1974, tendrán la calidad de gasto necesario para producir la renta de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 del referido cuerpo legal.

2.- Las donaciones deberán dirigirse a proyectos o programas de asociaciones, corporaciones o fundaciones cuyo objeto social incluya la capacitación, rehabilitación, promoción y fomento para la creación de empleos, contratación o inserción laboral de las personas con discapacidad.

3.- Las donaciones no podrán efectuarse a instituciones en cuyo directorio participe el donante, su cónyuge, su conviviente civil o sus parientes ascendientes o descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad. En caso que el donante sea una persona jurídica, no podrá efectuar donaciones a instituciones en cuyo directorio participen sus socios o directores o los accionistas que posean el 10% o más del capital social, o los cónyuges, convivientes civiles o parientes ascendientes o descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad de dichos socios, directores o accionistas.

4.- El monto anual de las donaciones efectuadas no podrá ser inferior al equivalente a veinticuatro ingresos mínimos mensuales ni superior a doce veces el límite máximo imponible establecido en el artículo 16 del decreto ley N° 3.500, de 1980, respecto de cada trabajador que debía ser contratado por la empresa.



5.- No se aplicará a las donaciones a que se refiere esta ley el límite global absoluto establecido en el artículo 10.

Las empresas que ejecuten alguna de las medidas señaladas en las letras a) y b) de este artículo deberán remitir una comunicación electrónica a la Dirección del Trabajo, con copia a la Subsecretaría de Evaluación Social del Ministerio de Desarrollo Social, al Servicio Nacional de la Discapacidad y al Servicio de Impuestos Internos. La empresa deberá indicar en esta comunicación la razón invocada y la medida adoptada. Esta comunicación deberá ser efectuada durante el mes de enero de cada año y tendrá una vigencia de doce meses.

Artículo 157 quáter.- Al menos uno de los trabajadores que se desempeñe en funciones relacionadas con recursos humanos dentro de las empresas contempladas en el supuesto del artículo 157 bis deberá contar con conocimientos específicos en materias que fomenten la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Se entenderá que tienen estos conocimientos los trabajadores que cuenten con una certificación al respecto, otorgada por el Sistema Nacional de Certificación de Competencias Laborales establecido en la ley N° 20.267.

Las empresas señaladas en el inciso anterior deberán promover en su interior políticas en materias de inclusión, las que serán informadas anualmente a la Dirección del Trabajo, de conformidad al reglamento a que se refiere el inciso final del artículo 157 bis. También deberán elaborar y ejecutar anualmente programas de capacitación de su personal, con el objeto de otorgarles herramientas para una efectiva inclusión laboral dentro de la empresa.

Las actividades realizadas durante la jornada de trabajo o fuera de ella deberán considerar las normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad a que se refiere la ley N° 20.422, como también los principios generales contenidos en las demás normas vigentes sobre la materia.

3. La acción de existencia de relación laboral de los prestadores de servicios a honorarios

Como bien saben a esta altura, tanto por la práctica como por lo expuesto en este curso, pueden ustedes desempeñarse en distintas calidades jurídicas, otra de las muy comunes es la prestación de servicios a honorarios que ocurre tanto en el mundo privado como en el público.



La regla principal de esta forma de desempeñarse, es que se regula en base a lo que dice el mismo contrato, que, si bien es un contrato, suele llamarse convenio, para distinguirlo del contrato de trabajo.

¿Por qué? Porque en el convenio a honorarios se rige por las reglas del derecho civil ¿Qué significa esto? Pues que no hay un vínculo laboral de por medio, con las características propias de este, sino que existe un convenio civil.

¿Es esto favorable o desfavorable para el médico?

Yo soy de la opinión que no es favorable ni desfavorable, sino que es distinto.

Por lo general viene aparejado de mayores libertades horarias, mayor flexibilidad.

La esencia del convenio a honorarios, es que uno no recibe órdenes, sino que desempeña sus funciones como sabe y suele hacerlo.

¿Conocen o se han desempeñado alguna vez como honorarios?

Disposiciones normativas del Código del Trabajo.

Art. 7.º Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

Art. 8.º Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de 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.

Las normas de este Código sólo se aplicarán a los trabajadores independientes en los casos en que expresamente se refieran a ellos.



3.1. Principios que rigen sobre la materia

Primacia de la realidad

In Dubio Pro operario

3.2. Elementos a considerar

1.- Sujetos del contrato individual de trabajo. Trabajador y empleador.

2.- Objeto del contrato individual de trabajo.

- Trabajador: Obligación de prestar servicios personales, materiales o inmateriales .
- Empleador: pagar una remuneración por dichos trabajos.

3.- Subordinación y dependencia¹: Abstracción jurídica que no es definida en el Código del Trabajo.

Los servicios personales se prestan de conformidad a las órdenes o instrucciones que imparta el empleador en relación con las condiciones generales de trabajo, el tiempo, lugar y forma en que deben desarrollarse los servicios.

Elemento jerárquico, órdenes e instrucciones del empleador.

Poder de dirección y control de parte del empleador.

Al no estar definida en la ley, se deberá establecer en el caso a caso, se deben analizar el conjunto de elementos fácticos que dan cuenta como se desarrolla el trabajo.

¹ Fallo 3347.2008 de la Excelentísima Corte Suprema.



IV. INICIO E INGRESO A LA VIDA LABORAL

Módulo 1: Ingreso a la carrera

Docente: Rodrigo Gaete V., Abogado UDELAM

I. CONCEPTO DE CARGO PÚBLICO EN LAS DISTINTAS LEYES

A partir de lo dispuesto en el artículo 3º, letra a) de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, se entiende que “cargo público” es aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º (Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y los servicios públicos descentralizados y centralizados), a través de la cual se realiza una función administrativa.

Como característica podemos señalar que los cargos públicos se ubican en las respectivas plantas según la jerarquía y funciones a ellos asignados y a los requisitos exigidos para su desempeño, correspondiéndoles el grado que posee un sueldo determinado. Asimismo, debemos señalar que en esta noción quedan fuera las contrataciones a honorarios (sin perjuicio de la denominación general de “servidor público”).

Y en cuanto a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, cabe señalar que quien sirve un cargo público lo hace para el ejercicio de una tarea o labor asignada por ley al correspondiente organismo. De manera que, en último término, es la voluntad de la entidad pública la que se expresa a través de un servidor, por lo que su alejamiento del cargo no puede afectar la vigencia de las resoluciones que adoptó.

Ahora bien, quien cumple un cargo público es el denominado “funcionario público” quien, a través del ejercicio del mismo, tiene una serie de potestades administrativas. Así también tienen un estatuto específico de deberes, cuyo cumplimiento se verifica anualmente a través del proceso de calificaciones, los cuales, de ser infringidos, generan la llamada “responsabilidad administrativa”. Esta última se hace efectiva a través de los procesos administrativos sancionadores (investigación sumaria y sumario administrativo) y puede derivar en medidas disciplinarias que van desde la censura hasta la destitución.



II. DISTINCIÓN ENTRE CARGOS PERMANENTES Y CARGOS TRANSITORIOS

En este punto conviene conocer la clasificación entre cargos de planta y cargos a contrata.

1) CARGOS DE PLANTA

Los cargos de planta se pueden definir como estructuras legales que establecen los cargos permanentes de un organismo administrativo. Según el Estatuto Administrativo, estas plantas recogen y formalizan en grados las cinco grandes especialidades que acepta el Derecho Estatutario chileno: la de los Directivos, la de los Profesionales, la de los Técnicos, la de los Administrativos y la de los Auxiliares.

Por su parte, los “funcionarios públicos de planta” son los incluidos en la planta del servicio público, esto es, en el conjunto de cargos permanentes asignados por ley a cada institución. Es decir, se trata del personal que el legislador estimó necesario para que el servicio pudiera desarrollar adecuadamente la tarea que justificó su creación. A su vez, éstos admiten una subclasificación, ya que pueden tener la calidad de titulares, suplentes o subrogantes.

A) TITULARES:

Son titulares aquellos funcionarios que se nombran para ocupar en propiedad un cargo vacante. A diferencia de quienes cumplen un cargo a contrata, los funcionarios de planta titulares tienen la propiedad de la plaza que desempeñan.

B) SUPLENTES:

Son súples aquellos funcionarios designados en esa calidad en los cargos que se encuentren vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso no inferior a 15 días. A su vez, tendrá derecho a percibir la remuneración asignada al cargo que sirva en tal calidad en el caso que se encuentre vacante; cuando el titular del mismo por cualquier motivo no goce de dicha remuneración, o cuando el titular haga uso de la licencia médica. En la práctica, si la suplencia se ha generado por la ausencia del titular y la nominación ha sido dispuesta mientras dure aquella, al producirse la reincorporación de aquél, provoca el cese del suplente por el solo ministerio de la ley.

Cabe indicar que estos tipos de vínculos con la Administración son por esencia transitorios. En consecuencia, aquellos funcionarios de planta



suplentes quedan al margen de la carrera funcionaria y no pueden participar en un concurso de promoción.

C) SUBROGANTES:

Son subrogantes aquellos funcionarios que entran a desempeñar el empleo del titular o suplente por el solo ministerio de la ley, cuando estos se encuentren impedidos de desempeñarlo por cualquier causa. Tal como ocurre con la suplencia, la subrogación es un mecanismo de reemplazo que opera de pleno derecho y en cuya virtud el funcionario que corresponda, con el objeto de mantener la continuidad de la prestación de la función pública, debe ejercer en calidad dictde subrogante el cargo que no es desempeñado por el titular o suplente de esa plaza. En tal condición, tiene la obligación de suscribir los actos administrativos pertinentes, dejando constancia expresa de la calidad con que actúa.

Por último, cabe señalar que los funcionarios de planta pueden ser de carrera y de exclusiva confianza:

a) FUNCIONARIOS DE PLANTA DE CARRERA:

Son la generalidad de los funcionarios que contempla la planta de un servicio. Se caracterizan porque limitan la discrecionalidad en el ingreso y la promoción. Se trata de funcionarios permanentes que no pueden alcanzar ni perder esta calidad arbitrariamente, por lo que:

- i) Sólo puede accederse a esta condición por concurso público.
- ii) Sólo puede perderse voluntariamente o por causales establecidas legalmente, donde estas últimas deben fundarse en motivos precisos: desempeño deficiente, incumplimiento de obligaciones, pérdida de requisitos para ejercer la función, término del período legal por el cual se es designado o la supresión del empleo (esto último, sólo por ley). El desempeño deficiente y el incumplimiento de obligaciones debe acreditarse a través de las calificaciones o mediante una investigación sumaria o un sumario administrativo.

iii)

b) FUNCIONARIOS DE PLANTA DE EXCLUSIVA CONFIANZA:

Normalmente corresponden al estamento Directivo. Son aquellos sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer el nombramiento. Dentro de estos, la Constitución Política de la República contempla a los Ministros de Estado, los



Subsecretarios, los Intendentes, los Gobernadores, los Embajadores, los Ministros Diplomáticos y los Representantes ante Organismos Internacionales (los demás quedan definidos por ley).

En la actualidad, la completa discrecionalidad para nombrar y remover a estos funcionarios se ha visto atenuada en el grupo incorporado al Sistema de Alta Dirección Pública.

2) CARGOS A CONTRATA:

Los empleos a contrata son nombramientos o designaciones que extiende el Jefe Superior de un servicio, autorizados a proveer por el Estatuto Administrativo, aunque no se encuentren fijados por ley, sino en el presupuesto anual del correspondiente organismo, en el cual pueden contemplarse en forma global o nominativa. Su finalidad es permitir la colaboración de personal externo -no más del 20% del personal de planta- con los empleados de planta, en labores profesionales, técnicas, administrativas o auxiliares (nunca directivas), para facilitar el cumplimiento de las funciones del respectivo organismo.

Atendida su calidad, estos cargos son transitorios. Esto quiere decir que su desempeño dura mientras sean necesarios sus servicios. Si su nombramiento es indefinido, de todas maneras, ha de cesar en su desempeño al 31 de diciembre del año respectivo, por el solo ministerio de la ley, a menos que se disponga su renovación.

A su vez, como estos cargos públicos no están predeterminados por la ley como ocurre con los cargos de planta, la autoridad que los designa debe asimilarlos a un grado de la respectiva planta, según su naturaleza e importancia de la función para la cual se proveyeron. Esta asimilación se hace solamente para efectos remuneratorios.

En cuanto al límite temporal (cargo vigente hasta el 31 de diciembre de cada año) y al límite cuantitativo (20% del personal de planta), ambos han sido superados en la realidad. El primero, porque nada impide renovar estos nombramientos año a año, lo que hace que en la práctica dejen de ser transitorios. Mientras que en el segundo, el propio Estatuto Administrativo postergó la vigencia de ese límite hasta 1992, lo que fue reiterado por leyes sucesivas para luego eximirse a los servicios de su aplicación mediante glosas presupuestarias en cada Partida. Esto ha llevado a que actualmente exista más personal a contrata que de planta en la Administración Pública. Esto también ha generado que en la actualidad puedan ejercer cargos de jefatura.



Respecto a este tipo de cargos, existen 4 temas que la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República ha desarrollado:

A) TÉRMINO ANTICIPADO DE LOS NOMBRAMIENTOS A CONTRATA:

Tradicionalmente nuestra jurisprudencia aceptó que el acto de nombramiento del personal a contrata, además de establecer una fecha de terminó igual o anterior al 31 de diciembre del año en curso, pudiese agregar como una especie de condición extintiva la fórmula "o mientras sean necesarios sus servicios". Si ello ocurría, se aceptaba que la superioridad del respectivo organismo pudiera determinar el momento en que los servicios dejaban de ser necesarios, poniendo término a este vínculo.

La Contraloría ha señalado que no le corresponde ponderar las razones que tuvo la autoridad para tomar tal determinación, criterio que la Corte Suprema confirmaba, señalando que la principal característica de este tipo de empleos era la precariedad de su duración.

En los últimos años, sin embargo, el panorama ha cambiado y ya no basta la pura invocación abstracta de las necesidades. La Corte Suprema, aplicando las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa, ha empezado a exigir la debida fundamentación de estos términos anticipados, afirmando que "es requisito sustancial en la decisión que la autoridad aporte la expresión de su motivo o fundamento concreto, que ha sido exigida como condición de mínima racionalidad". Por su parte, la Contraloría ha señalado que debe tratarse necesariamente de un acto administrativo fundado, pudiendo, en caso contrario, ser tachado de arbitrario y, por ende, ilegítimo.

B) APLICABILIDAD DE LA TUTELA LABORAL DEL CÓDIGO DEL TRABAJO:

Esta acción de protección de derechos fue incorporada en el año 2006. Tras 7 sentencias de unificación de jurisprudencia que rechazaron su aplicación en favor de funcionarios a contrata, la Corte Suprema varió este criterio en el 2014, aceptando desde entonces su invocación en virtud de la ya explicada supletoriedad del Código del Trabajo respecto del Estatuto Administrativo, al entender que este último no contemplaba una acción de tutela semejante.



C) PRÓRROGA DE LOS NOMBRAMIENTOS A CONTRATA:

El Estatuto Administrativo establece que el 31 de diciembre de cada año, los empleados a contrata “expirarán en sus funciones (...) por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos.” La literalidad de este precepto ha sido reinterpretada por la Contraloría (dictamen N° 22.766/2016), en el cual reconsidera su jurisprudencia anterior exigiendo que la no renovación de un empleado a contrata deba motivarse expresamente 30 días antes del fin de año si esta calidad ya se había renovado -desde la segunda renovación al menos- en virtud del deber derivado del Principio de Confianza Legítima. De lo contrario, se produce una renovación automática.

D) CONDICIONES PARA QUE SE GENERE LA CONFIANZA LEGÍTIMA:

Es procedente considerar que el deber de renovar una contrata en el evento que no se emita y comunique el acto fundado, deriva de una actuación previa por parte de la Administración en orden a requerir reiteradamente los servicios de una persona, por un período tal que hace suponer que dicha conducta seguirá repitiéndose.

Lo importante para este fin es que de manera constante y reiterada un organismo de la Administración del Estado haya requerido los servicios personales de un funcionario a través de designaciones a contrata, lo que hace suponer que la última designación a contrata que el interesado sirvió será renovada, ya sea solo por una contrata anual o por varias parciales que abarquen toda la anualidad siguiente.

En este sentido, la confianza legítima sólo podrá generarse en la medida que no haya interrupción entre una designación y la siguiente, ya que la existencia de algún lapso de alejamiento genera por esencia una duda razonable en torno a la mantención de esa relación funcional y, por lo mismo, se opone a la confianza legítima.

Finalmente, en cuanto a la duración que ha de tener cada una de las contrataciones previas y la extensión total del lapso necesario para provocar la anotada confianza, corresponde señalar que dicha expectativa se genera a partir de la segunda renovación. Es decir, la práctica que genera la confianza legítima está determinada por una extensión de tiempo que alcanza más de dos años.

Así, en el evento que una persona sea designada a contrata, por primera vez, luego que haya comenzado el año respectivo (incluso en diciembre), se entenderá que hubo una primera renovación anual si dicha vinculación se extiende por todo el año calendario siguiente (ya sea en virtud de una



sola designación o de varias sucesivas y continuas), entendiéndose que existe una segunda renovación de dicho nexo funcional si este abarca toda la anualidad subsiguiente, en los términos aludidos. De lo anterior, se colige que deberá haber transcurrido más de dos años para invocar la confianza de una nueva prolongación de su designación que, por una o más contrataciones sucesivas e ininterrumpidas, abarque toda la anualidad siguiente.

En este orden de ideas, y considerando que un servidor puede ser objeto de múltiples y sucesivas designaciones a contrata por tiempos menores a un año calendario (por ejemplo, sólo algunos meses), se debe aclarar que son útiles para efectos de entender una continuidad en el vínculo que genera la aludida expectativa, los diferentes periodos inferiores a un año, pero continuos, desempeñados a contrata, en la medida que el lapso total de esas designaciones abarque más de dos años.

III. DE LOS REQUISITOS PARA INGRESAR A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Esta materia se encuentra contemplada en el artículo 12 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, donde se señalan los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano;

No obstante, en casos de excepción, determinados por la autoridad llamada a hacer el nombramiento, podrá designarse en empleos a contrata a extranjeros que posean conocimientos científicos o de carácter especial. Los respectivos decretos o resoluciones de la autoridad deberán ser fundados, especificándose claramente la especialidad que se requiere para el empleo y acompañándose el certificado o título del postulante. En todo caso, en igualdad de condiciones, se preferirá a los chilenos.

b) Haber cumplido con la ley de reclutamiento y movilización, cuando fuere procedente;

c) Tener salud compatible con el desempeño del cargo;

d) Haber aprobado la educación básica y poseer el nivel educacional o título profesional o técnico que por la naturaleza del empleo exija la ley;

e) 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, y

f) 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. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del acceso a cargos de



auxiliares y administrativos, no será impedimento para el ingreso encontrarse condenado por ilícito que tenga asignada pena de simple delito, siempre que no sea de aquellos contemplados en el Título V, Libro II, del Código Penal.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Contraloría General de la República ha sostenido que “el imperativo de mantener la continuidad del servicio, ante circunstancias como la falta de dotación en determinadas especialidades, permite que los establecimientos de salud contraten personal que no tiene nacionalidad chilena, adjuntándose a los términos previstos en la letra a) en estudio.” (Dictamen N° 62.092/20212).

En cuanto a la letra c), por su parte, se ha señalado que la causal de cese de declaración de vacancia por salud incompatible no limita la posibilidad del afectado para incorporarse nuevamente a la Administración Pública, debiendo solo acreditar el cumplimiento de los requisitos de ingreso generales al cargo de que se trate, como los especiales del texto estatutario aplicable al órgano administrativo al que pretenda acceder.

Respecto de la letra e), la jurisprudencia señala que a quienes luego de alejarse de la Administración por renuncia voluntaria o mala calificación se les aplicó la medida disciplinaria de destitución, no pueden volver a ocupar un cargo público, a menos que haya transcurrido el plazo de 5 años, contado desde la notificación del pertinente acto administrativo sancionatorio. En estos casos, aún cuando la sanción explosiva no es la causal de expiración de funciones, produce sus otros efectos propios, entre ellos, el impedimento para reingresar a la Administración.

Por último, en cuanto a la letra f) el objetivo fue disminuir las limitaciones o eventuales discriminaciones para el ingreso a las plantas de los auxiliares y administrativos en la Administración del Estado, sobre la base del reconocimiento del rol que le compete al Estado en la reinserción social y laboral de quienes han delinquido, sin que dicha normativa haya dispuesto una restricción en el número de veces en que hubieren sido condenados esas personas para efectos de beneficiarse de tal privilegio.

IV. LOS CONCURSOS PÚBLICOS Y OTRAS VÍAS DE INGRESO

El concurso público de ingreso tiene por finalidad seleccionar personal idóneo para la incorporación a la carrera funcionaria en calidad de titular. El concurso público de ingreso se efectúa en el último grado de la planta respectiva, salvo que existan vacantes de grados superiores que no hayan sido provistas mediante promociones, ya sea a través de concursos internos de promoción o ascensos.



Ante la pregunta de quienes pueden participar en un concurso público de ingreso, cabe recordar los requisitos que ya detallamos en relación al artículo 12 de la Ley N° 18.834.

1) ETAPAS DEL CONCURSO:

A) Llamado a concurso: Se realizará mediante una resolución del jefe superior del servicio y deberá contener, a lo menos, los datos consignados en las bases del concurso, según lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto Administrativo.

B) Difusión del concurso: La autoridad facultada para hacer el nombramiento, publicará un aviso con información acerca del concurso en el Diario Oficial el día 1° o 15 de cada mes o el primer día hábil siguiente, si aquellos fueren feriados, sin perjuicio de utilizar otros medios de difusión (circulares, oficios o a través de las páginas electrónicas habilitadas de Ministerios y Servicios). Entre la publicación en el Diario Oficial y la fecha de presentación de antecedentes, no podrá mediar un lapso inferior a 8 días. El aviso deberá contener, a lo menos, la identificación de la institución solicitante, las características del cargo, los requisitos para su desempeño, la individualización de los antecedentes requeridos, la fecha y lugar de recepción de estos, las fechas y lugar que se tomarán las pruebas de oposición, si procediere, y el día en que se resolverá el concurso. Debe indicar, además, si se contemplará período de empleo a prueba, así como si se realizará una lista de postulantes elegibles para futuras provisiones. Los ministerios y servicios que tengan habilitados sitios web, deberán incluir aviso en éstas.

C) Postulación al concurso: Las personas que cumplan los requisitos correspondientes, deberán formalizar sus postulaciones mediante los mecanismos definidos en las bases del concurso, acompañando dicha postulación con copia de todos los antecedentes individualizados en el aviso y copias de los certificados que correspondan.

D) Revisión de antecedentes: Una vez vencido el plazo de postulación, se deberá verificar si los postulantes cumplen con los requisitos para participar en el concurso. Aquellos postulantes que no cumplan con los requisitos mínimos deberán ser informados dicha situación en forma oportuna.

E) Aplicación de instrumentos: Se podrán aplicar diversos instrumentos de selección de acuerdo a las bases.

F) Confección del acta: Debe dejarse constancia de los fundamentos y resultados de la evaluación de cada candidato respecto de todos los



factores que fueron utilizados. El acta deberá contener la información necesaria para que los participantes puedan verificar el cumplimiento de las bases y la pertinencia de los antecedentes tomados en consideración, las pruebas aplicadas y sus pautas de respuesta. El acta y todos los antecedentes deben estar a disposición de los concursantes durante el plazo establecido para la reclamación. Para su elaboración, debe considerarse que “en los concursos se mantendrá en secreto la identidad de cada candidato para los efectos de la evaluación de las pruebas y demás instrumentos de selección en que ello sea posible.”

G) Proposición de candidatos: El Comité de Selección propondrá a la autoridad los nombres de los candidatos que obtengan los mejores puntajes, con un máximo de 3 respecto de cada cargo a proveer.

H) Selección del candidato: La autoridad facultada para hacer el nombramiento seleccionará a una de las personas propuestas.

I) Notificación: El jefe superior del servicio notificará personalmente o por carta certificada al interesado, quien deberá manifestar su aceptación al cargo. Si así no lo hiciere, el jefe superior del servicio deberá nombrar a alguno de los otros postulantes propuestos.

J) Nombramiento: Una vez aceptado el cargo, la persona seleccionada será designada titular en el cargo correspondiente.

K) Difusión del resultado del concurso: El jefe superior del servicio, a través del Departamento de Recursos Humanos, deberá comunicar a los concursantes el resultado final del proceso, dentro de los 30 días hábiles siguientes a su conclusión.

2) FACTORES A CONSIDERAR EN LA EVALUACIÓN DE LOS POSTULANTES:

En cada concurso, de acuerdo a las disposiciones legales, deberán considerarse, a lo menos, los siguientes factores para la evaluación de los postulantes:

- a. Estudios y cursos de formación educacional y de capacitación.
- b. Experiencia laboral.
- c. Aptitudes específicas para el desempeño de la función.

Sin embargo, cada servicio podrá determinar factores adicionales a los anteriores. Para cada ocasión se establecerá la forma en que ellos serán evaluados y ponderados y el puntaje mínimo para ser considerado postulante idóneo. Todos estos antecedentes deberán ser informados a los candidatos que postulen, antes de iniciarse el proceso de selección.



Cuando la ley no disponga una ponderación específica, ningún factor de evaluación a considerar en este concurso podrá tener una ponderación superior al 40% ni inferior a un 10% de la puntuación máxima final. Por último, las exigencias que contenga cada uno de los factores deben estar vinculadas a la función que corresponda al cargo, ajustadas al perfil de éste.

3) INSTRUMENTOS DE SELECCIÓN:

En todos los concursos, se contemplará la evaluación de los antecedentes de los postulantes y la aplicación de otros instrumentos de selección, según se establezca. Entre ellos se consideran pruebas, entrevistas, presentaciones o exposiciones de conocimientos y habilidad. Los instrumentos de selección que se apliquen deberán estructurarse sobre bases que consideren una evaluación cuantificable y estandarizada, que permita resultados comparables entre los postulantes y entregue la ubicación relativa de cada uno de ellos.

El resultado esperable debe estar contenido en una pauta escrita elaborada por el Comité de Selección o quien corresponda, con la respectiva evaluación de cada respuesta.

Asimismo, se podrá incluir una evaluación que permita obtener una apreciación de rasgos de personalidad, en cuyo caso, también debe confeccionarse un conjunto de alternativas esperadas de respuestas y el puntaje que otorgarán. Tanto las evaluaciones como los demás instrumentos que se apliquen en los concursos deberán expresarse en sistemas de puntajes.

4) FACTORES DEL ÉXITO DEL CONCURSO:

- Cumplimiento de las fases, procedimientos y plazos establecidos del concurso.
- Clara definición del perfil de selección.
- Correcta formulación de las bases del concurso.
- Publicación de aviso en el Diario Oficial.
- Amplia difusión del llamado a concurso y de las bases.
- Retroalimentación a los postulantes del resultado del concurso.



Cabe destacar que, tratándose de empleos a contrata o sujetos a contratos de trabajo, o de contrataciones a honorarios, no resulta exigible efectuar previamente un concurso público (salvo excepciones, como, por ejemplo, en el caso del Consejo para la Transparencia). Pero si la autoridad opta por convocarlo deberá respetar los lineamientos que estipule y que haya dado a conocer a los oponentes, así como los principios generales comunes a todo concurso.



Módulo 2: Ingreso a trabajo en sector privado

Docente: Constanza Urrutia S., Abogada UDELAM

En el ámbito privado, las relaciones laborales pueden ser a través de la prestación de servicios a honorarios o mediante contratación bajo las normas del Código del Trabajo.

¿Quiénes trabajan en el sector privado?

Aquellos profesionales que se desempeñan en clínicas o en cualquier empresa privada cuyo giro esté relacionado con el ámbito de la salud, encontrándose estos trabajadores esencialmente regulados, ya sea, por el Código del Trabajo o por su propio contrato, como ocurre en la prestación de servicios a honorarios.

Ahora bien, esta distinción no es baladí, por cuanto para efectos de determinar los derechos y obligaciones que se generan para ambas partes, debemos necesariamente tener conocimiento de la ley aplicable a cada funcionario o trabajador, ya que son distintas las formas en que el legislador ha regulado este tipo de relaciones laborales, siendo sólo algunas materias que se regulan transversalmente para ambos sectores, las normas de protección de maternidad; sanción a los actos o conductas de acoso laboral y sexual; seguridad social, etc.

I. PRINCIPIOS RELEVANTES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PRIVADA:

A) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Es un principio general del derecho, en virtud del cual las partes definen las condiciones en que se producirá la relación jurídica, por ejemplo, determinando las condiciones de contratación, jornada de trabajo, obligaciones, etc. Si bien, ello ha sido considerado en general como procedente, su legitimidad deberá ser analizada caso a caso, procurando siempre el resguardo de los derechos de los trabajadores.

B) CONSENSUALIDAD.

En conjunto, se debe tener presente el principio de consensualidad, en virtud del cual, solo se requiere del consentimiento o acuerdo de voluntad de ambas partes. Pues bien, esta situación en cuanto al consentimiento de



las partes se mantiene análoga durante la vigencia de relación laboral, en donde las modificaciones contractuales que se quieran realizar deben necesariamente ser de mutuo acuerdo, no pudiendo el empleador imponer u obligar a los trabajadores a firmar un anexo que contenga alguna modificación y que pueda perjudicar sus derechos laborales, los que además, según la ley revisten el carácter de **irrenunciables**. En este sentido, el empleador y trabajador podrán acordar libremente, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes.

En nuestro ordenamiento jurídico, existe un artículo, que permite acordar pactos no contenidos en la ley de forma explícita. Éste es el **artículo 10 del Código del Trabajo**, el cual contiene una enumeración no taxativa, que, en su numeral 7, contempla la posibilidad de adoptar "los demás pactos que acordaren las partes".

Artículo 10: *"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:*

- 1.- Lugar y fecha del contrato;
- 2.- Individualización de las partes con indicación de la nacionalidad, domicilio y dirección de correo electrónico de ambas partes, si la tuviere y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador;
- 3.- Determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias;
- 4.- Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada;
- 5.- duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno;
- 6.- plazo del contrato;
- 7.- demás pactos que acordaren las partes.

En consecuencia, es posible incorporar cualquier acuerdo de voluntad de las partes como cláusulas especiales, pudiendo pactarse todo aquello que no esté prohibido (art. 10 n° 7), en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y del principio de consensualidad, mientras no sea contrario a la ley, ni se afecten derechos mínimos e irrenunciables.



II. EL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato individual de trabajo se encuentra definido en el artículo 7° del Código del Trabajo y que dispone: *“El contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo subordinación y dependencia del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada”*.

A) ELEMENTOS:

De la definición que nos otorga el Código, es posible inferir los siguientes elementos de un contrato de trabajo:

- 1) Un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador (autonomía de la voluntad y consensualidad).
- 2) Una prestación de servicios personales por el trabajador;
- 3) Una remuneración de tales servicios por el empleador,
- 4) La prestación de los servicios personales bajo vínculo de dependencia y subordinación.

A.1 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONSENSUALIDAD.

A.2 PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES

El Código del Trabajo en su artículo 3° letra c) define al trabajador como: *“toda persona natural que preste **servicios personales** intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”*.

CONVENIO A HONORARIOS:

Los contratos o convenios de honorarios son una expresión genérica que se utiliza para designar cualquier contrato civil que, por no haber subordinación, no corresponde a un contrato de trabajo, pero en donde efectivamente hay prestación de servicios.

Este tipo de contratos está pensado para personas que prestan servicios con cierta autonomía, es decir, para trabajadores independientes que desarrollan sus servicios en forma esporádica para una determinada



empresa, sin estar sujetos a jornadas de trabajos ni control de parte jefaturas, estando sólo regidos o regulados por los derechos y obligaciones que contiene el contrato civil de prestación de servicios. Se caracterizan principalmente por no haber un vínculo de subordinación y no existir una remuneración, ya que el pago es un honorario, existiendo además la obligación de otorgarse la boleta de honorarios, documento que por norma general emite el prestador del servicio por este tipo de contrato y que se utiliza para efectos tributarios¹.

No obstante, cabe hacer presente que, en la actualidad en Chile, existen innumerables situaciones que implican falsos contratos de prestación de servicios, puesto que en la realidad son contratos de trabajo simulados al darse un auténtico vínculo de subordinación.

En efecto, debemos indicar que los trabajadores a honorarios no se rigen por el Código del Trabajo, sino que por su propio contrato, por lo que cualquier beneficio al que tengan derecho dependerá del acuerdo al que hayan arribado con quien hicieron el respectivo convenio o contrato.

En el mismo sentido, un fallo jurisprudenciañ de la ltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, resolvió: *“Que, como se ha dejado dicho, que las personas que prestan servicios sobre la base de honorarios en los organismos pertenecientes a la Administración del Estado, están afectas a las normas que establezca el respectivo contrato y marginados de la aplicación de las disposiciones del Estatuto Administrativo, y en las materias o aspectos no regulados por las normas estatutarias será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo y tercero del artículo 1º del Código del Trabajo, ya que esto rige en aquéllas materias no reguladas por las normas estatutarias aplicables.*

CRÍTICA:

En base a lo desarrollado en la normativa vigente respecto a los prestadores de servicios a honorarios la consideramos del todo insuficiente. En primer lugar, se evidencia un vacío legal en torno a la regulación de la relación entre el Estado y los prestadores de servicios a honorarios, aplicando según el caso, el Código Civil o el Código del Trabajo. En segundo lugar, se evidencia la falta de legalidad por parte de las instituciones del Estado al momento de aplicar lo establecido en el artículo 11 del Estatuto Administrativo, que permite la contratación de trabajadores a honorarios bajo supuestos específicos, los que no se cumplen en la realidad,

¹ Francisco Walker, Derecho de las relaciones laborales, Editorial Librotecnia. T. I, p. 188.



encubriendo una relación laboral, bajo la figura del prestador de servicios a honorarios, constituyéndose el llamado “falso honorario”.

A.3 PAGO DE UNA REMUNERACIÓN

- **El artículo 7º del Código del Trabajo** define el contrato de trabajo, señalando sus elementos tipificantes; a saber, prestación de servicios personales, realizados bajo subordinación o dependencia y retribuidos mediante una remuneración.
- La existencia de una remuneración y de una prestación de servicios personales.

En otros términos, para que una persona detente la calidad de trabajador, se requiere:

- (i) Que preste servicios personales;
- (ii) Que la prestación de dichos servicios las efectúe bajo vínculo de subordinación o dependencia;
- (iii) Que como retribución a los servicios prestados reciba una remuneración determinada.

PRINCIPIO RETRIBUTIVO:

Consiste en la verificación de las obligaciones básicas de la relación laboral, esto es, la de prestar servicios por parte del trabajador y la de pagar la remuneración convenida por el empleador. Existen otras obligaciones que forman parte de este principio, que también revisten importancia, como es la obligación del trabajador de acatar las disposiciones del reglamento interno de orden, higiene y seguridad (arts. 153 y siguientes) y la obligación del empleador de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores (art. 184).

A.4 SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA

La subordinación es el elemento esencial para calificar un acuerdo como un contrato individual de trabajo. En este sentido, nuestra Jurisprudencia nos ha indicado que se debe entender por este vínculo de subordinación al señalar que: *“Esta característica se manifiesta en la continuidad de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo, la supervigilancia en el desempeño*



de las funciones y la subordinación a controles e instrucciones impartidas por el empleador a cuyo acatamiento debe sujetarse el trabajador”.

ELEMENTOS DISTINTIVOS DE LA SUBORDINACIÓN

La Dirección del Trabajo reiteradamente ha establecido que el vínculo de subordinación y dependencia se materializa cuando concurren diversas manifestaciones o elementos fácticos como, por ejemplo:

a) La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues, en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento;

b) La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo;

c) Durante el desarrollo de la jornada de trabajo tiene la obligación de asumir, dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores;

d) El trabajo se realiza dentro de las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador;

e) Las labores, permanencia y vida en el establecimiento, debe sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador.

Ahora bien, cabe mencionar que constituye una realidad incuestionable en nuestro país que los empleadores intentan eludir sus problemáticas internas en cuanto a la contratación de personal y el presupuesto para ello, recurriendo a fórmulas que no están permitidas por la ley, ya que no se cumplen los presupuestos exigidos por ésta, dejando a los trabajadores que sin ninguna duda se han desempeñado bajo subordinación y dependencia en los términos del Código del Trabajo, en la más absoluta desprotección y faltando a la verdad cuando se niega ese vínculo de dependencia laboral.

No obstante, es menester señalar que la calificación jurídica de un contrato de trabajo le corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia, en específico, a los Juzgados del Trabajo, no siendo competente en este



aspecto la Dirección del Trabajo², por lo que para efectos de obtener el reconocimiento de tal calidad se deberá necesariamente demandar judicialmente ante el tribunal correspondiente.

El trabajo subordinado es aquel que recibe la tutela del Derecho Laboral, a partir del carácter de urgencia de la legislación laboral como solución a conflictos sociales derivados del trabajo industrial, problema que no se presentaba a propósito del trabajo autónomo. En cambio, en el trabajo autónomo la relación de las partes es entregada al Derecho Civil o Comercial, ramas en las que la igualdad de las partes contratantes permite que los contratos sean libremente configurados por ellas.

El trabajo subordinado es remunerado en la forma que indica el artículo 41 del Código del Trabajo, en virtud de un contrato de trabajo. Por su parte, el trabajo autónomo es retribuido en alguna modalidad, por ejemplo, en virtud de contratos de prestación de servicios materiales o inmateriales.

El trabajo subordinado se realiza por cuenta ajena, lo que implica, en definitiva, que los frutos del trabajo subordinado pertenecen al empleador, pues es este quien aporta los medios de producción y el trabajador solo interviene en su transformación para que pueda llegar a ser un bien o servicio final. El trabajo autónomo, por su parte, se realiza por cuenta propia, lo que deviene en que todos los frutos de la actividad de un trabajador autónomo le pertenezcan.

En cuanto a los riesgos de la actividad laboral subordinada que ejercen los trabajadores, estos son asumidos por empleador (en virtud de lo que señala el artículo 184 del Código del Trabajo), mientras que los riesgos de la actividad autónoma deben ser asumidos por el propio trabajador autónomo.

B) CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO:

En cuanto a las características del contrato individual de trabajo³ podemos señalar las siguientes:

1.- Es bilateral. Las partes contratantes se obligan recíprocamente⁴, es decir, se generan obligaciones para ambas partes, tanto de carácter patrimonial como personales, siendo las principales (no únicas) la prestar los servicios por parte del trabajador y la de pagar la remuneración convenida para el empleador.

² Rol N° 887- 2008, Corte Suprema, 12 de mayo de 2008.

³ Gabriela Lanata, Contrato individual de trabajo, Editorial LexisNexis, p. 89 |.

⁴ Artículo 1439 del Código Civil.



2.- Es oneroso. Tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes⁵, gravándose cada uno a beneficio del otro.

3.- Es conmutativo. Las obligaciones que contraen las partes se miran como equivalentes. Esta característica puede ser discutida atendida la natural desproporción entre lo aportado por el empleador y la prestación del trabajador, pues mientras para aquél el pago de la remuneración implica un esfuerzo pecuniario, el trabajador aporta un importante esfuerzo personal.

4.- Es principal. Subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención o contrato.

5.- Es nominado. Posee su propia denominación -contrato de trabajo- y tiene una regulación jurídica particular, con sus elementos tipificantes que lo distinguen de otras figuras contractuales de prestación de servicios.

6.- Es dirigido. Le compete al Estado a través de la legislación laboral regular los elementos básicos del contrato, en detrimento de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

7.- Es de tracto sucesivo. Se realizan y se cumplen en el tiempo, en forma continuada, es decir, las obligaciones que nacen de él se van cumpliendo y renovando constantemente.

8.- Es consensual⁶, es decir, se perfecciona por el sólo consentimiento⁷ o acuerdo de las partes, por lo que la exigencia de escrituración del contrato no es solemnidad, sino que es una formalidad de prueba del vínculo laboral.

En otras palabras, si no hay un contrato escrito, de todas formas puede existir un vínculo contractual laboral, lo cual obedece también al principio de primacía de la realidad que rige las relaciones laborales y que trataremos en los párrafos siguientes.

Es más, refuerza lo sostenido en el párrafo precedente, lo dispuesto en el inciso primero del artículo 8° del Código del Trabajo y que señala: *"Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo"*.

En el mismo sentido, debemos señalar que en el Derecho del Trabajo existen una serie de principios fundamentales⁸ que buscan proteger a la parte débil en la relación laboral, es decir, se trata de lograr un trato justo y equitativo

⁵ Artículo 1440 del Código Civil.

⁶ Artículo 9° del Código del Trabajo.

⁷ Artículo 1443 del Código Civil.

⁸ Entre los más importantes principios del Derecho del Trabajo podemos señalar los siguientes: principio de irrenunciabilidad de los derechos; principio protector; principio de la continuidad; principio de primacía de la realidad; principio de la buena fe.



en la misma, porque en ella se encuentra una parte en condiciones de desventaja, el trabajador, por lo que con la aplicación de los principios laborales se procura alcanzar la igualdad de las partes en dicha relación.

A mayor abundamiento, la realidad del trabajo asalariado justifica plenamente el tratamiento normativo diferente que entrega el Derecho del Trabajo. Por ello, la idea central en que se inspira el ordenamiento laboral no es la igualdad entre las personas, sino la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen. La igualdad deja de ser así punto de partida del derecho, para convertirse en la meta o aspiración del orden jurídico.

Por esto, uno de los principios fundamentales que orienta al Derecho del Trabajo, es el Principio Protector, ya que este derecho en vez de inspirarse en un propósito de igualdad, responde precisamente a amparar al trabajador, parte más débil de la relación laboral. Por ello, en el derecho del trabajo se establece la regla "*in dubio pro operario*", según la cual si una norma puede entenderse de diversas maneras, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador.

Asimismo, otro principio importante que rige en el Derecho del Trabajo es el de Primacía de la Realidad, en donde se otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la práctica, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido. Por lo tanto, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos, debe darse preferencia a los hechos⁹. Prima, entonces, la verdad de los hechos por sobre la apariencia, la forma o la denominación que le asignan éstas al contrato.

En otras palabras, en caso de discrepancia entre lo que sucede en la práctica y lo que surge de los documentos, debe darse preferencia a lo primero pues la realidad expresa necesariamente la verdad en tanto que la documentación puede reflejar la ficción dirigida a esconderla con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales.

Este principio, sin duda, constituye una garantía para el trabajador en caso de encontrarse ante la informalidad laboral o cuando se le quiere otorgar otra nomenclatura a un contrato que es evidentemente laboral, tal como ocurre -por ejemplo- en ciertos contratos de prestación de servicios a honorarios en donde se establecen condiciones u obligaciones que son más propias de un contrato individual de trabajo¹⁰. En este caso en particular,

⁹ Corte Suprema, 16 de marzo de 1987, rol 21.950.

¹⁰ "En el caso de las personas contratadas a honorarios estas deben regirse por las reglas del contrato específico, tal cual lo señala la ley. No obstante, dicha afirmación no puede aceptarse como regla automática en casos que la actividad contractual del municipio ha exorbitado los fines legítimos que



previo análisis del caso, lo que se suele hacer judicialmente es que al momento del término del vínculo contractual se demande la existencia de la relación laboral, a fin de obtener el pago de las indemnizaciones¹¹ y prestaciones laborales¹² que contempla el Código del Trabajo, por cuanto es usual que al término del contrato de prestación de servicios a honorarios no se haga pago de ningún estipendio (salvo acuerdo entre las partes), de hecho en dichos contratos generalmente ni siquiera se establecen causales para ponerle término ni un plazo para ello, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones laborales regidas por el Código del Trabajo.

C) MODIFICACIÓN CONTRATO DE TRABAJO:

Excepcionalmente el empleador puede, de manera unilateral, modificar el contrato en los casos que se refiere el artículo 12 del Código del Trabajo, recogiendo lo que la doctrina laboral denomina “*ius variandi*”.

El concepto de “*ius variandi*” significa la potestad del empleador de variar, de acuerdo a ciertos límites, la modalidad de prestación de servicios de las tareas del trabajador¹³.

Por su parte, nuestros tribunales de justicia han definido al “*ius variandi*” como una excepción al principio general del derecho relativo a que los contratos bilaterales no pueden ser modificados unilateralmente; y en atención a su condición excepcional, debe interpretarse en forma restrictiva, excluyéndose entonces todas las modificaciones discriminatorias o que importen un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser económico, social o moral¹⁴.

Ahora bien, el artículo 12 antes mencionado establece que el empleador puede alterar la naturaleza de los servicios, el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Asimismo, el artículo agrega que, por circunstancias que afecten a todo el proceso, establecimiento o a alguno de sus conjuntos operativos, puede el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida, hasta

la norma habilitante le confiere, contraviniendo el orden público laboral” (2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 5 de octubre de 2010, RIT 0-910-2010)

¹¹ Indemnización por años de servicios; indemnización sustitutiva del aviso previo e injustificación de la causal de despido.

¹² Feriado legal y feriado proporcional, pago de cotizaciones de seguridad social, nulidad del despido, cobro de remuneraciones adeudadas.

¹³ Francisco Walker, Derecho de las relaciones laborales, Editorial Librotecnia. T. I, p. 194.

¹⁴ Corte Suprema, 29 de noviembre de 2007, rol 2692-2007.



por 60 minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar aviso al trabajador con treinta días de anticipación.

Añadiendo la norma que el trabajador afectado podrá reclamar de estas modificaciones en el plazo de treinta días hábiles contados desde la ocurrencia del hecho o de la notificación del aviso ante el Inspector del Trabajo, a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las situaciones señaladas precedentemente, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes.

No está demás señalar que esta excepción es bastante limitada por cuanto en el caso de alteración de la naturaleza de los servicios, la cual debe ser similar, o del lugar o recinto donde deben prestarse, no pueden producirse menoscabo al trabajador, entendiéndose por la Dirección del Trabajo, como todo hecho o circunstancia que determine una disminución en el nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, diversa de frecuencia de turnos, etc..¹⁵

Por otro lado, las razones para adelantar o atrasar el horario de ingreso al trabajo tienen que ser de gran envergadura, lo que demuestra que la ley ha querido darle a esta situación un carácter bastante excepcional.

Otra de las particularidades que se da en los contratos de trabajo regidos por el Código Laboral, dice relación con la temporalidad de los mismos, ya que es común distinguir entre contratos de trabajo de duración indefinida, de plazo fijo y por obra o faena.

Los contratos de duración indefinida son aquellos en que se establece sin definir un límite de tiempo en la prestación de los servicios, en cuanto a la duración del contrato.

Por su parte, los contratos a plazo fijo son aquellos cuya duración en el tiempo se encuentra limitada a un período determinado. Ello implica que las partes se obligan recíprocamente por un tiempo determinado, existiendo certeza en cuanto a su vigencia y precisándose una fecha a partir de la cual cesan sus efectos jurídicos¹⁶. Este tipo de contratación implica un verdadero pacto de disolución anticipada, de común acuerdo y, en consecuencia, las partes están obligadas a cumplirlo hasta que el plazo venza conforme los principios generales del derecho y, especialmente, con

¹⁵ Dictamen N° 3494/266 de 30 de septiembre de 1998.

¹⁶ Dictamen N° 3878/197, Dirección del Trabajo, 22 junio 1995.



aquel que indica que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes¹⁷.

El Código del Trabajo permite que el contrato se pacte hasta por un año y, de forma excepcional, tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, puede ser de hasta dos años^{18 19}.

Asimismo, el Código permite que un contrato de trabajo a plazo fijo se transforme en uno de duración indefinida, en los siguientes casos:

- i) Por el solo hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador;
- ii) Como consecuencia de la segunda renovación de un contrato a plazo fijo.

Por su parte, como una forma de evitar los abusos de parte de los empleadores, el Código establece una presunción a favor del trabajador y que consiste en aquellos casos en que se haya prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presume que el contrato es de duración indefinida.

A su vez, el contrato por obra, tarea o servicio determinado se caracteriza por constituir una relación laboral específicamente establecida para una determinada labor, la que debe detallarse en forma suficientemente precisa en el contrato individual de trabajo²⁰.

Cabe señalar que al igual como ocurre en los contratos a plazo fijo, en los contratos por obra o faena pueden transformarse en indefinido si el trabajador continúa trabajando con conocimiento del empleador. Esta ficción no se encuentra específicamente regulada en el Código del Trabajo siendo nuestra jurisprudencia quienes han dado dicha interpretación a favor del trabajador²¹.

A mayor abundamiento, dicha solución e integración de las normas emana de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia al sostener que: *"que los servicios que pueden dar lugar a que opere la causal prevista*

¹⁷ Lanata, *ob. cit.*, p. 92

¹⁸ Artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo.

¹⁹ El Dictamen N° 65/01 de la Dirección del Trabajo, de fecha 7 enero de 2014, ha interpretado esta norma en el sentido que *"la duración del contrato de plazo fijo considerando el término original y su renovación, no puede exceder del período indicado en la ley, esto es, un año o dos años, según corresponda"*.

²⁰ Walker, *ob. cit.*, p. 200.

²¹ Corte Suprema, 18 de noviembre de 2015, rol N° 5513-2015.



en el N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo (conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato), deben ser necesariamente transitorios o de limitada duración -no indefinidos- de suerte que en caso de extenderse en el tiempo, es posible presumir la existencia de, o conversión en, un contrato de duración indefinida, cuya terminación está sujeta al sistema de justificación contemplado en la ley. Dicha conclusión, implica dar el verdadero alcance a los contratos por obra o faena, ajustándolos al espíritu del legislador laboral, que los previó en forma excepcional y evitar que éstos puedan ser utilizados para eludir las indemnizaciones previstas para los de duración indefinida, por la vía de invocar la autonomía de la voluntad o la temporalidad que pueda afectar al empleador en sus vinculaciones con terceros, desde que con ello se estaría permitiendo la renuncia a derechos que son irrenunciables"²².

En este sentido, podemos ver que existen una serie de particularidades que distinguen a las relaciones laborales regidas por el Código del Trabajo, y que son propias o exclusivas de dicha área, no siendo -en consecuencia- aplicables por analogía a otros tipos de contrataciones y es por eso que el objeto de este primer capítulo fue dar a conocer este tipo de características.

V. CASOS

- 1.- Ingreso bajo modalidad de contrato de trabajo.
- 2.- Ingreso bajo modalidad de convenio de honorarios.
- 3.- Feriado legal fraccionado: el trabajador que desempeñe sus funciones por un año calendario de trabajo, goza de 15 días hábiles.

En cuanto al fraccionamiento: la Dirección del Trabajo, señala que sólo los días de feriado que superan un período continuo de diez días hábiles pueden otorgarse fraccionados y que las partes pueden convenir libremente la oportunidad en que el trabajador hará uso de dicho beneficio en forma fraccionada, esto es, con anterioridad o con posterioridad al período continuo de 10 días hábiles que establece la ley, ya que en esta materia debe regir plenamente el principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes pueden convenir libremente la oportunidad en que el trabajador hará uso de las fracciones del feriado (Dictamen N°4617/52 de 02.12.2013).

El fundamento de esta disposición legal responde a "la idea de permitir el uso del descanso anual durante dos o incluso más períodos en el año, consultándose siempre, por razones obvias, un período mínimo no

²² Corte Suprema, 18 noviembre 2014, rol N° 4061-2014.



fraccionable". La jurisprudencia judicial ha sostenido que "dicho exceso puede ser utilizado sea en forma previa o con posterioridad al uso de los diez días".

Por último, el fraccionamiento no puede ser impuesto, debe basarse en un acuerdo libre de las partes del contrato, dado que se trata de una situación excepcional. Si el trabajador se niega al fraccionamiento, no incurre en falta al trabajo o abandono del mismo.



V. DESARROLLO DE LA VIDA FUNCIONARIA

Módulo 1: La Jornada de Trabajo de los servidores públicos

Docente: Madelyn Maluenda P., Abogada UDELAM

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES

En primer término, debe tenerse en consideración que el Estatuto administrativo no ha definido lo que debe entenderse por jornada laboral o de trabajo. El referido estatuto sólo trata a la jornada de trabajo como una obligación funcionaria o estatutaria, según se verá más adelante, razón por la cual recurriremos al concepto legal de jornada de trabajo contenida en el artículo 21° del Código del Trabajo, el cual señala expresamente que: "Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato". Este tiempo de servicios en el ámbito laboral público puede ser de 11, 22, 33 o 44 horas semanales, según si la jornada de trabajo es parcial o completa.

En segundo lugar, debemos ubicar el tema en estudio como una obligación funcionaria de todo funcionario público. En efecto, corresponde a un mandato u obligación legal impuesta por la ley al funcionario público, específicamente en el artículo 61 letra d) del Estatuto Administrativo, el cual señala expresamente que: "Serán obligaciones de cada funcionario: d) Cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico". Por su parte, el inciso tercero del artículo 65° del Estatuto Administrativos indica que: "Los funcionarios deberán desempeñar su cargo en forma permanente durante la jornada ordinaria de trabajo".

Así las cosas, de las normas anteriormente citadas, queda claro que lo primero que debe tenerse presente es que la jornada de trabajo y su cumplimiento en el ámbito público, corresponden a una obligación funcionaria impuesta por la ley (Estatuto Administrativo) basado en el cumplimiento y la ejecución permanente de la función pública, específicamente en el caso concreto, de la función pública sanitaria.



II. REGLAS GENERALES:

A) En relación a la hora de ingreso y término de la jornada laboral:

En lo que atañe a la fijación del horario de trabajo es dable anotar que el Estatuto Administrativo no contempla normas que precisen la hora de inicio y término de la jornada laboral, o de los turnos del personal que se dispongan, razón por la cual la determinación de éstos aspectos corresponden al ejercicio de las facultades que el artículo 31 de la ley 18.575, reconoce a los jefes superiores de los servicios para dirigir, organizar y administrar el correspondiente organismo y velar por el cumplimiento de sus objetivos, en conformidad con el Dictamen N° 58.186, del año 2012 de la Contraloría General de la República.

B) Cumplimiento de las normas sobre jornada laboral:

Tanto del análisis del artículo 61 letra D) del Estatuto Administrativo, como de lo preceptuado en el artículo 65, inciso tercero y del artículo 72, todos del Estatuto Administrativo, se colige que todos los funcionarios públicos, sin distinción alguna, están sujetos al deber de cumplir con la jornada y el horario establecido para el desempeño de su trabajo, tal como lo ha señalado la Contraloría General de la República, en Dictamen N° 37.579 del año 2009, el que, a su vez, precisa que todo el universo de funcionarios públicos, cualquiera sea la jerarquía que envistan, están llamados a respetar las normas sobre jornada laboral, no pudiendo existir empleados o grupos de éstos eximidos de algún sistema que pueda originar ventajas indebidas.

La relevancia capital que tiene el cumplimiento de estas normas y obligaciones funcionarias sobre cumplimiento de la jornada laboral, radica en las consecuencias del incumplimiento de estas normas. En efecto, si no se cumplen las normas sobre asistencia laboral, se puede y debe dar lugar a la medida disciplinaria de Destitución funcionaria, tal como lo indica el Artículo 72° y 125° letra a) del Estatuto administrativo.

La primera de estas normas señala lo siguiente:

artículo 125°: *“La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario.*

La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:



- a) **Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada**".

Por su parte, el inciso final del artículo 72° del Estatuto Administrativo señala expresamente que: "**Los atrasos y ausencias reiterados, sin causa justificada, serán sancionados con destitución, previa investigación sumaria**".

Así las cosas, tanto el incumplimiento de la jornada laboral, a saber, por no asistir a trabajar por más de tres días consecutivos, sin causa justificada, como también el hecho de registrar inasistencias o atrasos reiterados sin causa justificada, dan lugar a la Destitución como sanción administrativa, previa instrucción de procedimiento administrativo sancionador.

De ahí la importancia del cumplimiento efectivo y real de la jornada de trabajo en materia de trabajo público.

III. REGLAS ESPECIALES: TIPOS DE JORNADA LABORAL

El Estatuto Administrativo contempla la siguiente clasificación de la jornada de trabajo:

a) Jornada Ordinaria o Completa: 44 horas semanales.

La jornada de trabajo ordinaria o también conocida como jornada completa de trabajo, está establecida de manera general para los funcionarios públicos, en el artículo 65° inciso primero del Estatuto Administrativo bajo los siguientes términos: "*La jornada de trabajo de los funcionarios será de cuarenta y cuatro horas semanales, distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias*".

Sin embargo, la norma especial que regula al Profesional Funcionario Médico es la ley 15.076, que corresponde a la ley médica original que regula el trabajo médico, la cual en su artículo 12° señala expresamente que: "*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 en día sábado*".

De esta lectura se advierten las siguientes precisiones:

- La norma señala un máximo de horas a contratar, correspondientes a 44 horas semanales, y establece un límite máximo diario de trabajo de 8 horas diarias de trabajo, de lunes a viernes, y cuatro horas en día sábado, modificando de esta manera lo preceptuado por la norma general del Estatuto Administrativo.



- La limitación anteriormente referida en relación con las horas diarias de trabajo, no aplica para los turnos de noche y en días festivos en Servicios de Urgencia, Maternidades y Servicios Médicos Legales, por expresa mención del inciso cuarto del artículo 12° de la ley 15.076.
- A diferencia del Estatuto Administrativo, la ley 15.076 señala expresamente que el desempeño del máximo de 44 horas semanales corresponde a la denominada "jornada completa de trabajo", razón por la cual jornada completa es sinónimo de jornada ordinaria de trabajo, pues la regla general es que el funcionario público trabaje por una jornada equivalente a 44 horas semanales.

b) Jornada Extraordinaria: Exceso de la Jornada Ordinaria o Completa de trabajo.

El artículo 66° inciso 1° del Estatuto Administrativo establece que: "El jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de los servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, podrán ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábados, domingos u festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables"

En este orden de ideas, para que se configure una jornada extraordinaria, y procedan los derechos correlativos, deben concurrir tres requisitos esenciales, esto es:

- Que hayan de cumplirse tareas impostergables.
- Que exista una orden del jefe superior del servicio y
- Que los trabajos respectivos se realicen a continuación de la jornada ordinaria.

Cabe precisar que las horas extraordinarias se autorizan mediante actos administrativos formales exentos. En efecto, la jurisprudencia administrativa contenida en los Dictámenes N° 6.720 /2005 y 51.747/2008, han señalado que las horas extraordinarias deben autorizarse mediante actos administrativos formales, exentos de toma de razón, los que tienen que dictarse en forma previa a la realización de aquellas, individualizando al personal que desarrollará, el número de horas a realizar y el período que comprenderán éstas, por las que sólo las aprobadas en las condiciones referidas habilitan para obtener el descanso complementario o el recargo en las remuneraciones, con independencia de las horas de labores efectivas que registre el personal de la Institución.



Por regla general el máximo de horas extraordinarias que pueden autorizarse es de 40 horas diurnas mensuales, según lo dispuesto en el artículo 9° de la ley n° 19.104.

Según el régimen Diurno o Nocturno de ejercicio de las Horas Extraordinarias, éstas pueden ser:

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

Finalmente, cabe señalar que la forma de retribuir el desempeño de horas extraordinarias es, por regla general, el Descanso Complementario, el cual será igual a tiempo trabajado más un aumento del veinticinco por ciento, según lo dispone el artículo 68° inciso primero del Estatuto Administrativo. Sólo en la medida que lo anterior no sea posible, es decir, que no se pueda conceder, procede excepcionalmente, el recargo en las remuneraciones del funcionario público, recargando en un veinticinco por ciento el valor de la hora diaria de trabajo.

Para los efectos de esta cálculo hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 10° de la ley 15.076: *“Las horas trabajadas de noche, en domingos o festivo, se remunerarán con un recargo del treinta por ciento del valor hora imponible cuando se trate de atención de enfermos hospitalizados y del cincuenta por ciento del valor hora imponible cuando la atención del Servicio sea tanto para enfermos hospitalizados como de aquellos que consultan desde el exterior”*.

Finalmente, en el estatuto especial de Atención Primaria de Salud Municipal, contenido en la ley 19.378, se especifica una regla especial y límite a la vez, para estar habilitado para ejercer y ejecutar horas extraordinarias. Este límite corresponde a la jornada de trabajo, la cual debe ser completa para poder realizar horas extraordinarias. En efecto, el inciso final del artículo 15° de la ley 19.378 señala que: *“El personal contratado con jornada parcial no podrá desempeñar horas extraordinarias, salvo que, en la respectiva categoría, el establecimiento no cuente con funcionarios con jornadas ordinarias, o de contar con ellos, no están en condiciones de trabajar fuera del horario establecido”*.



- c) **Jornadas Especiales:** En este campo se incluyen las jornadas que no son completas u ordinarias de trabajo de 44 horas semanales. Es decir, cualquier jornada de trabajo que no corresponda a 44 horas semanales corresponde por definición a una jornada especial de trabajo.

Dentro de este universo podemos encontrar las siguientes jornadas de trabajo:

- **Jornadas Parciales de Trabajo de 33, 22 y 11 horas semanales diurnas.** En este caso, el inciso segundo de la ley 15.076 señala expresamente que: *“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”*.

No obstante, lo señalado no debe perderse de vista que siempre se podrá establecer otra distribución distinta de las jornadas señaladas, sin que necesariamente comprendan esta distribución de seis días de la semana. Dicha diferente distribución la puede efectuar el Servicio de Salud y las demás instituciones empleadoras.

- **Trabajo Nocturno:** El artículo 67° del Estatuto Administrativo define el trabajo nocturno como *“aquel que se realiza entre las veintiuna horas de un día y las siete horas del día siguiente”*.
- **Trabajo por Turnos:** En conformidad al artículo 70 del Estatuto administrativo: *“El jefe superior de la institución, al Secretario Regional Ministerial o al Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, ordenará los turnos pertinentes entre su personal y fijar los descansos complementarios que correspondan”*.
- **Trabajo Nocturno por Turnos Rotativos:** Esta última modalidad corresponde a la combinación de las dos jornadas especiales descritas con anterioridad, y se da especialmente en materia sanitaria a propósito de la necesidad de satisfacer de la función pública sanitaria en materia de urgencias y dado el hecho de la prohibición constitucional de que los servicios públicos no pueden paralizarse. Su establecimiento se fundamenta en los principios de servicialidad, continuidad, regularidad y eficiencia, y están contenidos en el inciso séptimo del artículo 12 de la ley 15.076, bajo los siguientes términos: ***“Los cargos o contratos de cuatro horas en el Servicio de Urgencia o Maternidad y en unidades de cuidado intensivo que deban trabajar los siete días de la semana, se considerarán para su pago y previsión como veintiocho horas semanales, pero sólo***



incompatibilizarán once horas a la semana, excepto en la situación prevista en el artículo 92° de la ley 18.591, en que los cargos de veintiocho horas semanales, serán compatibles sólo con jornadas de un máximo de veintidós horas semanales, cualquiera que sea la calidad jurídica de las designaciones”.

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

El estatuto del médico que ejerce bajo esta modalidad de Jornada de trabajo es la ley médica contenida en la ley 15.076, la cual contempla el régimen legal, asignaciones, feriado legal, permisos administrativos, incompatibilidades y el derecho especial y específico de la liberación de guardias nocturnas contemplado en el artículo 44° de la ley 15.076, el cual beneficia, precisamente, a médicos que hayan ejercido turnos de 28 horas semanales por más de 20 años.

IV. INCOMPATIBILIDADES HORARIAS:

Sobre el particular, y de manera específica, el artículo 12 de la ley 15.076 contempla la regla básica en materia de incompatibilidades horarias, frente al caso de ejercicio conjunto y coetáneo de dos jornadas parciales de trabajo. Dicha regla indica que los cargos de 28 horas, por regla general, incompatibilizan con 11 horas a la semana, excepto en la situación prevista en el artículo 92° de la ley 18.591, en que los cargos de 28 horas semanales, serán compatibles sólo con jornadas de un máximo de 22 horas semanales, cualquiera que sea la calidad jurídica de las designaciones.

A vía ejemplar, los cargos diurnos de 11, 22, 33 y 44 horas semanales pueden ser compatibles con otros cargos de la siguiente manera: 11 horas semanales -11 horas semanales / 11 horas semanales -22 horas semanales /11 horas semanales -33 horas semanales /11 horas semanales -11 horas semanales -11 horas semanales -11 horas semanales / 22 horas semanales -22 horas semanales /22 horas semanales -28 horas semanales.

Cabe señalar que, en materia de jornada mixta, esto es diurna/nocturna, el régimen de 22 semanales -28 horas semanales, se asimila a la jornada completa de 44 horas semanales. Por esta razón, en materia de devolución o Período Asistencial Obligatorio, por regla general se devuelve en un régimen de jornada completa de 44 horas semanales, o bien en un régimen de 22/28 horas semanales, según las necesidades del servicio.



En este sentido, si el profesional funcionario asume un cargo incompatible, de manera automática dejará sin efecto su antiguo cargo: por ejemplo, si un funcionario del Servicio de Salud Valparaíso San Antonio, tiene un cargo de 33 horas semanales y luego asume uno de 44 horas semanales en el Servicio de Salud Viña del Mar Quillota, por el sólo ministerio de la ley, pierde su cargo original de 33 horas semanales, de forma automática, sin necesidad de pronunciamiento de parte de la autoridad.

Finalmente, debe tenerse en consideración la regla de la compatibilidad de funciones fuera de horario laboral. Esta regla es la que permite la ejecución de trabajos particulares remunerados, fuera del horario funcionario, y está consagrado tanto en la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, como en la ley 15.076.

El artículo 56 de la ley 18.575 señala que: *“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...”

En el mismo orden de ideas, el inciso final del artículo 13° de la ley 15.076 señala que: ***“Cualquiera que sea la jornada de trabajo que desempeñe el profesional funcionario, no quedará inhabilitado para el libre ejercicio de su profesión fuera de las horas contratadas”***.

Así las cosas, ambas normas jurídicas consagran la regla que fuera permite, fuera del horario funcional público, ejercer libremente su profesión, oficio o industria.

V. EXCEPCIONES: COMPATIBILIDADES HORARIAS CON CARGOS DOCENTES:

Del mismo modo como lo consagra el artículo 87° de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, la ley 15.076 en su artículo 13° en su inciso primero, contempla la compatibilidad del ejercicio público con cargos docentes, con un límite de 12 horas semanales.

En efecto, la norma jurídica señala lo siguiente: *“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”.**

Esta norma, al igual que la contenida en el artículo 87° del Estatuto Administrativo, permite que, de acuerdo con las precitadas normas estatutarias, un funcionario público puede ejercer en una institución de educación estatal, hasta doce horas de docencia, ya sea que estas se realicen fuera o dentro de su jornada ordinaria, debiendo en este último caso recuperar las horas no trabajadas a consecuencia de esa actividad docente. Así lo ha indicado la Contraloría General de la República en Dictamen N° 20.915 Fecha: 21-VIII-2018.

VI. REVISIÓN DE DISTINTOS ESTATUTOS:

Finalmente, en este acápite se hará una somera revisión de las reglas o normas de relevancia en materia de jornada laboral en tres estatutos distintos, a saber, ley 15.076, ley 19.664 y ley 19378:

A) JORNADA DE TRABAJO EN LA LEY 15.076:

La jornada de trabajo ya se ha adelantado en acápites anteriores de esta presentación, pero basta con recordar que este cuerpo normativo que constituye la primaria ley médica nacional, establece el denominado régimen nocturno de trabajo constituido por el sistema de 28 horas semanales de trabajo.

El párrafo III de la ley regula el Horario de trabajo e Incompatibilidades, estableciendo la jornada completa de trabajo de 44 horas semanales, con la distribución horaria ya mencionada en párrafos anteriores, como también las jornadas de 33,22 y 11 horas semanales con distribución establecida en el artículo 12° inciso segundo.

Lo particular de esta ley es la regulación específica del trabajo nocturno bajo modalidad de 28 horas semanales y las asignaciones adosadas a dicha labor.

B) JORNADA DE TRABAJO EN LA LEY 19.664:

Por su parte, la ley 19.664, también conocida como ley médica regula el trabajo diurno desarrollado a través de los cargos de 11, 22, 33 y 44 horas semanales en los establecimientos de los Servicios de Salud.

La particularidad de esta ley es que dedica un extenso Párrafo IV a las remuneraciones, en el cual se establecen todas y cada una de las



asignaciones a las que tiene derecho un profesional funcionario que desempeñe trabajo diurno, según las especiales condiciones de desempeño, antigüedad, responsabilidad y especialidad médica, según sea el caso.

En todo lo no regulado específicamente por esta ley, rigen las normas y distribuciones horarios ya estudiados a propósito del examen de las normas sobre jornada de trabajo de la ley 15.076.

C) JORNADA DE TRABAJO EN LA LEY 19.378:

La jornada de trabajo en la ley 19.378, la cual establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud está expresamente regulada en el Párrafo 1° de la ley, denominado Dotación y Jornada de Trabajo.

En concreto el artículo 15° de la ley 19.378 señala expresamente que: “La jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta y cuatro horas semanales. Se distribuirá de lunes a viernes, en horario diurno y continuo, comprendido entre las 08:00 y 20 horas, con tope de 9 horas diarias” Esta es la regla general. Es decir, la regla general es la de 44 horas semanales de jornada completa de trabajo (ordinaria) con la distribución horaria antes indicada.

Excepciones:

- Esta distribución no será aplicable a aquellos funcionarios cuya jornada ordinaria y normal de trabajo, por la naturaleza de los servicios que prestan, deba cumplirse fuera de los horarios precitados, sujetándose, a dichos efectos a la modalidad de distribución que hubieren pactado en sus respectivos contratos.
- Contratos a jornada parcial de trabajo: Se podrá contratar personal con una jornada parcial de trabajo, en cuyo caso la remuneración será proporcional a la jornada contratada. En estos casos el horario de trabajose adecuará a las necesidades de funcionamiento de los establecimientos y acciones de atención primaria de salud. Finalmente, en materia de jornada parcial, recordar que estos funcionarios, por regla general, no podrán desempeñar horas extraordinarias.



Módulo 2: Proceso de calificaciones de los Funcionarios Públicos

Expone: Daniel Gaete V., abogado UDELAM

1. ¿QUÉ SON LAS CALIFICACIONES FUNCIONARIAS?

Las calificaciones funcionarias constituyen una **evaluación de desempeño**, que se realiza a través de un procedimiento con distintas fases en donde, inicialmente, participan el evaluador (jefe directo) y el evaluado (funcionario subordinado); y que tienen como objetivo el **conocer el trabajo y comportamiento del funcionario en el cumplimiento de sus funciones y su potencial de desarrollo futuro**.

En otras palabras, y tal como se señala en el art. 1º del Decreto N° 1.825, de 1998, del Ministerio del Interior (reglamento de calificaciones del sector público): “El sistema de calificación tendrá por **objeto** evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo. Servirá de base para el ascenso, los estímulos y la eliminación del servicio”.

1. 1. MARCO NORMATIVO:

- A. Estatuto Administrativo (DFL N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda).
- B. Decreto N° 1825, de 1994, del Ministerio del Interior.
- C. Decreto N° 110, de 1963, del Ministerio de Salud.
- D. Decreto N° 1889, de 1995, del Ministerio de Salud.

2. OBJETO DE LAS CALIFICACIONES

Ya hemos señalado que el objeto de las calificaciones es la evaluación del trabajo realizado por el funcionario, información que podría generar algunas consecuencias:

2.1. La Capacitación: Se entenderá por tal 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 (art. 26 del Estatuto Administrativo).



Tipos de capacitación (en orden de preferencia):

A) Capacitación para la promoción: Corresponde a aquella que habilita a los funcionarios para asumir cargos superiores.

- La selección de los postulantes se hará estrictamente de acuerdo al escalafón.
- No obstante, será voluntaria y, por ende, la negativa a participar en los respectivos cursos **no influirá en la calificación del funcionario**.

B) Capacitación de perfeccionamiento: Tiene por objeto mejorar el desempeño del funcionario en el cargo que ocupa.

- La selección del personal que se capacitará, se realizará mediante concurso.

C) Capacitación voluntaria: Corresponde a aquella de interés para la institución, y que no está ligada a un cargo determinado, ni es habilitan para el ascenso.

- El jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, determinará su procedencia, seleccionando a los interesados, mediante concurso.

2.2. La Promoción: Constituye el acto por el cual **se proveen cargos disponibles** en las plantas de directivos de carrera, profesionales, fiscalizadores y técnicos **y por ascenso** en el respectivo escalafón en las plantas de administrativos y de auxiliares, o en las equivalentes a las antes enumeradas (art. 53 del Estatuto Administrativo).

- Se efectúa a través de concurso interno
- Se considerarán factores de capacitación, **evaluación de desempeño** (calificaciones), experiencia calificada y aptitud para el cargo.
- Específicamente, uno de los requisitos es estar calificado en Lista N° 1, de distinción, o en Lista N° 2, buena.

2.3. Los Estímulos: Se refiere específicamente a las **asignaciones** que la ley ha establecido para aquellos funcionarios cuyo desempeño ha sido evaluado de forma positiva durante el proceso calificadorio.



a) En la ley 19.664 encontramos la bonificación por desempeño individual, la cual se encuentra regulada en el artículo 28, letra c) de dicha ley, como una asignación transitoria. De acuerdo al art. 36 de la misma ley, **esta bonificación se encuentra directamente 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 aquél en que se efectúe el pago.
- La condición es que se debe haber sido calificado en Lista 1, de distinción, o en Lista 2, buena.
- El monto de dicho estímulo se distribuirá de la siguiente manera:
 - a) 10% para el 15% de los profesionales mejor evaluados, y
 - b) 5% para los profesionales que les sigan en orden descendente de evaluación, hasta completar el 30%.

b) En la ley 19.378 se regula la asignación anual de mérito, específicamente en su artículo 30 bis. Para estos efectos, se entenderá como funcionarios con evaluación positiva a **aquellos cuyo puntaje de calificación se encuentre dentro del 35% mejor evaluado en cada categoría** de la dotación del respectivo establecimiento, y siempre que estén ubicados en Lista 1 o Lista 2.

2.4. La Eliminación del Servicio: Es la consecuencia derivada de un **desempeño deficiente** que acarrea una mala calificación, consistente en el retiro del empleado del servicio público.

- Para ello, el funcionario debe haber sido calificado en Lista N° 4, o bien por dos años consecutivos en Lista N 3.
- El retiro debe efectuarse dentro de los 30 días siguientes al término de la calificación, y si así no lo hiciera, se le declarará vacante el empleo a contar desde el día siguiente a esa fecha.

3. PRINCIPIOS QUE RIGEN A LAS CALIFICACIONES

3.1 Objetividad e imparcialidad

Acá nos referimos a dos conceptos íntimamente ligados y que operan en un proceso calificadorio. La **objetividad** debemos entenderla como el conjunto de características que trasciende la subjetividad de un observador, en este caso, del calificador. Por su parte, la **imparcialidad** dice relación con la idea



de no tomar partido entre dos o más opciones objetivas, es decir, no tener interés en el objeto del proceso ni en su resultado.

Este principio tiene un respaldo legal en el art. 47 de la ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, indicando que “Para los efectos de la calificación del desempeño de los funcionarios públicos, un reglamento establecerá un procedimiento de carácter general, **que asegure su objetividad e imparcialidad**, sin perjuicio de las reglamentaciones especiales que pudieran dictarse de acuerdo con las características de determinados organismos o servicios públicos...”.

3.2 La independencia entre los procesos calificadorios

Este principio dice relación con que las calificaciones que rigen para los profesionales funcionarios, **abarcen un período específicamente determinado por la ley**. En dicho contexto, estos períodos son de carácter independiente, por lo que la autoridad no está obligada a asignar al servidor un cierto puntaje e incluirlo en una lista en relación con los resultados obtenidos en calificaciones anteriores.

3.3. Instancias diferenciadas

Este principio se relaciona con aquel que en Derecho se denomina “principio de doble instancia”, la cual busca que la resolución dictada por la pertinente autoridad, **pueda ser revisada por una de superior jerarquía**, con la finalidad de ampliar la apreciación del caso y evitar errores legales.

En este punto nos detendremos a analizar las distintas instancias que rigen el proceso calificadorio de los médicos. Así, el proceso de calificación comprenderá tres etapas:

- A) **La precalificación:** Es aquella evaluación de desempeño que se encuentra a cargo del funcionario que tenga profesionales funcionarios bajo su dependencia, es decir, el jefe directo. Así, estos asumen el rol de “precalificadores”, quienes deben llevar un informe de calificación por cada uno de ellos, en los que se dejará constancia de las notas de mérito o demérito que haya merecido su desempeño.
- La precalificación de los empleados que hayan servido bajo las órdenes de dos o más jefes directos, será efectuada por el último de ellos, considerando los antecedentes que pueden aportar los jefes anteriores.



- La precalificación **NO CONSTITUYE calificación propiamente tal**, sino que un antecedente más dentro de los que la Junta Calificadora deberá ponderar.
- B) **La calificación**: Es el acto que la ley encomienda a la Junta Calificadora, que es la instancia colegiada que revisará los antecedentes que el precalificador proporcione, como también los que el funcionario calificado requiera presentar; con tal de determinar las notas en los distintos factores de evaluación.
- C) **La apelación**: Es el recurso procesal que se abre para el profesional que no estuviere conforme con su calificación. Su presentación debe realizarse ante el Jefe Superior de la entidad encargada del proceso, dentro del plazo de 5 días hábiles, contados desde la notificación de las notas determinadas por la Junta Calificadora.
- La presentación de este recurso se hace específicamente en la Oficina de Personal del establecimiento, debiendo adjuntarse todos los antecedentes que sirvieron de base a la calificación.
- D) **Reclamo ante la CGR**: Es aquel que se interpone directamente ante la Contraloría General de la República, una vez que la autoridad correspondiente notifique la resolución que resuelve el recurso de apelación.
- Sólo opera en el caso de que se hubiere incurrido en algún **vicio de procedimiento** que implique infracción legal o reglamentaria.

3.4. Prohibición de reforma en perjuicio

Este principio se refiere específicamente al límite que la ley establece al Jefe Superior de la entidad encargada del proceso, al momento de resolver un recurso de apelación presentado por aquel funcionario que no esté satisfecho con sus calificaciones. A grandes rasgos, implica que el Jefe Superior del Servicio podrá subir o confirmar el puntaje de la calificación apelada, **pero no podrá rebajarlo**.

4. LISTAS DE CALIFICACIÓN

Son aquellas que determinarán el resultado final de todo el proceso calificadorio, de acuerdo al puntaje obtenido por el funcionario en los distintos rubros de evaluación. En efecto, luego de realizar la operación aritmética para obtener el puntaje, se constituirá la calificación de cada funcionario, determinándose su inclusión en alguna de las listas siguientes:



- Lista N° 1, Mérito
- Lista N° 2, Buena
- Lista N° 3, Regular
- Lista N° 4, Mala

5. LOS REGLAMENTOS DE CALIFICACIONES

En nuestra legislación existen diversos reglamentos de calificaciones, dependiendo de la ley que rijan al médico que se desempeña en el sistema público:

- a) Para el caso de los profesionales funcionarios regidos por la ley 15.076 o 19.664, el reglamento que los rige es el Decreto N° 110, de 1963, del Minsal (reglamento para la aplicación de la ley 15.076).
- b) Sin perjuicio de ello, y también por aplicación supletoria, otro de los reglamentos que aplican al procedimiento de calificaciones es el Decreto N° 1.825, de 1998, del Ministerio del Interior, que aprueba reglamento de calificaciones del personal afecto al Estatuto Administrativo.
- c) Respecto a los funcionarios con desempeño en la Atención Primaria de Salud (Ley N° 19.378) es el Decreto 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.

6. LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS DE CALIFICACIÓN

Al respecto, podemos señalar que los procesos calificadorios de los médicos regidos por la ley 15.076, 19.664 y 19.378 comparten las mismas etapas, es decir: precalificación, calificación y apelación (nosotros agregamos el reclamo que se puede interponer ante la Contraloría General de la República). Asimismo, comparten los mismos principios que deben ser respetados por los precalificadores y la Junta Calificadora. Sin perjuicio de ello, existen algunas distinciones entre un proceso y otro:

1. Respecto al período a calificar:

- Para los funcionarios de la ley 15.076 y 19.664, el período a evaluar va desde el 1 de enero al 31 de diciembre de cada año.



- Para los funcionarios de la ley 19.378, el período a calificar va desde el 1 de septiembre y el 31 de agosto del año siguiente.

2. Respecto a la autoridad que conoce del recurso de apelación:

- Para los funcionarios de la ley 15.076 y 19.664, la apelación es resuelta por la dirección del Servicio de Salud que corresponda.
 - Para los funcionarios de la ley 19.378, la apelación es resuelta por el Alcalde (o bien por la Secretaría General de la Corporación Municipal).
-



VI. DESARROLLO DE LA VIDA FUNCIONARIA: LA REMUNERACIONES Y ASIGNACIONES

LAS REMUNERACIONES Y ASIGNACIONES – LEY N° 19.664

Como ya ha sido planteado en sesiones anteriores, los médicos pertenecientes a la EDF están regulados por la Ley N° 19.664. En este sentido, el artículo 25° de esta ley señala que *“Los Profesionales funcionarios de Planta y a contrata que cumplan jornadas diurnas de 11, 22, 33 ó 44 horas semanales en los establecimientos de los Servicios de Salud, se regirán por el sistema de remuneraciones que se establece en los artículos siguientes.”*, lo que vino a finalizar la aplicación de la Ley N° 15.076 en estos aspectos.

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

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

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

I. REMUNERACIONES PERMANENTES

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



1. Sueldo Base

El artículo 27, letra a) de la Ley N° 19.664 lo define como la “retribución pecuniaria de carácter fijo y por períodos iguales, asignada al cargo o empleo y que constituye la única base de cálculo para el goce de las demás remuneraciones (...), a excepción de las bonificaciones de desempeño”. Esto quiere decir que en relación a él se calculan los porcentajes de cada asignación.

Como se señaló anteriormente, el sueldo base depende de la jornada semanal del médico. En dicho contexto, los montos vigentes al año 2023 (reajuste del 12%) son:

- 11 horas semanales: \$300.614
- 22 horas semanales: \$601.225
- 33 horas semanales: \$901.837
- 44 horas semanales: \$1.202.450

2. Asignación de antigüedad

El artículo 27, letra b) de la Ley N° 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 8: 62% |
| - Trienio 2: 44% | - Trienio 9: 64% |
| - Trienio 3: 47% | - Trienio 10: 66% |
| - Trienio 4: 50% | - Trienio 11: 68% |
| - Trienio 5: 53% | - Trienio 12: 70% |
| - Trienio 6: 56% | - Trienio 13: 72% |
| - Trienio 7: 59% | |

Ahora bien, los servicios que se pueden computar para completar los trienios son aquellos prestados como profesional funcionario, en cualquier calidad jurídica, en los Servicios de Salud o en sus antecesores legales, en organismos considerados en la Ley N° 19.378 (considerando a las Corporaciones Municipales), o en cargos directivos reglados por el Decreto Ley N° 249 de 1973. En consecuencia, las funciones prestadas a honorarios en el sector municipal, por ejemplo, sirven para computar trienios, ya que se considera



como prestaciones efectuadas en calidad de “servidor público” (diferente del funcionario, pero de todas maneras con desempeño en el sector público).

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

- 1) Municipalidades.
- 2) Establecimientos de Salud de Fuerzas Armadas y Carabineros.
- 3) Servicio Médico Legal.
- 4) Gendarmería.
- 5) Universidades estatales y reconocidas por el Estado.
- 6) Particulares que ejerzan funciones delegadas de un Servicio Público de Salud.

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

3. Asignación de Experiencia Calificada

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

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



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 Etapa de Planta Superior, en porcentajes de 28% y 108% del sueldo base, respectivamente.

5. Asignación de Permanencia:

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

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

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

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

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



II. 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 N° 19.664 dispone que es aquella “destinada a retribuir la importancia o jerarquía de los cargos directivos y el ejercicio de funciones de dirección, coordinación, supervisión o mando encomendadas a los profesionales.”

Esta asignación corresponderá a:

- 1) Aquellos que desempeñen cargos en la Planta de Directivos, en alguna de las jornadas del artículo 1°.
- 2) Aquellos que desempeñen funciones de las contempladas en Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, siempre que las horas dedicadas sean iguales o superiores a 22 horas semanales (de lunes a viernes).
- 3) Aquellos que desempeñen estas funciones en los Servicios Clínicos o Unidades de Apoyo, en calidad de planta o a contrata, siempre que las horas dedicadas sean iguales o superiores a 222 horas semanales (de lunes a viernes). Sólo a través de concurso interno (artículo 3° de la Ley N° 19.198).

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

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

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

2. Asignación de Estímulo

El artículo 28, letra b) de la Ley N° 19.664 lo define como el “estipendio que podrá otorgarse por las horas de la jornada semanal que los profesionales funcionarios desempeñen en actividades, lugares o condiciones especiales



o por las competencias profesionales exigidas para determinados puestos de trabajo que el Servicio de Salud correspondiente requiera incentivar para cumplir los planes y programas de salud.”

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

- 1) Jornadas prioritarias → Que corresponden al desempeño de funciones en los horarios diurnos que cada Servicio de Salud defina como necesarios para una mejor atención al público usuario.
- 2) Competencias profesionales → Que corresponden a la valoración de un determinado puesto de trabajo sobre la base de la formación, capacitación y especialización o competencias del personal que lo ocupare. En este concepto se incluyen a las “especialidades en falencia”
- 3) Condiciones y lugares de trabajo → Suponen el desarrollo de actividades en lugares aislados, o que impliquen desplazamientos en lugares de difícil acceso; o que presenten condiciones especiales de desempeño que sea necesario estimular. Ejemplo: Las funciones que impliquen riesgos para la salud, turnos de llamada, turnos de residencia (sólo para los médicos en EDF ingresados por el artículo 8° de la Ley N° 19.664, con jornada de 28 horas en establecimientos de baja complejidad), EDF artículo 8° en misión de estudios, etc.

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

Así las cosas, este estipendio se formaliza a través de una resolución fundada del Servicio de Salud respectivo, en virtud de la cual se informan los criterios considerados, la especialidad y porcentajes asignados. Junto con lo anterior, cabe señalar que el Director del Servicio de Salud debe evaluar la mantención de esta asignación, a lo menos cada 3 años, momento en que valora si han cambiado las condiciones que le dieron origen.

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



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

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

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 aquél en que se efectúe el pago, siempre que hayan sido calificados en Lista 1 o Lista 2, Buena.

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

4. Bonificación por desempeño colectivo

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

III. SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE REMUNERACIONES MAL PERCIBIDAS.

Los médicos, en su calidad de profesionales funcionarios, pueden verse expuestos a la solicitud de devolución de las remuneraciones mal percibidas, situación que desde hace un tiempo a la actualidad se ha generado cada vez con mayor frecuencia.

En primer término, es necesario hacer presente la necesidad imperativa de tener claridad de las obligaciones que acarrea tener la calidad de



funcionario público, en especial, lo relativo a la normativa sobre responsabilidad administrativa en muchos ámbitos del trabajo diario, entre ellos, los aspectos remuneracionales.

Como segundo aspecto de vital importancia, se torna esencial solicitar y revisar mensualmente la liquidación de remuneraciones, para familiarizarse con los elementos que componen su remuneración. De lo contrario, aumenta la probabilidad de desconocer si las asignaciones que se están pagando se encuentran conforme a derecho, respecto a su procedencia y monto.

Por su parte, si bien se tiene como base la confianza en los funcionarios pagadores, es habitual que las Unidades de Recursos Humanos de los Hospitales cometan errores al momento de pagar las remuneraciones. Esto implica que se pueden acumular largos períodos en que se paguen asignaciones que no correspondan, por lo que una vez que se detecta el error, o se realiza la auditoría correspondiente, la solicitud de devolución puede implicar sumas millonarias.

Es por eso que toma gran importancia el hecho de solicitar las liquidaciones de sueldo, ya que permite conocer con exactitud las asignaciones remuneradas y sus porcentajes.

Aspectos relevantes para considerar en estos casos:

Antes de adentrarnos en materia, es necesario precisar que el plazo de **prescripción de estas solicitudes, es de 5 años.** La prescripción es una de las formas de extinguir la obligación de restituir, en atención al transcurso en exceso del tiempo. Así las cosas, Contraloría puede solicitar restituciones de remuneraciones mal pagadas y percibidas por un periodo de hasta 5 años hacia atrás.

La solicitud de restitución se notifica al funcionario a través de una carta dirigida al médico o médica involucrado(a), firmada generalmente por el encargado de remuneraciones del Hospital respectivo, explicando el contexto en que se procedió a realizar el pago erróneo y la suma total a restituir. Desde este momento, el profesional funcionario tiene un plazo de 30 días hábiles administrativos para presentar un escrito en Contraloría General de la República, con el fin de obtener la condonación de la deuda y, en subsidio, la rebaja del monto o el pago en parcialidades. En caso de no realizarse alguna presentación, el médico sólo puede optar a un pago en cuotas de la deuda respectiva.

En general, en dicho escrito se debe acreditar la buena fe o justa causa de error. Para poder preparar correctamente la defensa, y poder alegar



oportunamente la buena fe o jura causa de error, al detectar irregularidades o tener dudas en su remuneración, se asesore legalmente con la Unidad de Defensa Laboral para determinar los pasos a seguir.

Una vez hecha la presentación en el Órgano Contralor, éste solicita un informe al Hospital o Servicio de Salud involucrado en el tenor de lo solicitado. Posterior a eso deberá resolver el caso, en un plazo aproximado de 12 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.



VII. DESARROLLO DE LA VIDA FUNCIONARIA

Módulo 1: Remuneraciones de la ley 15.076

Docente: Diego Vega N., Abogado UDELAM

Introducción

Uno de los principales derechos que tienen los médicos como todo funcionario público, es a recibir las remuneraciones y asignaciones que la ley contempla por el ejercicio de su cargo.

Dicho derecho, emana originariamente de la propia Constitución Política de la República, así lo reconoce el inciso segundo del artículo 19 N° 16, que asegura la libertad de trabajo y su protección, advirtiendo que toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

De esta forma, el desempeño de un empleo en la Administración del Estado necesariamente implica el pago de una remuneración pues, de no realizarse, se produciría un enriquecimiento sin causa para aquélla.

Al respecto, el Estatuto Administrativo, norma de supletoria aplicación a la ley N° 15.076, dispone en su artículo 8° 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”*.

Cabe advertir que el sistema de remuneraciones de la administración pública se construye sobre bases diferentes de las que rigen el sector privado, toda vez que las respectivas asignaciones y estipendios constituyen beneficios específicos, que el legislador regula y establece en forma previa a la incorporación de un funcionario al sistema público.

Luego, en el Título IV “De los Derechos Funcionarios”, en el párrafo segundo, de las remuneraciones y asignaciones, se consagra en el artículo 88, que *“Los funcionarios tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establezca la ley, en forma regular y completa”*.

Fluye de la indicada disposición la aplicación del principio de legalidad en materia de remuneraciones del sector público, en virtud del cual los funcionarios tienen derecho a percibir sólo aquellas remuneraciones y



demás asignaciones contempladas en la ley. En el sector público, las remuneraciones requieren de una ley que las establezca y que disponga su pago, por lo tanto, los funcionarios tienen derecho a impetrar sólo los beneficios pecuniarios que han sido concedidos en conformidad a un texto legal.

Otro aspecto importante a destacar y que resulta aplicables a los profesionales médicos funcionarios es aquel regulado en el artículo 89 del Estatuto Administrativo, que dispone que *“Las remuneraciones se devengarán desde el día en que el funcionario asuma el cargo y se pagarán por mensualidades iguales y vencidas”*.

Características generales de las remuneraciones

a) Inembargables

En conformidad a lo señalado en el artículo 95 de la ley N° 18.834, las remuneraciones de los funcionarios públicos son, por regla general, inembargables, salvo 2 excepciones; 1) aquellas afectas al límite de un 50% de las mismas, por resolución judicial ejecutoriada dictada en juicio de alimentos, ó 2) aquellas 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 éste en contravención a sus obligaciones funcionarias.

b) Indeducibles

El artículo 96 de la ley N° 18.834, prohíbe la deducción de las remuneraciones del funcionario, otras cantidades que no sean las correspondientes al pago de impuestos, cotizaciones de seguridad social y demás establecidas expresamente por las leyes.

Tal disposición agrega que, no obstante, 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, los que no podrán exceder en conjunto del 15% de la remuneración.



c) No anticipables

El artículo 97 de la ley N° 18.834, establece la imposibilidad de anticipar la remuneración de un empleado, ni siquiera en parcialidades, salvo lo dispuesto en dicho Estatuto.

Lo anterior, por cuanto los funcionarios públicos tienen derecho a percibir las remuneraciones asociadas a su empleo o función en la medida en que se hayan ejecutado efectivamente las labores encomendadas, salvo la ocurrencia de una causal expresa que habilite dicho pago si no se han ejecutado.

d) Irrenunciables

Los derechos estatutarios relativos a sueldos, asignaciones y beneficios del personal de la Administración Pública son irrenunciables anticipadamente, ya que no solo atienden al interés individual del renunciante, sino al orden público (dictámenes N°s. 42.095, de 1996, 10.542, de 2000 y 35.330, de 2011, entre otros).

e) Se devengan desde el día en que el servidor asume el cargo

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94 de la ley N° 18.834, las remuneraciones de los empleados públicos se devengarán desde el día en que estos asuman el cargo respectivo.

En general, las remuneraciones se pagan por mensualidades iguales y vencidas, esto es, por meses completos o por fracción que corresponda en caso que el desempeño sea inferior a ese lapso.

Las fechas de pago de las remuneraciones varían en cada servicio y se extienden entre el día 18 y el 24 de cada mes, según se establece en el decreto N° 159, de 1982, del Ministerio de Hacienda, que fija fechas de pago del personal de la Administración Pública del Estado, por lo tanto, la variación del día en el pago de las remuneraciones, dentro de un mismo mes, no constituye irregularidad administrativa.

Estructura Remuneraciones y Asignaciones de la ley N° 15.076

La citada ley N° 15.076, establece el estatuto para los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químicos-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas.

Las disposiciones de esta ley se aplicarán a los Servicios de Salud, a los Servicios de la Administración Pública, a las empresas fiscales y a las



instituciones semifiscales o autónomas. Sin embargo, a las municipalidades sólo les serán aplicables las disposiciones sobre Ley N° 19.378 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 N° 19.378, caso en el cual se regirán por sus disposiciones. Las relaciones de trabajo entre los profesionales a que se refiere el Art. 1º, letra c) inciso primero y los empleadores del sector privado, se regirán exclusivamente por la legislación laboral común.

Por su parte, se debe precisar que los médicos-cirujanos 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.

A continuación, se analizarán las distintas asignaciones a que tienen derecho los profesionales funcionarios afectos a la Ley N° 15.076, las cuales están consagradas en la misma ley, en su Reglamento (DS 110, de 1963, del Ministerio de Salud) y diversas disposiciones especiales.

1. Sueldo Base

Retribución pecuniaria asignada a un empleo público de acuerdo a las horas contratadas mensualmente (Art. 7 N° Ley 15.076 – Art. 20 D.S, N° 110, de 1963).

2. Asignación de antigüedad

Asignación otorgada por cada 3 años servidos (hasta completar 39) 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, en cualquier carácter, incluso ad honorem y para empleadores particulares que cumplen funciones delegadas de un servicio público y que desempeñen funciones propias de profesional funcionario (Art. 7, inc. 3º Ley N° 15.076 – Art. 22 D.S, N° 110, de 1963).

Los profesionales funcionarios tendrán derecho a un aumento del sueldo base, por cada tres años de antigüedad, en los porcentajes y orden que a continuación se indican: 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, N° 110, de 1963).

4. Asignación artículo 1° Ley N° 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 N° 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 N° 18.566 y 10° y 11° de la ley N° 18.675; asignación única del artículo 4° de la ley N° 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. Asignación Estímulo art.65 Ley N° 18.482 –Normas complementaria de administración financiera y de incidencia presupuestaria-

Es una asignación especial de estímulo para el personal afecto a la ley N° 15.076; no imponible y calculada sobre el sueldo base que corresponde a los grados de la EUS que en cada caso se indica.



| Trienios | 44 horas semanales | 33, 28, 22 y 11 horas semanales |
|-----------------|---------------------------|--|
| S/T | 60% sueldo grado 13° EUS | 75%, 64%, 60% y 25% de la asignación |
| 1 | 70% sueldo grado 11° EUS | 75%, 64%, 60% y 25% de la asignación |
| 2 | 70% sueldo grado 10° EUS | 75%, 64%, 60% y 25% de la asignación |
| 3 | 70% sueldo grado 8° EUS | 75%, 64%, 60% y 25% de la asignación |
| 4-5 | 70% sueldo grado 7° EUS | 75%, 64%, 60% y 25% de la asignación |
| 6-7-8 | 80% sueldo grado 6° EUS | 75%, 64%, 60% y 25% de la asignación |
| 9 o más | 80% sueldo grado 5° EUS | 75%, 64%, 60% y 25% de la asignación |

7. Asignación art. 3 de la Ley N° 18.566

Es una bonificación compensatoria que tiene como propósito mantener el monto líquido de las remuneraciones, evitando de este modo, la disminución que les afectaría a causa de haberse hecho imponible para los efectos de salud las remuneraciones no imponibles –a la fecha de dictación de la ley (30-10-1986)-.

8. Asignación Art. 10 de la Ley N° 18.675

Es una bonificación compensatoria que tiene como propósito mantener el monto de las remuneraciones, evitando de este modo la disminución que les afecta a causa de haberse hecho imponibles para los efectos de las pensiones las remuneraciones no imponibles. –a la fecha de dictación de la ley (07-12-1987)-.

9. Asignación Art. 10 de la Ley N° 20.261: Guardia Nocturna

Bono mensual de guardia nocturna y festivo que se otorgó a contar del 01.11.2007, en favor de los profesionales funcionarios de planta o contrata bajo la modalidad establecida en el inciso séptimo del artículo 12 del



decreto con fuerza de ley N° 1, de 2001, del Ministerio de Salud, en los establecimientos de salud dependientes de los Servicios de Salud señalados en el artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud.

10. Asignación de Estímulo por competencias profesionales (Art. 10 Ley N° 20.707)

Beneficio pecuniario para los profesionales funcionarios que cuenten con especialidades certificadas e inscritas en el registro que mantiene la Superintendencia de Salud y desempeñen cargos de planta o a contrata de 28 horas semanales, regidos por la Ley N° 15.076, en los establecimientos dependientes de los Servicios de Salud señalados en el artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

El monto mensual de la asignación será equivalente al 30% de la sumatoria del sueldo base y de las asignaciones de antigüedad, de estímulo a que se refiere el artículo 1° de la ley N° 19.230, del artículo 8° bis de la ley N° 15.076 y del artículo 39 del decreto ley N° 3.551, de 1980.

Los profesionales funcionarios que tengan especialidades certificadas e inscritas en el registro que mantiene la Superintendencia de Salud, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año, deberán solicitar el pago de la asignación de estímulo por competencias profesionales a la autoridad competente. Por resolución de dicha autoridad se reconocerá y pagará este beneficio, a contar del 1 de enero del año siguiente al de la solicitud respectiva (art. 11 Ley N° 20.707).

11. Asignación de Estímulo por especialidades en falencia (art. 27, letra c) DS 110.

Asignación que se otorga a aquellos profesionales funcionarios cuya especialidad es conveniente proveer.

| Especialidad | Porcentaje sueldo base |
|----------------------------------|-------------------------------|
| Anatomía patológica | 50% |
| Radiología y radioterapia | 40% |
| Microbiología | 40% |
| Neumotisiología | 40% |
| Cirugía del tórax y tuberculosis | 40% |



| | |
|--|-----|
| Fisiatría | 40% |
| Salud pública (anestesiología, oftalmología y medicina familiar) | 40% |

12. Asignación Jefatura de turno (art. 27, letra m DS 110)

Asignación de estímulo otorgada a los Jefes de Turno de Servicios de Urgencia, Maternidad y Unidades de Cuidados Intensivos.

13. Asignación de Urgencia (art. 2 Ley N° 19.230)

Es una asignación de estímulo otorgada a los profesionales funcionarios que se desempeñan en servicios de urgencia y unidades de cuidados intensivos, en cargos de 28 horas semanales.

14. Asignación por cumplimiento anual de metas de producción y calidad (Artículo 11 y 12 de la Ley N° 20.707)

Es una asignación asociada al cumplimiento anual de metas de producción y de calidad, para los profesionales funcionarios que desempeñen cargos de 28 horas semanales, regidos por la ley N° 15.076, en unidades de los establecimientos dependientes de los Servicios de Salud señalados en el artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

15. Asignación de zona (Letra b) del art. 5° y art. 7°, del D.L. N° 249, de 1973, Art. 26 del D.L. N° 450, de 1974, LEY N° 19.354)

Es la remuneración a que tienen derecho los empleados que para el desempeño de sus funciones deban residir en una provincia o territorio que según la ley, reúne condiciones especiales derivadas del aislamiento o del costo de la vida.



Módulo 2: Remuneraciones de la ley N°19.378, del Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal

Docente: Chantal Fritzler S., Abogada UDELAM

***ASIGNACIONES COMPRENDIDAS EN EL ARTICULO 23 DE LA LEY 19.378.**

I.-SUELDO BASE:

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículo 23, 24, 39 y 15 transitorio, de la ley N° 19.378;
2. Artículo único, numeral 3, de la ley N° 19.405;
3. Artículo 5, de la ley N° 19.813;
4. Artículo 2, numeral 13, de la ley N° 20.157;
5. Artículo 72 del Decreto N° 1.889, de 12 de Julio de 1995, Ministerio de Salud.

B.-CONCEPTO

De acuerdo a lo previsto por el artículo 23, letra a), de la ley N° 19.378, el sueldo base es la retribución pecuniaria de carácter fijo y por periodos iguales, que cada funcionario de la atención primaria de salud municipal, tendrá derecho a percibir conforme al nivel y categoría funcionaria en que esté clasificado o asimilado, y que se encuentre señalado en el respectivo contrato.

Dicho concepto no debe confundirse con el de remuneración que consiste en cualquier contraprestación en dinero que el funcionario tenga derecho a percibir en razón de su empleo o función, encontrándose, por tanto, en una relación de género a especie.

El sueldo base es fijado por cada entidad administradora de salud municipal de cada comuna, para cada uno de los niveles de la carrera funcionaria, fijado de forma ascendente, donde el nivel 15 jamás será inferior al sueldo base mínimo nacional, señalado en el artículo 24 de esta ley, el mensual año a año es reajustado. Es decir el sueldo base mínimo nacional es fijado por ley y el sueldo base del funcionario es fijado por la entidad administradora de salud municipal.



C.-REQUISITOS

1. Ser funcionario regido por la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

D.- CARACTERÍSTICAS

1. Rige a contar del 1 de noviembre de 1995;
2. Es remuneración permanente;
3. Es imponible;
4. Es tributable;
5. Su monto corresponde a un valor mensual fijado por la entidad administradora de salud municipal de cada comuna con aprobación del concejo municipal respectivo.
6. Es base de cálculo para otros estipendios, tales como la asignación de atención primaria municipal; la asignación de zona y la asignación por responsabilidad directiva, entre otras;
7. No podrá ser inferior al sueldo base mínimo nacional para cada una de las categorías funcionarias señaladas en el artículo 5° de la ley N° 19.378 y cuyo monto es fijado por la ley;
8. Prescribe en el plazo de dos años contado desde la fecha en que se hubiera hecho exigible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 157 de la ley N° 18.883.



SBMN (Sueldo Base Mínimo Nacional)

| | Categoría A | Categoría B | Categoría C | Categoría D | Categoría E | Categoría F |
|-----------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| 1 | \$ 1.160.113 | \$ 898.017 | \$ 452.790 | \$ 434.983 | \$ 404.394 | \$ 356.587 |
| 2 | \$ 1.114.077 | \$ 862.383 | \$ 435.490 | \$ 418.364 | \$ 388.946 | \$ 342.963 |
| 3 | \$ 1.068.042 | \$ 826.746 | \$ 418.192 | \$ 401.746 | \$ 373.493 | \$ 329.340 |
| 4 | \$ 1.022.005 | \$ 791.112 | \$ 400.894 | \$ 385.126 | \$ 358.044 | \$ 315.715 |
| 5 | \$ 994.365 | \$ 755.474 | \$ 383.594 | \$ 368.509 | \$ 342.592 | \$ 302.092 |
| 6 | \$ 947.460 | \$ 719.839 | \$ 366.294 | \$ 351.889 | \$ 327.144 | \$ 288.468 |
| 7 | \$ 900.623 | \$ 684.204 | \$ 348.993 | \$ 335.271 | \$ 311.694 | \$ 274.845 |
| 8 | \$ 853.654 | \$ 648.568 | \$ 331.695 | \$ 318.651 | \$ 296.242 | \$ 261.220 |
| 9 | \$ 806.749 | \$ 612.933 | \$ 314.394 | \$ 302.030 | \$ 280.793 | \$ 247.597 |
| 10 | \$ 759.844 | \$ 577.296 | \$ 297.097 | \$ 285.414 | \$ 265.341 | \$ 233.972 |
| 11 | \$ 712.940 | \$ 541.662 | \$ 279.796 | \$ 268.793 | \$ 249.892 | \$ 220.349 |
| 12 | \$ 666.035 | \$ 506.026 | \$ 262.498 | \$ 252.176 | \$ 234.440 | \$ 206.725 |
| 13 | \$ 619.132 | \$ 470.389 | \$ 245.199 | \$ 235.556 | \$ 218.991 | \$ 193.102 |
| 14 | \$ 572.230 | \$ 434.754 | \$ 227.900 | \$ 218.936 | \$ 203.542 | \$ 179.480 |
| 15 | \$ 525.324 | \$ 399.118 | \$ 210.601 | \$ 202.317 | \$ 188.090 | \$ 165.853 |

II.- ASIGNACION DE ATENCIÓN PRIMARIA MUNICIPAL:

A.- FUENTE LEGAL

1. Artículo 23, letra b) y 25 de la ley N° 19.378;
2. Artículo 74, del Decreto N° 1.889, de 1995, Ministerio de Salud.

B.-CONCEPTO

Estipendio que se otorga mensualmente a los funcionarios de las categorías mencionadas en el artículo 5° de la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, por el solo hecho de integrar una dotación.

C.-REQUISITOS

1. Ser funcionario de alguna de las categorías mencionadas en el artículo 5° de la ley N° 19.378.



D.-CARACTERÍSTICAS

1. Rige a contar del 1 de noviembre de 1995;
2. Es remuneración permanente;
3. Es imponible;
4. Es tributable;
5. Su monto se determina por la aplicación de un porcentaje sobre una base de cálculo prevista por la ley;
6. En su condición de remuneración permanente, es base de cálculo de aquellos estipendios que consideran como tal esa clase de remuneraciones;
7. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.

MÉTODO DE CÁLCULO

De acuerdo a lo previsto por el artículo 25 de la ley N° 19.378, la asignación de atención primaria municipal corresponderá a un 100% del sueldo base definido en la letra a) del artículo 23, de la categoría y nivel del respectivo funcionario.

EJEMPLO

Funcionario de la categoría A, nivel 15, de la atención primaria de salud municipal = \$ 454.485

Asignación de Atención Primaria Municipal = SB categoría y nivel = \$454.485.-

III.- ASIGNACION POR RESPONSABILIDAD DIRECTIVA.

A.- FUENTE LEGAL

1. Artículo 27 de la ley N° 19.378;
2. Artículo 2°, N° 4, letra a) de la ley N° 20.157;
3. Artículo 76 del decreto N° 1.889, de 1995, del Ministerio de Salud.



B.-CONCEPTO

Estipendio que se otorga mensualmente a los directores de los consultorios de salud municipal de atención primaria y al personal que ejerce funciones de responsabilidad en esos establecimientos, conforme al artículo 56 de la ley N° 19.378.

C.-REQUISITOS

1. Desempeñar cargo de director de un consultorio de salud municipal de atención primaria o funciones de responsabilidad en esos establecimientos, de conformidad a lo establecido en el artículo 56 de esta ley;
2. Ejercicio efectivo del cargo respectivo;
3. Estar en servicio a la fecha de pago.

D.-CARACTERISTICAS

1. Rige a contar del 1 de noviembre de 1995;
2. Es una remuneración permanente;
3. Es imponible;
4. Es tributable;
5. Su monto se determina por la aplicación de un porcentaje sobre una base de cálculo prevista por la ley;
6. La asignación correspondiente al director de un consultorio es incompatible con cualquier otra asignación de las indicadas en el inciso segundo del artículo 27 de la ley N° 19.378, correspondientes a los funcionarios que ejercen funciones de responsabilidad;
7. En su condición de remuneración permanente, es base de cálculo de aquellos estipendios que consideran como tal esa clase de remuneraciones;
8. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.



MÉTODO DE CÁLCULO

-Base de cálculo

De acuerdo a lo previsto por el artículo 27 de la ley N° 19.378, el monto de la asignación se determinará aplicando los porcentajes que esa norma indica, sobre la suma de los siguientes emolumentos de la categoría y nivel del funcionario respectivo:

Sueldo base y Asignación de atención primaria municipal.

Se aplican los siguientes porcentajes:

| Cargo | Porcentajes |
|--|--------------------|
| Director de Consultorio | Entre 10% y un 30% |
| Personal que ejerce funciones de responsabilidad | Entre 5% y un 15% |

Estos porcentajes se determinarán según los criterios objetivos fijados al efecto por el decreto N° 1.889, de 1995, del Ministerio de Salud.

IV.-ASIGNACION POR DESEMPEÑO EN CONDICIONES DIFÍCILES.

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículos 28, 29 y 30 de la ley N° 19.378;
2. Artículos 77 al 81 del decreto N° 1.889, de 1995, del Ministerio de Salud;
3. Decreto N° 51, de 2013, del Ministerio de Salud;
4. Decreto N° 5, de 2014, del Ministerio de Salud;
5. Resolución exenta N° 392, de 2015, del Ministerio de Salud.

B.-CONCEPTO

Estipendio que se paga mensualmente a los funcionarios regidos por la ley N° 19.378, que laboren en establecimientos reconocidos como urbanos o rurales por el Ministerio de Salud y calificados como establecimientos de desempeño difícil, por decreto supremo de esa Secretaria de Estado, o que ejecuten labores en un servicio de atención primaria de urgencia.



El decreto N° 1.889 del Ministerio de Salud establece los criterios para clasificar los establecimientos como urbanos o rurales de desempeño difícil, además de los tramos en que se clasificaran dichos establecimientos y los porcentajes que se asignan a cada uno de los tramos. Asimismo, el decreto fija la base de cálculo del estipendio y los beneficiarios.

La calificación de establecimiento urbano de desempeño difícil deberá efectuarse cada tres años, y la del grado de dificultad del desempeño de los establecimientos rurales, cada cinco, en ambos casos, por el Ministerio de Salud, considerando, para estos efectos, los factores mencionados en los artículos 29 y 30 de la ley N° 19.378, respectivamente.

El total de funcionarios de los servicios de atención primaria de urgencia que reciban este emolumento, no podrá exceder del 5% del total nacional de las dotaciones de los establecimientos de atención primaria de salud del país, lo que será regulado por parámetros generales fijados por el Ministerio de Salud.

C.-REQUISITOS

1. Ser funcionario regido por la ley N° 19.378;
2. Laborar en establecimientos reconocidos como urbanos o rurales por el Ministerio de Salud y calificados como establecimientos de desempeño difícil por decreto supremo de esa Secretaria de Estado o ejecutar labores en un servicio de Atención Primaria de Urgencia.

D.-CARACTERISTICAS

1. Rige a contar del 1 de octubre de 1995;
2. Es una remuneración permanente;
3. Es imponible para efectos de salud y pensiones;
4. Es tributable;
5. Su monto se determina por la aplicación de un porcentaje sobre una base de cálculo establecida por la ley;
6. En su condición de remuneración permanente, es base de calculo de aquellos estipendios que consideran como tal esa clase de remuneraciones;
7. En el caso de los funcionarios que ejecuten labores en un Servicio de Atención Primaria de Urgencia y que gocen de la asignación, esta



será incompatible con la que corresponda a los consultorios por el mismo concepto;

8. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.

Porcentajes

De acuerdo a lo previsto por el inciso tercero del artículo 29 de la ley N° 19.378, los establecimientos urbanos calificados como de desempeño difícil de acuerdo a su grado de dificultad y siempre que no excedan del 25% del total nacional de horas de dotación urbana, tendrán derecho a la asignación en los siguientes porcentajes y conforme a los siguientes tramos decrecientes:

| Asignación de Desempeño para Establecimientos Urbanos Art. 29, inciso tercero, de la ley N° 19.378 | | |
|---|--|------------|
| Tramo | Horas de Dotación Urbana | Porcentaje |
| Primer Tramo | Hasta 10% de las horas de la dotación urbana nacional | 15% |
| Segundo Tramo | Entre el 11% y hasta el 20% de las horas de la dotación urbana | 10% |
| Tercer Tramo | Hasta completar el 25% de la dotación urbana nacional | 5% |

Por su parte, el artículo 30, inciso tercero, de la ley N° 19.378, establece los porcentajes y tramos decrecientes para la determinación del emolumento correspondiente a los servidores que se desempeñen en establecimientos rurales calificados como difíciles, a saber:



| Asignación de Desempeño Dificil para Establecimientos Rurales Art. 30, inciso tercero, de la ley N° 19.378 | | |
|---|--|------------|
| Tramo | Horas de Dotación Rural | Porcentaje |
| Primer Tramo | Hasta 10% de las horas de la dotación rural nacional | 26% |
| Segundo Tramo | Entre el 11% y hasta el 20% de las horas de la dotación rural nacional | 19% |
| Tercer Tramo | Hasta completar el 100% de la dotación rural nacional | 10% |

Finalmente, cabe señalar que para los funcionarios que ejecuten labores en un servicio de atención primaria de urgencia, la asignación se determinará calculando un 15%, sobre la base de cálculo mencionada precedentemente.

| Asignación de Desempeño Dificil para Servicios de Atención Primaria de Urgencia Art. 28, inciso tercero, de la ley N° 19.378 | |
|---|------------|
| Horas de Dotación SAPU | Porcentaje |
| Hasta 5 % del total nacional de la dotación para estos establecimientos | 15% |

V.- ASIGNACION DE ZONA

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículo 26 de la ley N° 19.378;
2. Artículo 75, del Decreto N° 1.889, de 1995, Ministerio de Salud;
3. Decreto N° 450, de 1974.



B.-CONCEPTO

Estipendio que se otorga mensualmente a los funcionarios regidos por la ley N° 19.378 y que para el desempeño de su empleo, se encuentran obligados a residir en una provincia o territorio que reúna condiciones especiales derivadas del aislamiento o del costo de vida, en la medida que conserven la propiedad de ese empleo en la localidad correspondiente.

C.-REQUISITOS

1. Ser funcionario regido por la ley N° 19.378;
2. Ejecutar el empleo respectivo en una provincia o territorio que reúna condiciones especiales de aislamiento o costo de vida. Las provincias y territorios que reúnen estas características son las previstas en el artículo 7° del decreto ley N° 249 de 1973, y sus modificaciones posteriores contenidas en el artículo 26 del decreto ley N° 450, de 1974; en el decreto ley N° 1.182, de 1975; en el artículo único del decreto ley N° 2.244, de 1978; en el artículo 14 del decreto ley N° 2.879, de 1979; en el artículo 17 del decreto ley N° 3.529, de 1980; en el artículo 7° del decreto ley N° 3.650, de 1981; en el artículo único de la ley N° 18.310; en el artículo 12 de la ley N° 19.185; en el artículo 5° de la ley N° 19.354 y en el artículo 55 de la ley N° 20.883.

D.-CARACTERÍSTICAS

1. Rige a contar del 1 de noviembre de 1995;
2. Es una remuneración permanente;
3. No es imponible;
4. No es tributable;
5. Su monto se determina por la aplicación de un porcentaje sobre una base de cálculo establecida por ley;
6. En su condición de remuneración permanente, es base de cálculo de aquellos estipendios que consideran como tal esa clase de remuneraciones;
7. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.



MÉTODO DE CÁLCULO

Base de cálculo

De acuerdo con lo previsto por el citado artículo 26 la asignación de zona consistirá en un porcentaje sobre el sueldo base del respectivo funcionario, señalado en el artículo 24 de la ley N° 19.378, equivalente, en cada caso, al establecido para los funcionarios del Sector Público, según el lugar en que ejecuten sus acciones de atención primaria de salud.

Porcentajes

Los porcentajes aplicables a las capitales regionales se contienen en el decreto ley N° 450, de 1974.

| Asignación de Zona Atención Primaria de Salud Municipal ¹ | | |
|---|--------------------|----------------------------------|
| Región | Ciudad | D.L. N° 450/74 art. 26 % Zona |
| Arica y Parinacota | ARICA | 40% |
| | PUTRE | 80% |
| | VISVIRI | 80% |
| | GENERAL LAGOS | 55% |
| | CAMARONES | 55% |
| Tarapacá | IQUIQUE | 40% |
| | MAMIÑA | 80% |
| | CAMIÑA | 80% |
| | TARAPACÁ | 55% |
| | PISAGUA | 55% |
| | HUARA | 55% |
| | PICA | 55% |
| | POZO ALMONTE | 55% |
| Antofagasta | ANTOFAGASTA | 30% |
| | OLLAGUE | 80% |
| | SAN PEDRO DE | 50% |
| | TOCOPILLA | 35% |
| | CALAMA | 35% |
| | TALTAL | 40% |



| | | |
|----------------------|-------------------|------|
| Atacama | COPIAPO | 25% |
| | CHAÑARAL | 25% |
| | TIERRA AMARILLA | 35% |
| | EL SALVADOR | 55% |
| Coquimbo | COQUIMBO | 10% |
| | LA SERENA | 10% |
| | LOS VILOS | 15% |
| | OVALLE | 15% |
| | ILLAPEL | 15% |
| | SALAMANCA | 15% |
| | VICUÑA | 15% |
| Valparaíso | VALPARAISO | 0% |
| | ISLA PASCUA | 140% |
| | JUAN FERNANDEZ | 70% |
| | SAN ANTONIO | 0% |
| | ACONCAGUA | 0% |
| | LOS ANDES | 0% |
| Metropolitana | SANTIAGO | 0% |
| O'Higgins | RANCAGUA | 0% |
| Maule | TALCA | 0% |
| | CAUQUENES | 10% |
| | PELLUHUE | 10% |
| | CHANCO | 10% |
| Biobío | CONCEPCION | 20% |
| | TALCAHUANO | 20% |
| | ARAUCO | 25% |
| | BIO-BIO | 15% |
| | BULNES | 15% |
| | CHILLAN | 15% |
| | SAN IGNACIO | 15% |
| | PINTO | 15% |
| | QUILLÓN | 15% |
| | ANTUCO | 15% |
| | COIHUECO | 15% |



| | | |
|-------------------|--------------------|------|
| Araucanía | TEMUCO | 15% |
| | CAUTIN | 15% |
| | MALLECO | 15% |
| | VILLARRICA | 20% |
| | PUCÓN | 20% |
| Los Ríos | VALDIVIA | 15% |
| | LA UNIÓN | 15% |
| Los Lagos | PTO. MONTT | 15% |
| | OSORNO | 15% |
| | LLANQUIHUE | 15% |
| | FRESIA | 15% |
| | CHILOE | 40% |
| Aysén | COYHAIQUE | 105% |
| | AYSEN | 60% |
| | BALMACEDA | 105% |
| | PTO. AYSÉN | 105% |
| | LAS GUAITECAS | 125% |
| | COCHRANE | 125% |
| | CHILE CHICO | 125% |
| | PUERTO CISNE | 125% |
| Magallanes | PTA. ARENAS | 70% |
| | TIERRA DEL FUEGO | 85% |
| | PUERTO WILLIAMS | 105% |
| | ANTARTICA COMISION | 300% |
| | ANTARTICA ESTABLE | 600% |

VI.-ASIGNACIÓN ANUAL DE MERITO

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículo 30 bis de la ley N° 19.378;
2. Artículo único, N° 3, de la ley N° 19.607;
3. Artículos 32 al 36 del Decreto N° 1.889, de 1995, del Ministerio de Salud.



B.-CONCEPTO

Estipendio que se paga trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre a los funcionarios regidos por la ley N° 19.378, cuyo desempeño sea evaluado como positivo, para mejorar la calidad de los servicios de los establecimientos en que laboran.

Para estos efectos, de acuerdo a lo previsto por el artículo 30 bis de la ley N° 19.378, se entenderá como funcionarios con evaluación positiva a aquellos cuyo puntaje de calificación se encuentre dentro del 35% mejor evaluado en cada categoría de la dotación del respectivo establecimiento, y siempre que estén ubicados en lista 1, de Distinción, o lista 2, Buena.

El artículo 35 del decreto N° 1.889, de 1995, del Ministerio de Salud, establece las normas de desempate para situaciones de igual evaluación; los casos en que el cálculo del personal beneficiario deba hacerse sobre el total de la dotación o sobre dos o más categorías de esta, cuando por haber poco personal en ellas no sea posible aplicar las reglas anteriores, y las demás disposiciones necesarias para la aplicación de este beneficio.

C.-REQUISITOS

1. Ser funcionario regido por la ley N° 19.378;
2. Contar con evaluación positiva, esto es, encontrarse dentro del 35% mejor evaluado en cada categoría de la dotación del respectivo establecimiento, y siempre que estén ubicados en la lista 1, de Distinción, o lista 2, Buena;
3. No tendrán derecho a percibir esta asignación los funcionarios calificados en lista 3 o 4, en tanto se mantenga vigente esa calificación;

D.-CARACTERÍSTICAS

1. Se devenga a contar del 1 de enero de 1999, de acuerdo a lo establecido en el artículo segundo transitorio de la ley N° 19.607;
2. Es una remuneración permanente;
3. Es imponible;
4. Es tributable;
5. Su monto se determina por la aplicación de un porcentaje sobre una base de cálculo prevista por la ley;



6. Se paga en cuatro cuotas, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año, incluyéndose en cada uno de estos pagos las sumas correspondientes a todo el trimestre respectivo;
7. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.

MÉTODO DE CÁLCULO

Base de cálculo

De acuerdo a lo previsto por el artículo 30 bis de la ley N° 19.378, esta asignación se otorgará por tramos y su monto mensual corresponderá en cada uno de ellos a los porcentajes que indica la norma sobre el sueldo base mínimo nacional de la categoría a que pertenezca el funcionario.

Porcentajes

Los porcentajes para la determinación de este emolumento, serán los siguientes:

| Tramo | Porcentaje |
|--------------------------------------|---|
| Superior (11% mejor calificado) | Hasta 35% sueldo base mínimo nacional de la categoría |
| Intermedio (11% mejor calificado) | Hasta 20% sueldo base mínimo nacional de la categoría |
| Inferior (13% mejor calificado) | Hasta 10% sueldo base mínimo nacional de la categoría |

***ASIGNACIONES O INCREMENTOS SEGÚN FUNCIONES, CARACTERISTICAS DE ESTABLECIMIENTOS Y EVALUACION DE DESEMPEÑO DEL FUNCIONARIO.**



VII.- ASIGNACION DE DESARROLLO Y ESTIMULO AL DESEMPEÑO COLECTIVO

A.-FUENTE LEGAL

1. Ley N° 19.813;
2. Ley N° 20.157;
3. Decreto N° 324, de 2002, del Ministerio de Salud;
4. Artículo 17, decreto N°47, de 2007, del Ministerio de Salud.

B.-CONCEPTO

Estipendio que se otorga al personal regido por la ley N° 19.378, Estatuto de la Atención Primaria, en los meses de abril, junio, septiembre y diciembre, por el cumplimiento anual de metas sanitarias y el mejoramiento de la atención proporcionada a los usuarios de la atención primaria de salud.

Esta asignación si bien tiene un carácter único, se conforma por los siguientes dos componentes:

1. a) Componente base: Según se desprende de lo previsto por el inciso tercero del artículo 2° de la ley N° 19.813, es recibido por todos los funcionarios con derecho a la asignación ya que no está asociado al cumplimiento de las metas sanitarias ni al mejoramiento de la atención a los usuarios;
2. b) Componente variable: Se otorga a los funcionarios que hayan cumplido el 70% o más de las metas sanitarias y de mejoramiento de la atención a los usuarios de la atención primaria.

Los decretos N°s. 324, de 2002, y 47, de 2007, ambos del Ministerio de Salud, regulan los requisitos conforme a los cuales se obtiene este estipendio, así como también las condiciones en que los servicios de salud determinaran las metas que cada entidad administradora de salud municipal debe cumplir, su evaluación y posterior pago.

C.-REQUISITOS

1. Funcionarios regidos por la ley N° 19.378;
2. Que esos servidores hayan prestado servicios para una entidad administradora de salud municipal, o para más de una, sin solución de continuidad, durante todo el año objetivo de evaluación de las metas fijadas;



3. Estar en servicio al momento del pago de la cuota respectiva.

D.-CARACTERÍSTICAS

1. Rige a contar del 25 de junio de 2002;
2. Es una remuneración permanente;
3. Es imponible;
4. Es tributable;
5. El monto de cada componente se determina por la aplicación de un porcentaje sobre una base de cálculo establecida por la ley;
6. Se paga en cuatro cuotas en los meses de abril, junio, septiembre y diciembre de cada año. El monto de cada cuota ascenderá al valor acumulado en el trimestre respectivo, como resultado de la aplicación mensual de la asignación;
7. En su condición de remuneración permanente, es base de cálculo de aquellos estipendios que consideran como tal esa clase de remuneraciones;
8. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.

METODO DE CÁLCULO

De acuerdo a lo previsto por el inciso tercero del artículo 2° de la ley N° 19.813, el monto de esta asignación se determina aplicando los porcentajes que para cada componente indica esa norma, sobre los siguientes estipendios, correspondientes a su nivel y categoría:

Sueldo base y Asignación de atención primaria municipal.

Porcentajes

Los porcentajes correspondientes a cada componente son los siguientes:



a) Componente base

| Componente Base (a contar de 2010) | |
|---------------------------------------|--------|
| Porcentaje | 10,3 % |

b) Componente variable

| Componente Variable (a contar de 2010) | |
|---|--------------------------|
| Tramo de Cumplimiento | Porcentaje de asignación |
| Desde 90 % o superior | 11,9 % |
| Desde 75% hasta 89% | 5,95 % |

VIII.- ASIGNACION ASOCIADA AL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DEL TRATO AL USUARIO.

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículo 1° y siguientes de la ley N° 20.645.
2. Artículo 1° y siguientes del decreto N° 24 de 2013, del Ministerio de Salud.

B.-CONCEPTO

Estipendio que se paga anualmente, en una cuota, a más tardar el 30 de noviembre de cada año, al personal regido por la ley N° 19.378, que se desempeñe en los establecimientos municipales de atención primaria de salud y en las entidades administradoras de salud municipal, contratado a plazo fijo o indefinido, en relación con los resultados obtenidos en el proceso de evaluación del mejoramiento en la calidad del trato a los usuarios en los establecimientos municipales antes aludidos.



Para estos efectos, el decreto N° 24, de 2013, del Ministerio de Salud, entiende por “establecimientos municipales de atención primaria de salud”, a 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.

Además, se entiende por “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 estas 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 1-3.063, del Ministerio del Interior, de 1980.

El artículo 3° de la ley N° 20.645, establece que este emolumento se otorgará por tramo, por lo que los establecimientos de atención primaria de salud municipal se ordenaran en forma decreciente de acuerdo al resultado obtenido en la aplicación del instrumento de evaluación de la calidad del trato a los usuarios, que es de responsabilidad de la Subsecretaría de Redes Asistenciales.

El decreto N° 24, de 2013, del Ministerio de Salud, estableció las normas necesarias para la adecuada concesión de este emolumento.

C.-REQUISITOS

1. Desempeñar cargos, con contrato a plazo fijo o indefinido, en los establecimientos municipales de atención primaria de salud y entidades administradoras de salud municipal;
2. Que esos establecimientos hayan obtenido en el instrumento de evaluación, a lo menos un puntaje de 65% o su equivalente, en la medición del trato a los usuarios;
3. Estar en servicio en cada uno de los establecimientos a la fecha de pago;
4. Haber prestado servicios para una o más de las entidades señaladas, sin solución de continuidad, durante los once meses anteriores al pago;
5. No tendrán derecho a percibir este emolumento los funcionarios calificados en lista 3, condicional, o lista 4, de eliminación, en el periodo calificadorio inmediatamente anterior a la fecha de pago de



la asignación, con las calificaciones vigentes a la fecha de pago de la asignación.

D.-CARACTERÍSTICAS

1. Rige a contar del 15 de diciembre de 2012;
2. Es una remuneración permanente;
3. Es imponible para efectos de salud y pensiones;
4. Es tributable;
5. Su monto corresponde a un valor anual fijo establecido por ley;
6. Esta asignación no servirá de base de cálculo para la determinación de ninguna otra remuneración o beneficio legal;
7. Prescribe en el plazo de seis meses contados desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.

METODO DE CÁLCULO

Para efectos del pago de este emolumento, el Subsecretario de Redes Asistenciales, mediante resolución exenta visada por la Dirección de Presupuestos, determinará, para cada año un valor hora de la asignación, dividiendo el monto señalado en el artículo 9° de la ley N° 20.645, esto es, \$9.893.540 miles, por la sumatoria de los factores indicados en el artículo 4° de dicho texto legal. El mencionado artículo 9° previene que el monto señalado en esa disposición, a contar del año 2016, se actualizará anualmente de acuerdo al reajuste general de remuneraciones del sector público más el porcentaje en que anualmente se incremente la población inscrita en los establecimientos de atención primaria conforme a lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 18 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 5° de la citada norma, el monto de esta asignación para cada funcionarios dependerá del tramo en que esté clasificado el establecimiento donde aquel se desempeñe, de acuerdo al siguiente detalle:



| Asignación Asociada al Mejoramiento de la Calidad de Trato al Usuario | |
|---|--|
| Tramo | Base de Cálculo |
| Tramo 1 (Establecimientos ubicados en el 33% mejor evaluado) | 3 veces el valor hora multiplicado por las horas de cada funcionario contratadas en dicho establecimiento. |
| Tramo 2 (Establecimientos ubicados en el segundo 33%) | 2 veces el valor hora multiplicado por las horas de cada funcionario contratadas en dicho establecimiento. |
| Tramo 3 (Establecimientos ubicados en el 34% siguiente) | Valor hora multiplicado por las horas de cada funcionario contratadas en dicho establecimiento. |

IX.-ASIGNACION DE ESTIMULO POR COMPETENCIAS PROFESIONALES.

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículo 8° de la ley N° 20.816.
2. Decreto N° 149, de 2015, del Ministerio de Salud.

B.-CONCEPTO

Estipendio que se otorga mensualmente a los médicos cirujanos que se desempeñan en establecimientos municipales de atención primaria de salud, regidos por la ley N° 19.378, que poseen la especialidad de medicina familiar, pediatría, medicina interna, gineco-obstetricia, psiquiatría u otras, a objeto de incentivar el ejercicio profesional en determinadas zonas del país o en razón de otros criterios sanitarios y acorde a la disponibilidad presupuestaria vigente, en relación con una jornada de cuarenta y cuatro horas semanales.

A más tardar el 31 de diciembre de cada año, el Ministro de Salud, mediante decreto expedido bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República" que, además, deberá ser suscrito por el Ministro de Hacienda, determinará, sobre la base de los criterios señalados en el inciso segundo del artículo 8° de la ley N°20.816, las especialidades que tendrán derecho a la asignación, las entidades administradoras de salud municipal que contarán con los recursos necesarios para pagar dicho estipendio y el monto de recursos asignados a cada una de ellas. Este decreto comenzará a regir el 1 de enero del año siguiente al de su dictación.



El decreto N° 149, de 2015, del Ministerio de Salud, estableció los procedimientos y criterios para seleccionar las especialidades, las entidades administradoras de salud municipal, las comunas y los médicos cirujanos que serán beneficiarios de la asignación de este artículo, y las demás normas necesarias para el adecuado otorgamiento de este emolumento.

C.-REQUISITOS

1. Desempeñar cargo de médico cirujano en establecimientos municipales de atención primaria de salud, regidos por la ley N° 19.378;
2. Poseer la especialidad de medicina familiar, pediatría, medicina interna, gineco-obstetricia, psiquiatría u otras que se definan conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo 8° de la ley N° 20.816;
3. Encontrarse inscrito en el registro a que se refiere el numeral 6 del artículo 121 del decreto con fuerza de

ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, a más tardar al 31 de diciembre del año anterior al pago.

D.-CARACTERÍSTICAS

1. Rige a contar del 14 de febrero de 2015;
2. Es una remuneración permanente;
3. Es imponible;
4. Es tributable;
5. Su monto se determina por la aplicación de un porcentaje sobre una base de cálculo prevista por la ley;
6. Esta asignación es incompatible con cualquier otra de similares características que una entidad administradora de salud municipal otorgue a los médicos cirujanos que se desempeñen en ellas y que sea financiada con recursos provenientes del subtítulo 24-03-298 del presupuesto de los Servicios de Salud;
7. Prescribe en el plazo de seis meses contados desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.



MÉTODO DE CÁLCULO

De acuerdo a lo previsto por el artículo 8° de la ley N° 20.816, el monto de este emolumento será equivalente al 100% de la suma del sueldo base más la asignación de atención primaria de salud, correspondiente al nivel y categoría que ocupa el servidor respectivo en su establecimiento, en una carrera referencial lineal diseñada a partir del sueldo base mínimo nacional, en relación con una jornada de cuarenta y cuatro horas semanales.

Asimismo, agrega la norma, la asignación de los profesionales que se desempeñen en jornadas de once, veintidós y treinta y tres horas semanales, será equivalente al 25%, 50% y 75%, respectivamente.

| Asignación por Competencias Profesionales para Médicos Cirujanos regidos por la ley N° 19.378 | |
|---|--------------------------|
| Jornada | Porcentaje de Asignación |
| 11 Horas | 25% |
| 22 Horas | 50% |
| 33 Horas | 75% |
| 44 Horas | 100% |

X.- BONIFICACIÓN ESPECIAL DE ZONA EXTREMA.

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículo 3° de la ley N° 20.250;
2. Artículo 27 de la ley N° 20.559;
3. Artículo 29 de la ley N° 20.717;
4. Artículo 56 de la ley N° 20.883

B.-CONCEPTO

Estipendio que se paga trimestralmente a los funcionarios regidos por la ley N° 19.378, que se desempeñen en la Primera, Segunda, Duodécima y Décimo Quinta Regiones, en la Provincia de Palena, Chiloé y en las comunas de Juan Fernández y Cochamó, con el objeto de compensar el mayor costo



de vida que experimentan con ocasión del ejercicio de sus cargos en esas localidades.

C.-REQUISITOS

1. Ser funcionario regido por la ley N° 19.378, Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal;
2. Ejercicio del cargo en la Primera, Segunda, Duodécima y Décimo Quinta Regiones, en la Provincia de Palena, Chiloé y en las comunas de Juan Fernández y Cochamó.

D.-CARACTERÍSTICAS

1. Rige a contar del 1 de enero de 2007 para los aquellos servidores que se desempeñen en la Primera, Segunda, Duodécima y Décimo Quinta Regiones, así como en la Provincias de Palena, Chiloé y en la comuna de Juan Fernández; y a contar del 1 de enero de 2014 para aquellos que se desempeñen en la comuna de Cochamó;
2. Es una remuneración permanente;
3. Es imponible, a contar del 1 de enero de 2014, en la forma prevista por el artículo 29 de la ley N° 20.717;
4. Es tributable;
5. Su monto corresponde a un valor establecido por ley, el que, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la ley N° 20.559, se reajusta de acuerdo a las reglas generales, a contar de la fecha que lo determine la respectiva ley de reajuste de remuneraciones del Sector Público;
6. Se paga en cuatro cuotas, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año;
7. En su condición de remuneración permanente, es base de cálculo de aquellos estipendios que consideran como tal esa clase de remuneraciones;
8. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.



XI.- BONIFICACION COMPENSATORIA DE LA BONIFICACION ESPECIAL DE ZONA EXTREMA.

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículo 29 de la ley N° 20.717.

B.-CONCEPTO

Estipendio que se paga trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año, a los funcionarios que perciben la bonificación especial de zonas extremas, con el objeto de compensar las deducciones por concepto de cotizaciones para pensiones y salud a que está afecto el mencionado emolumento, a contar del 1 de enero de 2014.

C.-REQUISITOS.

1. Ser beneficiario de la bonificación especial de zonas extremas.

C.- CARACTERÍSTICAS

1. Rige a contar del 1 de enero de 2014;
2. Es una remuneración permanente;
3. No es imponible;
4. Es tributable;
5. Su monto se determina por la aplicación de un porcentaje sobre una base de cálculo prevista por la ley;
6. Se paga en cuatro cuotas, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año;
7. En su condición de remuneración permanente, es base de cálculo de aquellos estipendios que consideran como tal esa clase de remuneraciones;
8. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.



X.- ASIGNACION TRANSITORIA DEL ARTICULO 45.

A.-FUENTE LEGAL

1. Artículo 45, de la ley N° 19.378;
2. Artículo 2º, N° 10), de la ley N° 20.157;
3. Artículo 82 del decreto N° 1.889, de 1995, del Ministerio de Salud.

B.-CONCEPTO

Estipendio que se otorga, por la entidad administradora de salud municipal, con la aprobación del concejo municipal, a sus funcionarios, o a una parte de la dotación de salud, 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.

Estas asignaciones deberán adecuarse a la disponibilidad presupuestaria anual de la entidad administradora y duraran como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año.

C.-REQUISITOS.

1. Ser funcionarios regidos por la ley N° 19.378;
2. Los demás establecidos por la entidad administradora de salud municipal, con el respectivo acuerdo del concejo municipal.

D.-CARACTERÍSTICAS

1. Su vigencia será determinada por la entidad administradora de salud municipal, con acuerdo del concejo municipal;
2. No es remuneración;
3. No es imponible;
4. Es tributable;
5. Es discrecional, puesto que compete exclusivamente a la entidad administradora de salud, con aprobación del concejo municipal, determinar su procedencia, en consideración a la disponibilidad presupuestaria y a las necesidades del servicio, así como su monto y vigencia;



6. Su monto se determinará de acuerdo a lo establecido por la entidad administradora de salud municipal, con acuerdo del concejo municipal;
6. No es base de cálculo para la determinación de ninguna otra remuneración o beneficio legal;
7. Prescribe en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hubiere hecho exigible.

MÉTODO DE CÁLCULO

El método de cálculo de estas asignaciones será el que fije la respectiva entidad administradora de salud municipal, con acuerdo del concejo municipal.



VIII. DESARROLLO DE LA VIDA FUNCIONARIA

Módulo 1: Remuneraciones asignadas para el personal de las Fuerzas Armadas, Carabineros y del Estatuto Administrativo General

Docente: Rodrigo Gaete V., Abogado UDELAM

1. Remuneraciones asignadas para el personal de las Fuerzas Armadas.

Estos profesionales se rigen primordialmente, como todos los individuos, por nuestra Constitución Política, por cuanto, el artículo 6° del mencionado texto indica:

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

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

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

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

De esta forma, los médicos cirujanos que se incorporan a las Fuerzas Armadas, 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 públicas 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.

Otro cuerpo normativo fundamental que se debe tener en vista es la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, en la cual se consagran los siguientes principios:



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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

DFL N°1, DE 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra, ESTABLECE ESTATUTO DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.

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

En lo no previsto en el indicado Estatuto Especial, rige la ley N° 15.076 y, luego, la ley N° 18.834 -Estatuto Administrativo General-.

Conforme al artículo 2°, quedará afecto a este Estatuto el siguiente personal:

a) El personal que integre las plantas del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como oficial, cuadro permanente o gente de mar, tropa profesional, o empleado civil.



b) El personal a contrata.

c) El personal de reserva llamado al servicio activo.

Los oficiales, el cuadro permanente y de gente de mar, y la tropa profesional, según su procedencia se clasifican en personal de línea y de los servicios.

Es personal de línea aquél egresado de las escuelas matrices de las Fuerzas Armadas cuya actividad esencial es el cumplimiento de la respectiva misión institucional. Personal de armas es aquél personal de línea cuya función primordial es el desempeño de actividades de combate y al que corresponde por naturaleza el mando militar.

Es personal de los servicios aquél cuya función básica es ejercer actividades de apoyo y asesoría técnica relacionada con su respectiva especialidad. Podrá egresar de las escuelas matrices o provenir directamente de la vida civil, cuando se trate de escalafones de los servicios profesionales o del servicio religioso.

Por otra parte, los Comandantes en Jefe podrán contratar, temporalmente, personal civil chileno o extranjero, cuando las necesidades del servicio lo requieran y no exista en la Institución personal con los conocimientos adecuados.

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 registrarán 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.

El monto de los honorarios podrá fijarse en relación con la escala de sueldos de las Fuerzas Armadas, de la escala única de sueldos contenida en el D.L. N° 249, de 1974, o a suma alzada.



En el Título VI del decreto, sobre “Derechos del Personal”, se regulan el sueldo y 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 7 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 8 o más semestres lectivos de duración, podrán alcanzar hasta el grado 4, 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, 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 N° 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. N° 3.551, de 1981, la cual será reajutable 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 veinte 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 veinticinco por ciento 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 N° 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 leyes.
- 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 N° 18.589, con excepción del porcentaje para los Sargentos 1° que será de 38%.



2. Remuneraciones de profesionales funcionarios de Carabineros de Chile.

Se encuentran reguladas en el decreto con fuerza de ley N° 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, los cuales son personal de nombramiento supremo.

Asimismo, se prevén cargos afectos al régimen de remuneraciones de la ley N° 15.076.

Los cargos a contrata, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° será fijada 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 1° de la ley N° 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



3. Remuneraciones Estatuto Administrativo General.

El Estatuto Administrativo -en lo sucesivo EA-, se encuentra contenido en la ley N° 18.834, texto coordinado, refundido y sistematizado en virtud del D.F.L N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Con dicha expresión debemos entender las disposiciones legales y reglamentarias a las que se encuentran sometidos los funcionarios públicos, con independencia de la denominación que puedan recibir los distintos cuerpos estatutarios y la naturaleza del servicio en que se desempeñen.

Conforme al artículo 1° del EA "Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 18.575".

A su turno, el referido inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 18.575, dispone que las normas del título en que se encuentra inserto, no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales de quórum calificado, según corresponda.

El ámbito de aplicación subjetiva del EA dice relación con aquel personal que ejerza un cargo público, sea en calidad de titular o a contrata. El EA define estos conceptos en los siguientes términos:

- a) Cargo público: Es aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1°, a través del cual se realiza una función administrativa.
- b) Planta de personal: Es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5°.
- c) Empleo a contrata: Es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución.

Tradicionalmente, se ha definido el cargo a contrata a partir de su transitoriedad, cuya finalidad es complementar los cargos permanentes que conforman la planta de personal de un servicio según sus necesidades y duran hasta el 31 de diciembre de cada año, salvo que se prorroguen con treinta días de anticipación a lo menos, situación que se ha visto alterada



con jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que se analizará más adelante.

Ahora, entre los derechos que contempla el EA para los funcionarios públicos, se encuentran aquellos de orden pecuniario, los funcionarios tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establezca la ley, en forma regular y completa.

Se debe tener presente lo dispuesto en la Constitución, en su artículo 65, inciso 4º, número 4, en cuanto que las remuneraciones de los empleados del sector público deben ser fijadas por ley, y son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Asimismo, el artículo 50 de la ley N° 18.575, establece que los regímenes legales de remuneraciones podrán establecer sistemas o modalidades que estimulen el ejercicio de determinadas funciones por parte de los empleados o premien la idoneidad de su desempeño, sin perjuicio de la aplicación de escalas generales de sueldo y del principio de que a funciones análogas, que importen responsabilidades semejantes y se ejerzan en condiciones similares, se les asignen iguales retribuciones y demás beneficios económicos.

En este mismo sentido, debemos tener en consideración el principio de enriquecimiento sin causa, en virtud del cual la Administración está obligada a retribuir los servicios que se le presten, dicho principio impide a la Administración del Estado beneficiarse de la labor desarrollada por un funcionario o persona sin que medie la correspondiente retribución pecuniaria.

Asignaciones: se detallan en el artículo 98, aquellas que tienen derecho a percibir los funcionarios:

1. Pérdida de caja:

Que se concederá sólo al funcionario que en razón de su cargo tenga manejo de dinero efectivo como función principal, salvo que la institución contrate un sistema de seguro para estos efectos:

2. Movilización:

Se concederá al funcionario que por la naturaleza de su cargo, deba realizar visitas domiciliarias o labores inspectivas fuera de la oficina en que



desempeña sus funciones habituales, pero dentro de la misma ciudad, a menos que la institución proporcione los medios correspondientes.

3. Horas extraordinarias.

Se concederán al funcionario que deba realizar trabajos nocturnos o en días sábado, domingo y festivos o a continuación de la jornada de trabajo, siempre que no se hayan compensado con descanso suplementario.

4. Cambio de residencia.

Corresponde al funcionario que para asumir el cargo, o cumplir una nueva destinación, se vea obligado a cambiar su residencia habitual, y al que una vez terminadas sus funciones vuelva al lugar en que residía antes de ser nombrado. Equivale a un mes de remuneraciones correspondientes al nuevo empleo; pasajes para él y las personas que le acompañen, siempre que por éstas perciba asignación familiar, y flete para el menaje y efectos personales hasta por un mil kg. de equipaje y diez mil de carga.

5. Viáticos, pasajes u otros análogos, en caso de comisión de servicios y cometidos funcionarios.

Es un beneficio económico que tiene por objeto compensar los mayores gastos en que debe incurrir el funcionario que, por razones de servicio y en cumplimiento de cometidos o comisiones, debe pernoctar o alimentarse fuera del lugar de su desempeño habitual

6. Otras asignaciones contempladas en leyes especiales.

PRESCRIPCIÓN:

La prescripción es una sanción que la ley impone a la inactividad del titular de un derecho por no haberlo ejercido durante un lapso determinado, dicha institución contribuye a dar certeza a las situaciones o relaciones jurídicas.

- El derecho al cobro de las asignaciones, prescribirá en el plazo de 6 meses, contado desde la fecha en que se hicieron exigibles.
- La prescripción extintiva es una institución de orden público cuyo objeto es evitar que las relaciones jurídicas se mantengan por largo tiempo en una



situación de incertidumbre, además de una sanción para el acreedor negligente en el ejercicio de sus derechos.

Requisitos:

- Obligación pendiente
 - Que transcurra un determinado lapso
 - Inactividad por parte del acreedor
-



Módulo 2: Horas extraordinarias y remuneraciones y asignaciones mal percibidas. Acciones

Docente: Diego Vega N., Abogado UDELAM

El artículo 66° inciso 1° del Estatuto Administrativo establece que: “El jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de los servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, podrán ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábados, domingos u festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables”

En este orden de ideas, para que se configure una jornada extraordinaria, y procedan los derechos correlativos, deben concurrir tres requisitos esenciales, esto es:

- Que hayan de cumplirse tareas impostergables.
- Que exista una orden del jefe superior del servicio y
- Que los trabajos respectivos se realicen a continuación de la jornada ordinaria.

Cabe precisar que las horas extraordinarias se autorizan mediante actos administrativos formales exentos. En efecto, la jurisprudencia administrativa contenida en los Dictámenes N° 6.720 /2005 y 51.747/2008, han señalado que las horas extraordinarias deben autorizarse mediante actos administrativos formales, exentos de toma de razón, los que tienen que dictarse en forma previa a la realización de aquellas, individualizando al personal que desarrollará, el número de horas a realizar y el período que comprenderán éstas, por las que sólo las aprobadas en las condiciones referidas habilitan para obtener el descanso complementario o el recargo en las remuneraciones, con independencia de las horas de labores efectivas que registre el personal de la Institución.

Por regla general el máximo de horas extraordinarias que pueden autorizarse es de 40 horas diurnas mensuales, según lo dispuesto en el artículo 9° de la ley n° 19.104.

Según el régimen Diurno o Nocturno de ejercicio de las Horas Extraordinarias, éstas pueden ser:



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

Finalmente, cabe señalar que la forma de retribuir el desempeño de horas extraordinarias es, por regla general, el Descanso Complementario, el cual será igual a tiempo trabajado más un aumento del veinticinco por ciento, según lo dispone el artículo 68° inciso primero del Estatuto Administrativo. Sólo en la medida que lo anterior no sea posible, es decir, que no se pueda conceder, procede excepcionalmente, el recargo en las remuneraciones del funcionario público, recargando en un veinticinco por ciento el valor de la hora diaria de trabajo.

Para los efectos de esta cálculo hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 10° de la ley 15.076: *“Las horas trabajadas de noche, en domingos o festivo, se remunerarán con un recargo del treinta por ciento del valor hora imponible cuando se trate de atención de enfermos hospitalizados y del cincuenta por ciento del valor hora imponible cuando la atención del Servicio sea tanto para enfermos hospitalizados como de aquellos que consultan desde el exterior”*.

Finalmente, en el estatuto especial de Atención Primaria de Salud Municipal, contenido en la ley 19.378, se especifica una regla especial y límite a la vez, para estar habilitado para ejercer y ejecutar horas extraordinarias. Este límite corresponde a la jornada de trabajo, la cual debe ser completa para poder realizar horas extraordinarias. En efecto, el inciso final del artículo 15° de la ley 19.378 señala que: *“El personal contratado con jornada parcial no podrá desempeñar horas extraordinarias, salvo que, en la respectiva categoría, el establecimiento no cuente con funcionarios con jornadas ordinarias, o de contar con ellos, no están en condiciones de trabajar fuera del horario establecido”*.

HORAS EXTRAORDINARIAS EN LA LEY 19.664.

Artículo 43.- Los Directores de los Servicios de Salud podrán ordenar, respecto de los profesionales funcionarios regidos por este Título, la ejecución de trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria y nocturna, y en días sábados, domingos y festivos, cuando hayan de realizarse tareas impostergables.



Se entiende por horas extraordinarias a las que exceden la jornada ordinaria de cargos de 44 horas de un profesional, y por trabajo extraordinario nocturno, el que se realiza entre las veintiuna horas de un día y las ocho horas del día siguiente que no corresponda al sistema de cargos de 28 horas de los establecimientos hospitalarios.

Las horas extraordinarias se compensarán con descanso complementario, el cual será igual al tiempo trabajado, más un aumento del 25%. Los profesionales que deban realizar trabajos extraordinarios nocturnos, o en días sábados, domingos o festivos, deberán ser compensados con un descanso complementario igual al tiempo trabajado, más un aumento del 50%.

Sólo en el caso de que no fuere posible, por razones fundadas, otorgar el descanso complementario a que alude el inciso anterior, se compensará a los profesionales con un aumento de sus remuneraciones ascendente al 25% o al 50% del valor de la hora diaria de trabajo, según fuere el caso.

Para los efectos de calcular el valor de la hora diaria de trabajo ordinario, se sumarán el sueldo base, la asignación de antigüedad y la asignación de experiencia calificada, cuando corresponda, y se dividirán por ciento noventa.

El máximo de horas extraordinarias diurnas, cuyo pago podrá autorizarse, será de cuarenta horas por profesional al mes. Sólo podrá excederse esta limitación cuando se trate de trabajos de carácter imprevisto, motivados por fenómenos naturales o calamidades públicas, que hagan imprescindible trabajar mayor número de horas extraordinarias. De tal circunstancia deberá dejarse expresa constancia en la resolución que ordene tales trabajos extraordinarios.

Mediante uno o varios decretos supremos del Ministerio de Salud, suscritos, además, por el Ministro de Hacienda, podrá exceptuarse de la limitación que establece el inciso anterior a aquellos Servicios de Salud que, por circunstancias especiales, necesiten que algunos profesionales funcionarios trabajen un mayor número de horas extraordinarias.

SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE REMUNERACIONES MAL PERCIBIDAS

Los médicos, en su calidad de profesionales funcionarios, pueden verse expuestos a la solicitud de devolución de las remuneraciones mal percibidas, situación que desde hace un tiempo a la actualidad se ha generado cada vez con mayor frecuencia.



En primer término, es necesario hacer presente la necesidad imperativa de tener claridad de las obligaciones que acarrea tener la calidad de funcionario público, en especial, lo relativo a la normativa sobre responsabilidad administrativa en muchos ámbitos del trabajo diario, entre ellos, los aspectos remuneracionales.

Como segundo aspecto de vital importancia, se torna esencial solicitar y revisar mensualmente la liquidación de remuneraciones, para familiarizarse con los elementos que componen su remuneración. De lo contrario, aumenta la probabilidad de desconocer si las asignaciones que se están pagando se encuentran conforme a derecho, respecto a su procedencia y monto.

Por su parte, si bien se tiene como base la confianza en los funcionarios pagadores, es habitual que las Unidades de Recursos Humanos de los Hospitales cometan errores al momento de pagar las remuneraciones. Esto implica que se pueden acumular largos períodos en que se paguen asignaciones que no correspondan, por lo que una vez que se detecta el error, o se realiza la auditoría correspondiente, la solicitud de devolución puede implicar sumas millonarias.

Es por eso que toma gran importancia el hecho de solicitar las liquidaciones de sueldo, ya que permite conocer con exactitud las asignaciones remuneradas y sus porcentajes.

Aspectos relevantes para considerar en estos casos:

Antes de adentrarnos en materia, es necesario precisar que el plazo de **prescripción de estas solicitudes, es de 5 años.** La prescripción es una de las formas de extinguir la obligación de restituir, en atención al transcurso en exceso del tiempo. Así las cosas, Contraloría puede solicitar restituciones de remuneraciones mal pagadas y percibidas por un periodo de hasta 5 años hacia atrás.

La solicitud de restitución se notifica al funcionario a través de una carta dirigida al médico o médica involucrado(a), firmada generalmente por el encargado de remuneraciones del Hospital respectivo, explicando el contexto en que se procedió a realizar el pago erróneo y la suma total a restituir. Desde este momento, el profesional funcionario tiene un plazo de 30 días hábiles administrativos para presentar un escrito en Contraloría General de la República, con el fin de obtener la condonación de la deuda y, en subsidio, la rebaja del monto o el pago en parcialidades. En caso de no realizarse alguna presentación, el médico sólo puede optar a un pago en cuotas de la deuda respectiva.



En general, en dicho escrito se debe acreditar la buena fe o justa causa de error. Para poder preparar correctamente la defensa, y poder alegar oportunamente la buena fe o justa causa de error, al detectar irregularidades o tener dudas en su remuneración, se asesore legalmente con la Unidad de Defensa Laboral para determinar los pasos a seguir.

Una vez hecha la presentación en el Órgano Contralor, éste solicita un informe al Hospital o Servicio de Salud involucrado en el tenor de lo solicitado. Posterior a eso deberá resolver el caso, en un plazo aproximado de 12 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.



IX. EL ACOSO LABORAL Y ACOSO SEXUAL

Docente: Francesca Coghlan O, Abogada UDEGEN

ACOSO LABORAL

1. Concepto.

El psicólogo Heinz Leymann, pionero en la materia y quien acuña el término mobbing a la psicología laboral, define el acoso laboral o mobbing como aquella: "Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo"¹

El término mobbing proviene del verbo en el inglés "to mob", que se traduce como "acosar, atropellar, atacar en grupo", ha sido definido como "aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen violencia psicológica extrema, y de forma sistemática, durante un tiempo prolongado, sobre otras personas en el lugar de trabajo"²

Según prescribe el art. 2º del Código del Trabajo el acoso laboral es 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. La norma legal señala además que el acoso laboral es contrario a la dignidad de la persona.

Por su parte, la Dirección del Trabajo ha señalado en su Ord. 3519/034 de 09.08.2012 que acoso laboral es "*...todo acto que implique una agresión física por parte del empleador o de uno o más trabajadores, hacia otro u otros dependientes o que sea contraria al derecho que les asiste a estos últimos, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se practiquen en forma reiterada, cualquiera sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos y siempre que*

¹ Leymann, Heinz (1996): *The Mobbing Encyclopedia*. Disponible en: www.leymann.se

² Leymann, Heinz, *Mobbing. La persécution au travail*. Seuil, Paris 1996.



de ello resulte mengua o descrédito en su honra o fama, o atenten contra su dignidad, ocasionen malos tratos de palabra u obra, o bien, se traduzcan en una amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo de dichos afectados."

La Asociación Chilena de Seguridad señala que: *"El acoso laboral o mobbing es un fenómeno más común de lo que se cree, el cual afecta a miles de trabajadores del país. Actualmente, existe una ley que regula aquellas situaciones en las que exista hostigamiento contra una persona"*.

2. Ejecutor de los actos de acoso laboral

El acoso laboral puede ser cometido por compañeros de trabajo, jefaturas o subordinados, también por una mezcla de estos diversos actores, por ello se clasifica de la siguiente manera:

- A) **Acoso laboral horizontal:** Se da entre colegas o compañeros de trabajo y puede deberse a distintos motivos, como son envidia, celos del desempeño profesional, competencia, problemas personales, exclusión por motivos de apariencia física, pensamiento, etc.
- B) **Acoso laboral vertical ascendente:** Aquel en que el acoso laboral es cometido por un individuo o grupo de individuos que ocupan una posición inferior en la escala jerárquica a la víctima. Suele darse cuando un trabajador que ocupaba la misma jerarquía que los otros, es ascendido a un puesto de jefatura o cuando se incorpora un nuevo trabajador a un puesto de jefatura, y éste desconoce la forma de funcionamiento de la empresa o intenta aplicar nuevos métodos de estructuración.
- C) **Acoso laboral vertical descendente:** Aquel en que el acoso laboral es cometido por uno o más individuos que ocupan una posición jerárquica superior a la víctima, por ejemplo, el empleador o una jefatura.
- D) **Acoso laboral mixto:** Ocurre cuando se mezcla alguna de las categorías ya mencionadas, por ejemplo, que el acoso comience como un acoso descendente y el jefe inste a los colegas a unirse o formar parte del grupo de acosadores; o bien cuando el acoso comienza como horizontal y al enterarse la jefatura éste no interviene, produciéndose un acoso mixto.



3. Requisitos

No todas las situaciones desagradables en el trabajo conllevarán la existencia de acoso laboral, por lo que es relevante identificar sus elementos y requisitos para su configuración. En este sentido, la doctrina³ ha señalado los siguientes:

- a) **Sujeto agresor:** Como vimos en el punto anterior, este puede ser un superior, como lo sería un jefe o el empleador; compañeros de trabajo e inclusive dependientes, produciéndose también situaciones mixtas.
- b) **Conducta de agresión u hostigamiento:** Se estructura sobre la base de dos acciones que son agredir u hostigar y para definir los alcances de dichas expresiones la Dirección del Trabajo ha recurrido a la interpretación gramatical, es decir, entendiendo por ello el sentido natural y obvio de las palabras conforme a su definición del diccionario de la Real academia de la lengua española. Es así como el Dictamen N° 3519/034 de 09 de agosto de 2012 señala que debemos entenderlas en un sentido amplio y que caben en dicha expresión cuestiones tales como agresiones verbales como burlas, incitaciones a hacer algo, entre otras. Es menester además tener en consideración que la conducta puede cometerse por medios orales, escritos, gestos, etc.
- c) **Reiteración:** El comportamiento agresivo implica una suerte de persecución hacia la víctima, es decir, un acoso. Por tanto, un hecho aislado, aunque sea grave, no implicará la presencia de acoso laboral, lo cual no implica que se trate de una conducta tolerada, pudiendo sancionarse de otras maneras, por ejemplo, habitualmente, encontramos una conceptualización de "maltrato laboral", el que puede implicar una falta funcionaria. Este elemento no cuenta con una definición de temporalidad o número de actos necesarios, por lo que éste elemento quedará a criterio del fiscal a cargo del sumario o del tribunal que conozca el caso.
- d) **Resultado:** La ley señala que el acoso debe producir un resultado en la víctima, señalándose por el artículo 2 del Código del trabajo que debe producirse para ésta "menoscabo, maltrato o humillación, o bien, que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo". La Dirección del Trabajo en su Dictamen N° 3519/034, de fecha 9 de agosto de 2012 ha señalado que el maltrato, menoscabo o humillación, debe entenderse que se produce por cualquier acto que cause mengua o descrédito a su

³ En este sentido, se sigue a Caamaño Rojo, E. y a Ugarte Cataldo, J.



honra o fama o que implique maltratar de palabra o de obra, o que los hiera en su amor propio o en su dignidad, o bien los amenace o perjudique en su situación laboral.

4. Conductas constitutivas de acoso

La Dirección del trabajo, en su cartilla informativa sobre el acoso laboral o mobbing señala algunas conductas constitutivas de acoso, las cuales, no son taxativas. Es decir, podríamos pensar en otras conductas que fueran, igualmente, constitutivas de acoso laboral que no se encuentren en el presente listado.

TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO LABORAL

| | |
|--|---|
| Ataques a la víctima con medidas organizacionales | El superior restringe a un subordinado las posibilidades de hablar. Cambiar la ubicación de un trabajador separándolo de sus compañeros. Prohibir a los compañeros que hablen a un trabajador determinado. Obligar a alguien a ejecutar tareas en contra de su conciencia. Juzgar el desempeño de un trabajador de manera ofensiva. Cuestionar injustificadamente las decisiones de un trabajador. No asignar tareas a un trabajador, asignarle tareas sin sentido o asignarle tareas muy por debajo de sus capacidades. Asignar tareas degradantes a un trabajador. Asignar tareas con datos erróneos a un trabajador. |
|--|---|



| | |
|--|---|
| <p>Ataques a las relaciones sociales de la víctima con aislamiento social</p> | <p>Rehusar la comunicación con un trabajador a través de miradas y gestos, no comunicarse directamente con ella o no dirigirle la palabra.</p> <p>Tratar a un trabajador como si no existiera.</p> |
| <p>Ataques a la vida privada de la víctima</p> | <p>Criticar permanentemente la vida privada de un trabajador.</p> <p>Terror telefónico llevado a cabo por el acosador.</p> <p>Hacer parecer estúpido a un trabajador.</p> <p>Dar a entender que un trabajador tiene problemas psicológicos.</p> <p>Mofarse de las discapacidades de un trabajador.</p> <p>Imitar con burla los gestos y voces de un trabajador.</p> <p>Mofarse de la vida privada de un trabajador.</p> |

5. Procedimiento para abordar el acoso laboral en el sector privado

Existen diversos mecanismos para abordar el acoso laboral en el sector privado, los que se explicarán brevemente a continuación:

A) Denuncia ante la Inspección del Trabajo: El trabajador debe ingresar una denuncia por vulneración a derechos fundamentales en la respectiva Inspección del Trabajo, caso en el cual corresponde que se evalúe la admisibilidad de la denuncia, esto es, si cumple con ciertos requisitos para dar inicio a la investigación de los hechos, dentro de un plazo de 60 días desde ocurridos los hechos, con la finalidad de que la Inspección del Trabajo se apersone y multe en caso de resultar pertinente.



B) Denuncia ante el empleador: Si la persona que está ejerciendo el acoso laboral es un compañero de trabajo, el trabajador o trabajadora debe hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio en que trabaja, con el objeto que el empleador realice una investigación y adopte medidas eficaces para proteger su vida y salud, conforme al deber de protección dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo. Por su parte, si luego de poner en conocimiento de la empresa, no se adopta ninguna medida para dar solución a los hechos, correspondería interponer una denuncia en la respectiva Inspección del Trabajo. Es relevante que el empleador tome medidas para dar resguardo al trabajador afectado.

C) Autodespido o despido indirecto: Según el artículo 171 del Código del Trabajo si el empleador incurre en acoso laboral o sexual, el trabajador afectado podrá autodespedirse, esto es, poner término a su contrato de trabajo, como si el mismo empleador hubiese puesto término, teniendo derecho a las indemnizaciones correspondientes, como lo son los años de servicio y la indemnización sustitutiva de aviso previo, que, normalmente, al renunciar, también se renuncia a dicha indemnización. Para ello deberá probar en un juicio la causal de su autodespido, en este caso, el acoso laboral o sexual del que fue víctima. En caso que no pueda probarse la causal se entenderá que el contrato terminó por renuncia del trabajador.

D) Acción de Tutela de Derechos fundamentales: El procedimiento judicial de tutela de derechos tiene como finalidad que el trabajador pueda accionar judicialmente en contra del empleador en los casos en que se atente contra sus derechos fundamentales, incluyendo los casos de acoso laboral que sean atentatorios contra tales derechos, entre los que se encuentran el derecho a la vida y a la salud e integridad del trabajador, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; 1. El derecho a la vida privada y a la honra; 2. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de los trabajadores; 3. La libertad de conciencia de los trabajadores; 4. La libertad de opinión y de información; 5. La libre elección de trabajo y derecho a la no discriminación durante la ejecución y término del contrato de trabajo.

Este procedimiento ha posibilitado dar real eficacia a los derechos fundamentales de los trabajadores, dotando a los jueces del trabajo de las atribuciones necesarias para conocer y sancionar las lesiones de derechos fundamentales, relevando su rol de prevención al establecer que de oficio o a petición de parte, deberá resolver como primera medida, la suspensión



de los efectos del acto impugnado como violatorio de tales derechos, cuando aparezca que se trata de lesiones de especial gravedad o si pueda causar efectos irreversibles.

La sentencia que declare que existió acoso laboral que lesionó algún derecho fundamental deberá ordenar el cese inmediato de dicha conducta; determinar indemnización a favor del trabajador lesionado; e, indicar las medidas concretas que deba realizar el empleador para reparar las consecuencias de la vulneración de los derechos constitucionales.

E) Recurso de Protección: Acción de tutela contemplada en el Art. 20 de la actual Constitución Política de la República, que se concede a todas las personas que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a los derechos y garantías constitucionales indicados en la misma disposición, entre los que se encuentran el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, la protección de la vida privada y honra de la persona la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la libertad de opinión y de información, el derecho de reunirse, la libre elección de trabajo y la libre contratación y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en que pueden incidir las conductas de acoso laboral. Se trata de un procedimiento de urgencia que tiene por objeto poner fin a la situación inconstitucional que constata, restablecer el derecho vulnerado y asegurar su protección, sin que prevea posibilidad alguna de que la víctima obtenga reparación por el daño causado. Para que lo anterior proceda, la víctima deberá presentar una demanda específica para obtener reparación por los daños sufridos a consecuencia de un acoso laboral.

6. Procedimiento en el sector público

Se debe primeramente constatar la existencia de un Protocolo para la prevención, protección y sanción del acoso laboral y sexual en el establecimiento respectivo, el cual, normalmente, determinará la forma de ingreso de la denuncia y el funcionario receptor. Además, señalará cuál es el procedimiento a aplicar, el que normalmente será el sumario administrativo o investigación sumaria. En este caso, igualmente, se podrán solicitar y conferir medidas de resguardo en favor de la víctima.

Ahora bien, si no hay un procedimiento especial determinado, de conformidad a la Ley N°20.607, que incorporó la regulación y sanción del acoso laboral en la Administración Pública del Estado, se deberá investigar como una infracción funcionaria y sancionarse de acuerdo al respectivo



Estatuto, encontrándose señalado en el 84 letra m) del referido estatuto, como una prohibición.

Igualmente, se puede recurrir al ya mencionado procedimiento de Tutela de derechos fundamentales en sede laboral.

Además, se puede presentar la denuncia por acoso laboral directamente ante Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el respectivo Estatuto, dentro del plazo de diez días hábiles desde que se produzca el hecho.

En términos generales, el Órgano Fiscalizador, frente a denuncias de este tipo, se limita a ordenar a la autoridad máxima del servicio la instrucción de un sumario administrativo.

Ahora bien, si el denunciante somete el conocimiento del asunto a un Tribunal de Justicia, la Contraloría General de la República se inhibe de emitir pronunciamiento en el caso concreto.

En cuanto a los procedimientos señalados la investigación sumaria se instruirá cuando los hechos que se investigan revistan menor gravedad, dado que dentro de sus sanciones no está contemplada la destitución. Por su parte, el Sumario Administrativo podrá ordenar dicha sanción.

Ambos procedimientos buscan establecer la responsabilidad y participación del funcionario involucrado en la denuncia, a través de la realización de diligencias probatorias que permitan establecer los hechos.

Durante la tramitación del sumario administrativo, el funcionario designado como fiscal podrá suspender de funciones o destinar transitoriamente al funcionario a otra unidad, como una medida de resguardo para la víctima.

7. Sanciones

En el sector privado: El empleador puede adoptar las medidas que se contemplen en el reglamento interno e incluso puede terminar el contrato de trabajo del trabajador infractor, sin derecho a indemnización alguna (artículo 160 N° 1 letra b).

En el sector público: a) Censura; b) Multa; c) Suspensión del empleo desde treinta días a tres meses, o d) Destitución, según la gravedad de los hechos comprobados y considerando las circunstancias atenuantes y/o agravantes de su responsabilidad administrativa.



8. Posibles efectos del acoso laboral en la víctima

Según la Dirección del Trabajo⁴, los efectos dependerán del grado en que se haya cometido el acoso, como son:

Primer grado: la persona es capaz de hacer frente a los ataques de que es objeto y de mantenerse en su puesto de trabajo. Algunas personas ignoran las burlas, humillaciones y encarar a sus agresores. A pesar de esto, la víctima de acoso no puede evitar sentir desconcierto, ansiedad e irritabilidad ante lo que sucede. Hasta este momento, las relaciones personales de la víctima no suelen verse afectadas.

Segundo grado: en esta etapa es difícil que la persona pueda eludir los ataques y humillaciones de las que es objeto. En consecuencia, mantenerse en su puesto de trabajo o reincorporarse a él se hace más difícil. Algunos síntomas que se manifiestan en esta etapa son: síntomas depresivos, problemas gastrointestinales, insomnio, abuso de sustancias, conductas de evitación de toda situación relacionada con el tema. En esta fase los familiares y amigos tienden a restarle importancia a lo que está sucediendo.

Tercer grado: la reincorporación al trabajo es prácticamente imposible y los daños psicológicos que padece la víctima de acoso requieren de un tratamiento psicológico especializado. Los síntomas indicadores de esta etapa son: depresión severa, ataques de pánico, conductas agresivas, intentos de suicidio. Asimismo, la familia y amigos son conscientes de la gravedad del problema.

ACOSO SEXUAL

1. Concepto

La Organización internacional del Trabajo define el acoso sexual como un *comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre.*

Por su parte, el artículo 2 del Código del Trabajo, conceptualiza el acoso sexual como una conducta contraria a la dignidad humana, siendo definido como *“el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.*

⁴ Cartilla Informativa sobre el acoso laboral o Mobbing, Dirección del Trabajo (2007).



Es decir, son todos aquellos requerimientos de carácter sexual, que se realicen de cualquier forma y por cualquier medio, en forma indebida, por una persona en contra de otra, quien los recibe y no los consiente. Además, estas conductas deben amenazar o perjudicar la situación laboral o las oportunidades en el empleo de la víctima de acoso.

El acoso sexual, normalmente, se clasifica en:

- A) Acoso sexual coercitivo: Aquel consistente en peticiones de favores sexuales a cambio de retribución o beneficio, o bien, la sanción o pérdida de beneficios por negarse a requerimientos sexuales.
- B) Acoso sexual ambiental: Aquel en el cual no se piden favores ni se realizan amenazas, sino que consiste en la sexualización del ambiente de trabajo, no consentido por la víctima, generando un ambiente humillante, hostil e intimidatorio,

2. Quién puede realizar las conductas constitutivas de acoso sexual

El acoso, tanto sexual, puede provenir por parte del empleador, jefatura, un colega o par, o subordinados o bajo la persona acosada en el organigrama de la institución. Además, puede ser cometida por hombres, mujeres, personas intersexuales, no binarias o de otra identificación de género, de cualquier sexo u orientación sexual, hacia cualquier otro trabajador. Es decir, no se trata de una cuestión de género, sexo u orientación sexual; puede cometer acoso sexual un hombre heterosexual hacia otro hombre heterosexual, por ejemplo. Sin embargo, el acoso sexual afecta principalmente a mujeres y es cometido principalmente por hombres.

3. Vías por las que se puede cometer acoso sexual

El acoso sexual encuentra diversas expresiones para su manifestación, no limitándose a acercamientos físicos o palabras, es así que puede manifestarse verbalmente, a través de gestos, miradas lascivas, por escrito, a través de correos electrónicos y otros medios de comunicación verbal o no verbal, imágenes, invitaciones a tener encuentros fuera del lugar de trabajo, acercamientos físicos, tocaciones directas o indirectas, por ejemplo, a través de jalar la ropa, roces, espionaje de lugares privados como camarines o baños, etc. Las bromas o juegos también pueden constituir acoso sexual cuando reúnan el requisito ya previamente señalado.



4. Cómo identificar la conducta que constituye acoso sexual

En atención a la definición señalada previamente, es relevante que, para que identifiquemos el acoso sexual, debamos conceptualizar sus elementos. Al estar dichos elementos presentes, podemos afirmar que nos encontramos ante un acoso sexual.

- A) Requerimiento de carácter sexual:** Es necesario que exista un acto que tenga carácter o connotación sexual, ya que ello lo diferencia de otro tipo de conductas abusivas en el trabajo, como el acoso laboral o maltrato laboral. Este carácter o connotación puede desprenderse de, por ejemplo, comentarios o hechos relativos al cuerpo y expresamente a la sexualidad, intenciones o comentarios sexuales, no siempre siendo actos evidentes, pueden manifestarse de forma sutil.
- B) Realizado por cualquier medio:** Como se señaló, este puede manifestarse verbalmente, a través de gestos, miradas lascivas, por escrito, a través de correos electrónicos y otros medios de comunicación verbal o no verbal, imágenes, invitaciones a tener encuentros fuera del lugar de trabajo, acercamientos físicos, tocaciones directas o indirectas, por ejemplo, a través de jalar la ropa, roces, espionaje de lugares privados como camarines o baños, etc. Las bromas o juegos también pueden constituir acoso sexual cuando reúnan el requisito ya previamente señalado.
- C) Falta de consentimiento:** Para que se incurra en acoso sexual no debe haber consentimiento de parte de alguno de los involucrados, los hechos ya descritos si se producen con consentimiento de todas las partes involucradas, no constituirán acoso sexual. Para ello resulta relevante que el consentimiento sea expreso, es decir, no basta con que la víctima se quede en silencio ante el hecho requerimiento sexual, sino que se requiere su expresa afirmativa, la que debe ser libre. Es relevante considerar que la mayor parte de las víctimas de acoso sexual no manifestará una negativa, ya que la situación le puede producir shock, miedo a represalias, entre otras.
- D) Acto realizado por una única vez o de forma reiterada:** Basta que se cometa un solo hecho para que se configure el acoso sexual, a diferencia del acoso laboral.
- E) Amenaza o perjuicio del trabajo o de las oportunidades de empleo:** Los efectos pueden verse en hechos como ser despedida por no acceder a los requerimientos sexuales, no ser promovida, excluida de algún proyecto, entre otros. Igualmente, la creación de un ambiente hostil que genera efectos negativos para la víctima será una amenaza



o perjuicio en el trabajo, ya que los padecimientos psicológicos que ello causará en la víctima inciden en su desempeño laboral.⁵

F) Acto realizado con ocasión del trabajo: El hecho debe enmarcarse en las relaciones laborales, ya que ese es el ámbito de responsabilidad que tendrá la empresa en relación a los trabajadores y trabajadoras. Este ámbito, sin embargo, tiene una amplia aplicación, como son las dependencias del lugar donde se trabaja, eventos u actividades organizadas con ocasión del trabajo, conferencias, viajes de trabajo, entre otros.

5. Denuncias en el sector privado de salud

A) **Denuncia ante la Inspección del Trabajo:** El trabajador puede denunciar directamente el acoso sexual ante el referido organismo, correspondiente a la comuna en la que presta servicios. Ante ello, la Inspección del trabajo tiene 30 días para efectuar la investigación. Finalizada la investigación, la Inspección del Trabajo le comunica los resultados al empleador y de haber comprobado la existencia del acoso sexual le sugerirá adoptar medidas concretas.

B) **Denuncia ante el empleador:** La víctima de acoso sexual, debe entregar su denuncia, por escrito, a la dirección de la empresa establecimiento o servicio en que trabaja, ante lo cual el empleador, tiene dos alternativas:

- Puede optar por realizar directamente una investigación interna o, dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la denuncia.
- Derivarla a la Inspección del Trabajo, la que tiene 30 días para efectuar la investigación.

La investigación interna efectuada por el empleador debe realizarse en un plazo de 30 días, de manera reservada, garantizando el derecho a que ambas partes sean escuchadas. Una vez concluida la investigación, los resultados deben enviarse a la Inspección del Trabajo.

Es relevante que el empleador tome medidas de resguardo en favor de la víctima, como la separación de espacios.

⁵ En este sentido, se ha pronunciado la Dirección del Trabajo en su Ordinario 4354/59, 29 de octubre de 2009.



- C) **Autodespido o despido indirecto:** Según el artículo 171 del Código del Trabajo si el empleador incurre en acoso laboral o sexual, el trabajador afectado podrá autodespedirse, esto es, poner término a su contrato de trabajo, como si el mismo empleador hubiese puesto término, teniendo derecho a las indemnizaciones correspondientes, como lo son los años de servicio y la indemnización sustitutiva de aviso previo, que, normalmente, al renunciar, también se renuncia a dicha indemnización. Para ello deberá probar en un juicio la causal de su autodespido, en este caso, el acoso laboral o sexual del que fue víctima. En caso que no pueda probarse la causal se entenderá que el contrato terminó por renuncia del trabajador.
- D) **Acción de Tutela de Derechos fundamentales:** El procedimiento judicial de tutela de derechos tiene como finalidad que el trabajador pueda accionar judicialmente en contra del empleador en los casos en que se atente contra sus derechos fundamentales, incluyendo los casos de acoso sexual que sean atentatorios contra tales derechos, entre los que se encuentran el derecho a la vida y a la salud e integridad del trabajador, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; 1. El derecho a la vida privada y a la honra; 2. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de los trabajadores; 3. La libertad de conciencia de los trabajadores; 4. La libertad de opinión y de información; 5. La libre elección de trabajo y derecho a la no discriminación durante la ejecución y término del contrato de trabajo.

Este procedimiento ha posibilitado dar real eficacia a los derechos fundamentales de los trabajadores, dotando a los jueces del trabajo de las atribuciones necesarias para conocer y sancionar las lesiones de derechos fundamentales, relevando su rol de prevención al establecer que de oficio o a petición de parte, deberá resolver como primera medida, la suspensión de los efectos del acto impugnado como violatorio de tales derechos, cuando aparezca que se trata de lesiones de especial gravedad o si pueda causar efectos irreversibles.

La sentencia que declare que existió acoso sexual que lesionó algún derecho fundamental deberá ordenar el cese inmediato de dicha conducta; determinar indemnización a favor del trabajador lesionado; e, indicar las medidas concretas que deba realizar el empleador para reparar las consecuencias de la vulneración de los derechos constitucionales.



- E) **Recurso de Protección:** Acción de tutela contemplada en el Art. 20 de la actual Constitución Política de la República, que se concede a todas las personas que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a los derechos y garantías constitucionales indicados en la misma disposición, entre los que se encuentran el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, la protección de la vida privada y honra de la persona la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la libertad de opinión y de información, el derecho de reunirse, la libre elección de trabajo y la libre contratación y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en que pueden incidir las conductas de acoso laboral. Se trata de un procedimiento de urgencia que tiene por objeto poner fin a la situación inconstitucional que constata, restablecer el derecho vulnerado y asegurar su protección, sin que prevea posibilidad alguna de que la víctima obtenga reparación por el daño causado. Para que lo anterior proceda, la víctima deberá presentar una demanda específica para obtener reparación por los daños sufridos a consecuencia de un acoso sexual.

6. Denuncias en el sector público de salud

Al igual que respecto al acoso laboral, se debe primeramente constatar la existencia de un Protocolo para la prevención, protección y sanción del acoso laboral y sexual en el establecimiento respectivo, el cual, normalmente, determinará la forma de ingreso de la denuncia y el funcionario receptor. Además, señalará cuál es el procedimiento a aplicar, el que normalmente será el sumario administrativo o investigación sumaria. En este caso, igualmente, se podrán solicitar y conferir medidas de resguardo en favor de la víctima.

Ahora bien, si no hay un procedimiento especial determinado se deberá investigar como una infracción funcionaria y sancionarse de acuerdo al respectivo Estatuto.

Igualmente, se puede recurrir al ya mencionado procedimiento de Tutela de derechos fundamentales en sede laboral.

Además, se puede presentar la denuncia por acoso laboral directamente ante Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el respectivo Estatuto, dentro del plazo de diez días hábiles desde que se produzca el hecho.



En términos generales, el Órgano Fiscalizador, frente a denuncias de este tipo, se limita a ordenar a la autoridad máxima del servicio la instrucción de un sumario administrativo.

Ahora bien, si el denunciante somete el conocimiento del asunto a un Tribunal de Justicia, la Contraloría General de la República se inhibe de emitir pronunciamiento en el caso concreto.

En cuanto a los procedimientos señalados la investigación sumaria se instruirá cuando los hechos que se investigan revistan menor gravedad, dado que dentro de sus sanciones no está contemplada la destitución. Por su parte, el Sumario Administrativo podrá ordenar dicha sanción.

Ambos procedimientos buscan establecer la responsabilidad y participación del funcionario involucrado en la denuncia, a través de la realización de diligencias probatorias que permitan establecer los hechos.

Durante la tramitación del sumario administrativo, el funcionario designado como fiscal podrá suspender de funciones o destinar transitoriamente al funcionario a otra unidad, como una medida de resguardo para la víctima.

7. Sanciones

En el sector privado: Las sanciones, que deben estar contenidas en el respectivo Reglamento Interno de la empresa, pueden consistir en amonestación verbal o escrita, multa de hasta el 25% de la remuneración diaria o el despido del trabajador o trabajadora cuando se ha comprobado su condición de acosador, sin derecho a indemnización, aplicándose la causal establecida en el N° 1 letra b) del artículo 160 del Código del Trabajo, tipificada como conductas de acoso sexual.

En el sector público: a) Censura; b) Multa; c) Suspensión del empleo desde treinta días a tres meses, o d) Destitución, según la gravedad de los hechos comprobados y considerando las circunstancias atenuantes y/o agravantes de su responsabilidad administrativa.

8. Efectos del acoso sexual

Uno de los principales efectos es el abandono del trabajo, el informe de *Bar Association* del año 2019 señaló que más de un tercio de las personas que sufrieron o sufren acoso sexual abandonan su puesto de trabajo e inclusive su profesión. Paradójicamente, también puede ocurrir que se le ponga término al contrato de las víctimas.



Por otra parte, hay efectos psicológicos como sensación de humillación y vergüenza, depresión, estrés, trastornos de ansiedad y del ánimo, trastornos del sueño, pesadillas, insomnio, lo que afecta gravemente la salud física y psíquica de las víctimas.

También se pueden manifestar dolencias físicas como mayor vulnerabilidad ante enfermedades y dolores corporales.

En cuanto a la organización de la empresa o servicio, se presentan rotaciones de personal, licencias médicas extensas, afectación de la productividad y aumento de costos de contratación.

Bibliografía

- Decreto 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Constitución Política de la República de Chile
- DFL 1 del Ministerio del trabajo y previsión social, Código del Trabajo
- DFL 29 del Ministerio de Hacienda, Estatuto Administrativo
- Ley 20.005
- Ley 20.0607
- Ley 21.280
- Ley 21.369
- Instructivo presidencial sobre igualdad de oportunidades y prevención y sanción del maltrato, acoso laboral y acoso sexual en los ministerios y servicios de la administración del Estado.
- Acoso sexual, acoso moral y discriminación en contexto laboral, Walker Echenique, Elisa; Sarmiento Ramírez, Claudia; García Machmar, William, y Lagos Tschorne, Catalina (2022)
- El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales, Caamaño Rojo, Eduardo; Ugarte Cataldo, José Luis
- Cartilla informativa: El acoso laboral o Mobbing, Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo (2007)
- Tutela de Derechos Fundamentales en el contexto del derecho del trabajo, Gamonal Contreras, Sergio y Guidi Moggia, Caterina (2020)



- Informe V (1): Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, Oficina Internacional del Trabajo OIT (2018)
- Dirección del Trabajo:

<https://www.dt.gob.cl/portal/1626/w3-propertyvalue-22997.html>

<https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-80883.html>

<https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-80886.html>

<https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-80883.html>

<https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97210.html>



X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Módulo 1: La Responsabilidad Administrativa en general

Docente: Sebastián Bustos U., Abogado UDELAM

1. Ideas generales sobre la responsabilidad, y en especial, la administrativa:

a) Constitución Política de la República de Chile:

Los funcionarios públicos, se rigen primordialmente, como todos los individuos, por nuestra Constitución Política, por cuanto, el artículo 6° del mencionado Texto indica:

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

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

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

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

De esta forma, los médicos cirujanos que se incorporan a la administración del Estado, sin excepción, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Aquí se encuentra el principio de primacía o supremacía constitucional, o sea, la cualidad de Ley Suprema que singulariza a la Constitución en su forma y fondo. Por este principio, la Carta Fundamental convierte en obligatorios sus valores, principios y normas, tanto para las autoridades públicas 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.



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

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

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

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

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

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

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



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

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

2. Fundamentos de la responsabilidad administrativa:

Tanto la Constitución como la Ley establecen los principios que producen la responsabilidad, en especial las siguientes leyes:

- a) Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional Bases Generales de la Administración del Estado Aplica como norma general, consagrando el elemento de la Responsabilidad:

•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.

- b) Ley N° 15.076 Estatuto Para Los Medico-Cirujanos, Farmacéuticos O Químico Farmacéuticos, Bioquímicos Y Cirujanos Dentistas, texto refundido, coordinado y sistematizado por el DFL N°1, de 2001, del Ministerio de Salud.
- c) Ley N° 19.664 Establece Normas Especiales Para Profesionales Funcionarios Que Indica De Los Servicios De Salud Y Modifica La Ley N° 15.076.
- d) Ley 18.834, Estatuto Administrativo.
- e) Ley N° 18.883 EA para Funcionarios Municipales.

Para que la función pública o actividad que desarrolla la dotación o agentes del Estado, por una parte, no sea arbitraria y, por la otra, cumpla con las características y produzca los efectos que se han señalado, es necesario que se realice dentro de un marco preestablecido de normas, lo que origina la necesidad de que exista un cuerpo armónico de



disposiciones que en general se individualiza con el nombre genérico de Estatuto Administrativo. Dicho cuerpo de normas debe regular a lo menos los siguientes aspectos:

- a) el ingreso o reclutamiento de los funcionarios públicos,
- b) sus derechos,
- c) sus deberes,
- d) sus responsabilidades,
- e) el cese o expiración de sus funciones, y
- f) Responsabilidad Administrativa.

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

3. Quiénes pueden ser sujetos de responsabilidad administrativa:

Calidades Jurídicas del Empleo Público

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

a) Empleos permanentes

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

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



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

b) Subrogante: La subrogancia es un mecanismo de reemplazo inmediato con la finalidad de proveer la ausencia definitiva o temporal de los funcionarios que ejercen un empleo de planta, para mantener la continuidad en el servicio público.

La principal característica de la subrogancia es que opera por el solo ministerio de la ley en el momento en que el titular o el suplente no pueden ejercer sus funciones. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la subrogación, al operar por el solo ministerio de la ley y al considerar el orden jerárquico de los respectivos cargos, constituye una forma de desempeñar un empleo que, respecto de las municipalidades, sólo puede darse entre los funcionarios de planta.

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

b) Empleos transitorios:

1.- Del empleo a contrata.

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

Características principales:

- Confiere a la persona el carácter de funcionario público, para todos los efectos legales, con las salvedades que se expresarán, por lo cual da nacimiento a los derechos y obligaciones que se regulan en el Estatuto Administrativo, sin necesidad de estipulación expresa, en lo que sean procedentes.
- De esta manera, el personal a contrata tiene derecho a percibir las remuneraciones pertinentes y a hacer uso de descanso y de feriado legal, cuando corresponda, y también está afecto a las normas sobre responsabilidad administrativa, debe cumplir la jornada funcionaria y debe ser calificado.



- Pueden existir empleos a contrata por jornada parcial y, en tal caso, la correspondiente remuneración será proporcional a dicha jornada.
- Es de carácter transitorio, es decir, es un empleo temporal. Esto importa que los funcionarios a contrata no gozan de estabilidad en el empleo, en los términos en que este derecho se reconoce a los funcionarios de planta.
- Los empleos a contrata se extienden, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año, sin perjuicio de su renovación sucesiva, en iguales o diferentes condiciones. La fecha indicada es un límite máximo, por lo que nada impide contrataciones por tiempos menores o hasta una data anterior al 31 de diciembre del año respectivo. Debe precisarse que no existe el derecho a la renovación o prórroga de la contrata, y basta el sólo hecho de no disponerse su renovación, para que el vínculo estatutario cese de pleno derecho en la fecha de término estipulada.
- En todo caso, los funcionarios a contrata deben ser calificados y pueden participar en actividades de capacitación.

2.- Contrato a Honorarios

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

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

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto".

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



3.1. Caso de los profesionales contratados a honorarios:

Empleado a honorario: El art. 11 del Estatuto Administrativo contempla la posibilidad de contratar sobre la base de honorarios, sin que exista contrato de trabajo de por medio con la Administración del Estado, a profesionales y técnicos de educación superior o a expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Dichas personas se rigen por las normas de su respectivo contrato y no le serán aplicables las disposiciones de este Estatuto Administrativo.

Del mismo modo se podrán contratar, sobre la base de honorarios a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se quiera, o a la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales

Los contratos a honorarios se rigen por las reglas de “servicios inmateriales Título 26 Libro IV CC” Todo lo que sea trabajar por boleta, la ley que lo rige es el CC.

- Los Tribunales del trabajo no tienen competencia para ver los conflictos derivados de esta relación, ya que implicaría trabajo autónomo.
- Los beneficios del contrato a honorario son los que pactan las partes, no lo que dice el CT.
- Está pensado para obras inmateriales, o aquellas en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra. Por ejemplo, asesorías, dar un curso, diseñar una obra, hacer un plano de arquitectura, etc.
- Se entiende que son sujetos en igualdad de condiciones y por tanto no se necesita de la protección del Estado (hay una relación entre trabajador y empleador).

Se ha discutido si las normas sobre responsabilidad les son aplicables. En primer término, huelga señalar que el artículo 4° del Estatuto Municipal señala expresamente que las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto. Por su parte, el artículo 11° del Estatuto Administrativo General, tiene una regla de similar tenor. Entonces, ello, nos lleva a pensar que como no se les aplican las normas del Estatuto, tampoco el régimen sancionatorio establecido en el mismo ni los derechos y deberes u obligaciones que se han fijado para los demás empleados públicos.

Sobre el particular, la Contraloría General ha establecido que las tareas cumplidas a honorarios, constituyen una modalidad de prestación de servicios particulares de la administración, que no confiere a quien los efectúa, la calidad de funcionario público, o sea en el desempeño de esas



funciones, a los contratados no les son aplicables las normas estatutarias que rigen la labor de esos funcionarios. Atendido lo anterior, solamente serán aplicables a estas convenciones, las normas contenidas en el respectivo contrato, así como la normativa del Título XXIX, Libro IV del Código Civil, relativas al mandato.

De acuerdo a lo anterior, ha establecido la Contraloría, en su jurisprudencia administrativa que, “en la medida que los contratados a honorarios no son funcionarios públicos, la responsabilidad por los actos cometidos en su desempeño sólo puede perseguirse ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de la rendición de cuentas a que pudieren encontrarse afectos, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes de la ley 10.336. Además, de todas formas están sujetos a las normas que consagran los principios de probidad administrativa, dado su carácter de servidores estatales, de manera que les es aplicable el Título III, De La Probidad administrativa, de la Ley 18.575.

También la Dirección del Trabajo ha establecido que, no puede iniciarse sumario administrativo en contra de un trabajador contratado a honorarios en el sistema de salud primaria municipal, porque en esa condición no tiene la calidad de funcionario que se requiere para que se pueda establecer la responsabilidad administrativa.

Ahora bien, sí se les aplica lo de la probidad administrativa y, en ese caso, nos queda preguntarnos cuál es el procedimiento aplicable para perseguir la responsabilidad en ese aspecto, habida consideración de que no les son aplicables las normas del Estatuto respectivo. En tal sentido, debe aplicarse lo previsto en el párrafo 4° del Título III de la ley 18.575, sobre responsabilidad y sanciones. De todas formas, veremos este procedimiento más adelante.

3.2. Becarios:

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

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 507, de 1990, que establece el Reglamento de Becarios de la ley N° 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud, se establece que el becario es el profesional que goza de una beca de especialización o perfeccionamiento, en cumplimiento del programa respectivo, en algún establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud de las Universidades.



Por su parte, se indica en la misma disposición que la beca no constituye cargo o empleo, por lo cual, no son aplicables a los becarios las disposiciones de la ley N° 18.834 de 1989, las contenidas en la ley N° 15.076, salvo en su artículo 43, y las que expresamente se señalan en este reglamento.

Como consecuencia de ello, estos profesionales sólo se registrarán por las normas de su propio Estatuto de Becarios.

3.3. Sujetos al Código del Trabajo:

Artículo 1° CT: “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”.

Se excluye del Código del Trabajo a:

Inciso 2°: “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, 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”;

El inciso segundo del artículo 1° del citado código señala que no se aplicará a los funcionarios del sector público cuando se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. De esta manera, se excluye por razones de especialidad a los funcionarios públicos correspondiendo a sus estatutos especiales contener la regulación que los rige:

- Los funcionarios de la Administración del Estado están regidos por el estatuto administrativo 18.834. Mientras que a los funcionarios municipales se les aplica la ley 18.883.

¿Por qué se deja fuera al Sector Público?

Porque es un tipo de relación que tiene una persona con el Estado, que se encuentra regida por una ley especial como es el Estatuto Administrativo, que establece las escalas o categorías funcionarias y remuneracionales, las modalidades de permanencia y la transitoriedad de sus servicios según sea el caso, además de las normas especiales sobre expiración de las funciones y cargos contratados.

En efecto, los funcionarios públicos son una categoría de trabajadores -empleados públicos- sujetos a una especial relación con su empleador, paralela al régimen ordinario del Código del Trabajo, de carácter estatutario



(se encuentran en un escalafón determinado con un sueldo establecido), puesto que el vínculo que los liga con el Estado es de Derecho Público cuyo origen directo es la ley, que preestablece sus derechos y obligaciones o deberes, y no una convención celebrada como si se tratara de partes contratantes (son relaciones de adhesión, no son contratos con “acuerdos de voluntades”, aunque como personas sean trabajadores y tengan la misma rutina). De esta forma, los servicios del “trabajador funcionario” estarán condicionados por los fines del Estado y sus organismos, razón por la cual la normativa estatutaria tiende a regular la vinculación funcionaria más por el interés general que por el particular del prestador de los servicios.

En consecuencia, la aplicación del Código del Trabajo será solo supletoria, esto es, reducida a aquellos ámbitos no regulados por la normativa estatutaria, como lo establece el inciso tercero del artículo 1 del Código citado y únicamente en el caso de no resultar contrarias o incompatibles con ésta.

Dentro de estas materias podemos encontrar por ejemplo las normas de protección a la maternidad, contenidas entre los artículos 194 y 208 del Código del Trabajo, cuyo campo de aplicación es más amplio según dispone el artículo 194 del Código del Trabajo y por otro lado las materias relativas a acción de tutela de derechos fundamentales, en cuanto ahora es aplicable a los funcionarios de la administración del Estado.

REGLAMENTO INTERNO DE ORDEN, HIGIENE Y SEGURIDAD:

En el desarrollo de la vida normal de una empresa existen muchas particularidades que es imposible sean previstas en una ley y, ni siquiera, en un código especializado. A fin de uniformar esas bases de funcionamiento se exige la dictación de un reglamento interno, que viene a detallar la forma en que se desarrollarán las relaciones laborales que emanan de los contratos de trabajo.

Este se encuentra regulado en entre los artículos 153 y 157 del Código el Trabajo, y se puede definir a partir del mencionado 153 como aquel conjunto de reglas que deben confeccionar y dictar obligatoriamente las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, con el objeto de regular la conducta de sus trabajadores, debiendo contener las obligaciones y prohibiciones a que deban sujetarse en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento. A su vez, el inciso segundo del artículo 153 indica que “especialmente deben estipularse



las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores." Podemos decir entonces que es una especie de ley que rige a la empresa.

Es una fuente del derecho que emana como expresión de la potestad de mando del empleador. En él, el empleador establece aquellas condiciones básicas para el correcto desarrollo de la prestación de servicios contratada que por tanto obliga a todos los trabajadores que se desempeñan en esa empresa. El reglamento interno es una gran herramienta para el empleador en cuanto le permite fijar condiciones del trabajo, políticas de manejo de información, ciertas prohibiciones, etc.

El Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, permite al empleador mantener la disciplina y el orden dentro de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad es Poder Disciplinario. Tiene por objeto mantener el orden de los trabajadores al interior de la organización y se dirige a la corrección de las conductas contrarias a la disciplina laboral. Para este efecto, el Código del Trabajo permite que el empleador establezca un régimen de sanciones aplicables a los trabajadores en caso de infracciones a sus obligaciones laborales y de un procedimiento que haga posible determinar responsabilidades y aplicar tales castigos, materializado con el establecimiento del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (Art. 153 y 154 n° 10 y 11 del CdT, que establecen las sanciones aplicables a los trabajadores por incumplimientos contractuales y el procedimiento para determinarlas).

Toda medida de control que se implemente en la empresa debe:

- (a) Estar establecida en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad;
- (b) Efectuarse por medios idóneos, acorde con la naturaleza de la relación laboral;
- (c) Ser de aplicación general, garantizar la impersonalidad de la medida y respetar la dignidad del trabajador.

Por la otra parte, abarca la obligación del trabajador de obedecer a las instrucciones del empleador, es decir, el deber de obediencia, que es la contrapartida de la facultad de mando del empleador. El deber de obediencia no es la consecuencia de una superioridad del empleador, ni de que éste sea el propietario de la empresa, sino de la necesidad de organizar el trabajo, de que se logren los fines de la empresa y de que haya una conducción responsable en las labores.



Este deber supone la obligación del trabajador de:

- a) Acatar la disciplina interna del establecimiento;
- b) Respetar las normas del Reglamento Interno;
- c) Cumplir con las órdenes concretas que imparte el empleador, por sí o por medio de sus delegados.

Sanciones que puede contener el Reglamento:

Primeramente, no puede contener causales de terminación (ya que el empleador sólo puede invocar las establecidas en la ley). Sin embargo, ante los incumplimientos del reglamento se aplicarán las sanciones de amonestación verbal o escrita (censura) y multa de hasta el 25% de la remuneración diaria del trabajador. La aplicación de las multas podrá reclamarse ante la Inspección del Trabajo que corresponda. Las multas serán destinadas a incrementar los fondos de bienestar que la empresa respectiva tenga para los trabajadores o de los servicios de bienestar social de las organizaciones sindicales cuyos afiliados laboren en la empresa. A falta de esos fondos o entidades, el producto de las multas pasará al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, y se le entregará tan pronto como hayan sido aplicadas.

Si se acumulan muchas faltas al reglamento interno, si puede derivar en incumplimiento grave del contrato, concluyendo el contrato.

En tal sentido, lo que varía respecto de éstos y los sujetos al EA, son las sanciones que pueden serles aplicadas, a saber, terminación de sus contratos de trabajo, por alguna de las causales establecidas en el artículo 160 del Código del Trabajo, que deberán establecerse mediante una breve investigación y, respecto de aquellas sanciones que no revisten gravedad, sólo podrá sancionárseles con alguna de las medidas disciplinarias contempladas en el numeral 10 del artículo 154 del Código del Trabajo, esto es, amonestación verbal o escrita y multa de hasta 25 por ciento de la remuneración diaria, en la medida que estén contempladas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad del respectivo Servicio. De esa manera, si la institución respectiva no cuenta con el Reglamento Interno, no podrá aplicarse otra medida sancionatoria que no sea el término del contrato de trabajo o sobreseer.

3.4 EL AGENTE PÚBLICO: La ley de Presupuestos contempla en glosa una modalidad de contratación de honorarios con características propias (independiente de las normas sobre contratación a honorarios que se



contempla en el Estatuto Administrativo), que permite contratar, sobre dicha base, a personas con el carácter de agentes públicos. Estas personas, deben ser consideradas—ha señalado la Contraloría General de la República—como funcionarios públicos, fundamentalmente, para efectos de la responsabilidad administrativa, quienes, a lo referente a sus derechos y obligaciones, se encuentran sometidos, además, al contrato que han suscrito con la administración.

4. La Garantía Constitucional de un procedimiento racional y justo:

En este sentido cabe hacer presente que, en materia de sanciones y procedimientos administrativos, tiene plena aplicación los principios y la garantía del debido procedimiento contemplado en el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República. En efecto, el artículo 19 N° 3° señala expresamente que: “la Constitución asegura a todas las personas: la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.” Añade la norma que “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...)” Además, garantiza en su inciso sexto del artículo 19 n° 3, que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías siempre las garantías de un procedimiento y de una investigación racionales y justos.”

Estas garantías son plenamente aplicables al presente sumario administrativo.

En este punto esta conteste tanto la doctrina como la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de Chile.

En el primer aspecto, el profesor de Derecho Constitucional José Luis Cea Egaña, en su obra Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, de Enero del año 2004, página 157, señala que: “Comentando la norma, útil es realzar que la palabra sentencia debe entenderse en un sentido amplio, sinónimo de toda resolución judicial que se dicte en un procedimiento racional ceñido a un proceso justo. Esto se aplica no sólo a un tribunal del Estado sino a cualquier órgano que ejerza jurisdicción, vgr, en la Administración Pública. Es decir, sin que interese quien sea la persona, individuo u órgano, trátase o no de un tribunal en sentido estricto, tiene que guardar el Debido Procedo cuando, de alguna manera, tenga autoridad para decidir sobre el prójimo, su honor o sus bienes. De manera que, en concreto, el superintendente de una institución pública de



fiscalización, el superior jerárquico que instruye un sumario, el tribunal de un partido político, la junta calificadora de accionistas en una sociedad anónima, la comisión calificadora de votantes en una elección estudiantil, un juez árbitro, la directiva de un sindicato, etc. deben cumplir lo escrito”.

En el mismo sentido se pronuncia el profesor Eduardo Cordero Quinzacara, quien en su artículo titulado “El debido Procedimiento Sancionador y el Derecho a Defensa” señala en relación al procedimiento administrativo sancionador que: “Pero, además, el procedimiento constituye el mecanismo a través del cual se hacen efectivas un conjunto de garantías respecto de las personas que son objeto de alguna imputación y eventual sanción por parte de la autoridad administrativa. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, quien ha ampliado las garantías de un racional y justo procedimiento no sólo a aquellas actuaciones de naturaleza jurisdiccional, sino también administrativa: “[..] los principios del artículo 19 n° 3 de la Constitución en la amplitud y generalidad ya realzada, se aplican, en lo concerniere al fondo o sustancia de toda diligencia, tramite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 n° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además, y de los mismos racionamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional [..]”. Lo citado corresponde a la Sentencia del Tribunal Constitucional STC Rol 437, considerando 17°

De este modo, no es de extrañar que el procedimiento administrativo en materia sancionadora cumpla una doble función. Por una parte, es garantía del interés general que supone el ejercicio de todo poder público y, por otra, es una garantía de los derechos individuales de los particulares que pueden hacer efectivo a través del mismo. Como bien sostenía Fernando Garrido Falla, el procedimiento administrativo es consecuencia de las cada vez más fuertes exigencias del Estado de Derecho, que tienden a una mayor juridización del actuar administrativo, y es con esta juridización del procedimiento con la que se persigue un doble objetivo: la garantía de los derechos e intereses de los particulares y la garantía del interés público, asegurando un mayor acierto y eficacia en la resolución administrativa.

De esta forma, el procedimiento administrativo previo constituye una exigencia constitucional para el ejercicio del poder público, más aun tratándose de los poderes punitivos del Estado, en donde confluyen los



interés generales y la garantía y protección de los derechos individuales de toda persona”.

De ésta forma los procedimientos sancionadores, están claramente establecidos tanto en el Estatuto Administrativo para funcionarios públicos como para funcionarios municipales y abarcan al menos 15 artículos que regulan su proceder, (responsabilidad, sanciones y procedimientos de las investigaciones sumarias y sumarios administrativos) los que deben armonizarse con los principios consagrados en la Ley 19.880 y la Constitución Política de la República.

5. Los principios que rigen la materia:

5.1. Principio de legalidad: Es aquel según el cual todas las infracciones así como sus correspondientes sanciones deben estar necesariamente establecidas por la ley, según el aforismo *nulla poena sine lege*. De lo cual se deriva que ningún Reglamento puede establecer sanciones las que deben efectuarse por normativa de rango legal. Lo que si puede ocurrir es la colaboración reglamentaria, lo que significa que el núcleo esencial de la conducta sancionada debe estar establecida o contenida en la ley que ciertas características accesorias de la infracción pueden estar determinadas en el reglamento.

Este principio tiene su fundamento originario en el principio democrático, según el cual el *ius puniendi* del Estado solo puede ejercerse en la medida en que ha sido aprobado por los ciudadanos a quienes va a afectar. Lo que ocurre mediante la ley, en cuanto a declaración de la voluntad soberana del pueblo.

También se busca controlar la arbitrariedad , ya que las normas jurídicas que contemplan sanciones administrativas deben tener alcance general y no pueden ser creadas *ex post* para un caso concreto, de forma que exista una “predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes”.

Y el bien jurídico protegido es el conocimiento anticipado que deben tener los ciudadanos o los funcionarios públicos sobre las consecuencias de sus actos.



5.2. Principio de tipicidad: en directa relación con el principio anterior, el principio de tipicidad se refiere a que la conducta o “hecho típico” sancionado por el legislador debe estar descrito o especificado de manera clara en la Ley, sin lugar para las descripciones vagas imprecisas o genéricas.

En el derecho Administrativo están consagrado en los Estatutos Administrativos que establecen los deberes, prohibiciones y obligaciones administrativas.

Estos dos principios tienen consagración constitucional en su artículo 19 N° 3 inciso final al señalar: “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

5.3. Principio in dubio pro reo: La jurisprudencia administrativa ha establecido que este principio que rige en materia penal opera igualmente en el campo disciplinario. Así, “En virtud del principio de la irretroactividad de las normas legales y muy especialmente de las sancionadoras, deberán imponerse al infractor aquellas medidas disciplinarias que se encontraban establecidas al momento de cometerse la falta investigada, a menos que ésta eventualmente, tuviere asignada una sanción menor en una nueva legislación, en cuyo caso, y salvo texto expreso en contrario, corresponderá aplicar precisamente esta última medida” (Dictámenes N° 45.905 de 1976; 33.127 de 1982; 20.991 de 1984 y 20.991 de 2000).

5.4. La culpabilidad: También llamado por algunos autores como principio de responsabilidad, que hace relación a que para que proceda la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetiva (con la comprobación de culpa o dolo por el infractor) así como criterios de imputación similares a los del derecho penal, como la capacidad y la ausencia de circunstancias eximentes de responsabilidad.

Nuestra constitución no lo contempla expresamente, sino que establece, en el inciso séptimo del artículo 19 N° 3 que: “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

El fundamento de éste principio es intentar evitar la aplicación por parte de la Administración, de un régimen de responsabilidad objetiva, lo cual limitaría severamente la capacidad de defensa del administrado frente al Ius Puniendi.

Esto se debe relacionar directamente con los deberes y obligaciones funcionariales que son las exigencias típicas y objetivas de cuidado que se establecen, a fin de cautelar la gestión de intereses generales, que los



colocan en determinados estándares de diligencia cuya inobservancia a la aplicación de sanciones administrativas.

5.5. Principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso: se refiere a que debe existir una relación de razonabilidad entre el hecho sancionado por la Administración y la cuantía o gravedad de la sanción que ésta deba aplicar.

Lo que se traduce en que:

- a) el legislador de establecer o clasificar claramente las categorías de infracciones según su gravedad;
- b) obliga a la Administración a utilizar criterios claros de atenuación agravamiento de la responsabilidad para determinar la cuantía exacta de la sanción.

Esto se traduce en que el citado principio impide la arbitrariedad en la fijación de qué sanción se debe aplicar y cual es la intensidad procedente.

Algunos factores utilizados por el legislador para que la Administración pondere la cuantía de la infracción son:

- *la reiteración de la conducta o reincidencia.
- *el resultado de daño o peligro.
- *el número o proporción de personas afectadas.
- *el beneficio económico obtenido por el infractor.
- * la intencionalidad.
- *el grado de participación.
- *la capacidad económica.
- *la buena fe del infractor.

De este modo la administración debe especificar en el acto administrativo sancionatorio cuáles elementos o criterios ha utilizado para determinar la cuantía de la sanción. La no aplicación de estas directrices significa que el acto puede ser considerado como arbitrario.

Lo que se traduce en que al aplicarse la sanción, debe existir la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.



XI. TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

Módulo 1: Terminación de la relación funcional

Docente: Gabriel Nieto M., Abogado Jefe UDELAM

En el Estatuto Administrativo encontramos varias causales para poner término al ejercicio de un cargo público. Estas se encuentran específicamente reguladas en el artículo 146 del mencionado cuerpo normativo. Así, tenemos que un funcionario puede cesar en el cargo en las siguientes situaciones:

- a) Aceptación de renuncia;
- b) Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo;
- c) Declaración de vacancia;
- d) Destitución;
- e) Supresión del empleo;
- f) Término del período legal por el cual se es asignado, y
- g) Fallecimiento.

La generación de cualquiera de estas causales tiene algunos efectos prácticos, pues el servidor que cesa en sus funciones por alguna de ellas, extingue los efectos de todos los actos administrativos dispuestos en relación con ese vínculo estatutario, por lo que el reintegro al respectivo servicio o la reincorporación a la Administración del Estado, implica el comienzo de una nueva relación jurídica, no procediendo el pago de un beneficio que se percibía con anterioridad.

A continuación, veremos una a una estas causales de término de los cargos públicos:



A. La Renuncia

La renuncia es definida en el artículo 147 del Estatuto Administrativo, entendiéndose por tal “el acto en virtud del cual el funcionario manifiesta a la autoridad que lo nombró la voluntad de hacer dejación de su cargo”.

En cuanto a la forma de proceder con esta decisión, la ley indica que debe ser presentado por escrito. Para que esta produzca efectos, requiere tanto la manifestación de voluntad del empleado de abandonar el cargo, como también la aceptación por parte de la autoridad competente. Al respecto, ocurre una situación particular con los cargos de exclusiva confianza, pues en estos casos, la remoción se hará efectiva por medio de la petición de renuncia que formulará el Presidente de la república o la autoridad llamada a efectuar el nombramiento, lo que no impide que se ejerzan las demás causales de cese de funciones, como la renuncia voluntaria.

La importancia de tener la aceptación de la renuncia por parte de la autoridad competente, radica en el hecho de que un dimisionario está impedido de alejarse de sus funciones mientras no se produzca tal aceptación, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad administrativa por abandono de funciones.

Ahora bien, en la práctica puede ocurrir que el funcionario indique una fecha a partir de la cual comenzará a regir la decisión, sin embargo, la autoridad administrativa puede aprobarla en esos términos o bien a contar de la total tramitación del documento respectivo. Esto implica que la indicación de una fecha por parte del funcionario, no quiere decir que necesariamente sea esa data a partir de la cual operará esta causal de término de funciones, pues para que ello sea preciso, se requiere, además, la aceptación de la autoridad. Si esto no ocurre, la renuncia producirá efectos a contar de la total tramitación del acto administrativo respectivo.

Por su parte, puede darse que el funcionario se desista de la renuncia presentada. Para esto, debe hacerlo con anterioridad a la fecha en que la renuncia debe producir sus efectos y siempre que el interesado no haya abandonado el servicio. Asimismo, puede proceder un desistimiento aún después de dictarse el acto administrativo que la acepta, pero sólo hasta antes que se le notifique la toma de razón de este. De lo anterior, se desprende que no puede atribuírsele eficacia al desistimiento en caso que el empleado haya indicado una fecha determinada para alejarse, la



autoridad la haya aceptado en esas condiciones y el interesado hubiere abandonado efectivamente el servicio con anterioridad a la total tramitación del acto administrativo que la acepta.

Por último, la ley entrega la facultad a la autoridad para retener la renuncia cuando el funcionario interesado se encontrare sometido a un sumario administrativo del cual emanen antecedentes serios de que pueda ser alejado de la institución por una eventual destitución. En este caso, la ley indica que la aceptación de la renuncia no podrá retenerse por un lapso superior a 30 días contados desde su presentación, aun cuando no se hubiere resuelto sobre la aplicación de la medida disciplinaria.

B. La Obtención De Jubilación, Pensión O Renta Vitalicia En Relación Al Cargo Público

En esta causal de cesación en el cargo público, los servidores que obtengan el beneficio de jubilación deben expirar en funciones desde la fecha en que adquieren la calidad de pensionados, siendo el acto administrativo que se dicte al respecto meramente declarativo, pues está destinado solo a precisar la data en la cual se produjo la desvinculación con el servicio.

Por su parte, se ha indicado por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que el otorgamiento de una pensión antes de reunir los requisitos de edad establecidos en el decreto ley N° 3.500, de 1980, hace aplicable la causal de cese de funciones prevista en los artículos 146, letra b) y 149 de la ley N° 18.834, preceptos que no distinguen respecto de la naturaleza de la pensión que se concede dentro del sistema de pensiones que regula dicho decreto ley.

C. La Declaración De Vacancia

El artículo 150 del Estatuto Administrativo se refiere a la declaración de vacancia, indicando que aplica por las siguientes causales:

- a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo;
- b) Pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos de ingreso a la Administración del Estado;



- c) Calificación del funcionario en lista de Eliminación o Condicional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50, y
- d) Por no presentación de la renuncia, según lo señalado en el artículo 148, inciso final.

Respecto a la salud irrecuperable se ha señalado que esta opera como causal específica de cesación de funciones. Se distingue con el cese de funciones por jubilación, pensión o renta vitalicia, porque esta supone un acto voluntario destinado a la obtención de beneficios previsionales, lo cual no ocurre en el procedimiento de término de los servicios que culmina con el otorgamiento de una pensión por salud irrecuperable.

Si se declara irrecuperable la salud del funcionario, éste debe retirarse de la Administración dentro del plazo de 6 meses, contado desde la fecha en que se le notifique la resolución por la cual se declare su irrecuperabilidad. Si cumplido este tiempo el empleado no se retirare, procederá la declaración de vacancia del cargo. Esta figura implica que el funcionario no estará obligado a trabajar y gozará de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo.

La declaración de vacancia por salud incompatible es una potestad discrecional de la autoridad, que puede ser aplicada en el caso que un funcionario haya hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a 6 meses en los últimos 2 años, sin mediar declaración de salud irrecuperable. Sin perjuicio de ello, el uso de esta prerrogativa requiere que previamente se pida informe a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez respectiva, para que evalúe al funcionario respecto de la condición de irrecuperabilidad de su salud y que esta situación le impide ejercer el cargo.

Al respecto, el uso de licencia médica en estas condiciones, debe cumplirse dentro del plazo de los 2 años contados hacia atrás desde la data de emisión del documento que disponga el cese de funciones por salud incompatible o vacancia del cargo por ese motivo.

Por su parte, no se considerará para el cómputo de los 6 meses, las licencias que tengan relación con accidentes en actos de servicio y las que tienen como causa una enfermedad profesional. En estos casos aquellas deben



excluirse del cómputo a que se refiere el artículo 151 del Estatuto Administrativo para declarar vacante el empleo por salud incompatible. Lo mismo ocurre con aquellas normas relativas al fuero maternal. En definitiva, esta excepción alude a las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 115 del Estatuto Administrativo y al Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.

En cuanto a la declaración de vacancia por calificación insuficiente, esta surtirá efectos desde el día siguiente al vencimiento del plazo dentro del cual el empleado debe retirarse del servicio, por lo que este pierde, a partir de esa fecha, su calidad de funcionario y no puede continuar percibiendo las rentas asignadas al empleo, aunque la medida disponga y notifique en una época posterior.

A su vez, en cuanto a la declaración de vacancia por no presentación de la renuncia, dicha hipótesis dice relación con lo contemplado en el inciso final del artículo 148 del Estatuto Administrativa, que da un plazo de 48 horas para presentar aquella, a los funcionarios de exclusiva confianza. Si esto no se cumple dentro del plazo indicado, se declarará vacante el cargo.

D. La Destitución

Esta causal de término de cargos públicos dice relación con la sanción administrativa de mayor gravedad que puede aplicarse a un funcionario al momento de ser sometido a un sumario administrativo. Consiste en una decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario. La ley indica que sólo aplica cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, indicándose casos en que esta situación se configura:

- a. Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada.
- b. Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 del Estatuto.
- c. Condena por crimen o simple delito, y



- d. Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.
- e. En los demás casos contemplados en el Estatuto o en leyes especiales.

E. Supresión Del Empleo

La supresión de un cargo o empleo es una facultad privativa conferida por la ley a determinadas autoridades administrativas, sin condicionar su ejercicio a la concurrencia de determinados supuestos o causales, correspondiendo a aquellas ponderar las circunstancias que aconsejan su adopción. Se aplica a situaciones en donde se ordenen reestructuraciones o fusiones, por las cuales los funcionarios de planta cesan en sus cargos a consecuencia de no ser encasillados en las nuevas plantas.

La situación descrita da derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de 6. Para el cálculo de esta, debe considerarse cada año de servicio en la institución respectiva, sin distinguir si ellos se desempeñaron o no en forma continua, siendo útil para ese fin todo el tiempo servido.

F. Término Del Período Legal Por El Cual Se Es Contratado

Llegado la fecha en que termina el período legal por el cual es nombrado el funcionario, o el cumplimiento del plazo por el cual se es contratado, se produce la inmediata cesación de sus funciones.

Esta situación es la que ocurre comúnmente con las contrataciones, 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, entendiéndose 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 explicita los fundamentos que avalan tal decisión.

SITUACIÓN EN OTRAS NORMATIVAS APLICABLES A LOS MÉDICOS.

Encontramos una regulación similar en la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, en donde su artículo 48 dispone las causales para poner término a las funciones en una dotación municipal, a saber:

- a) Renuncia voluntaria;
- b) Falta a la probidad, conducta inmoral o incumplimiento grave de las obligaciones funcionarias, establecidos fehacientemente por medio de un sumario;
- c) Vencimiento del plazo del contrato;
- d) Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación con la función que desempeñen en un establecimiento municipal de atención primaria de salud;
- e) Fallecimiento;
- f) Calificación en lista de Eliminación o, en su caso, en lista Condicional, por dos períodos consecutivos o tres acumulados;
- g) Salud irrecuperable, o incompatible con el desempeño de su cargo, en conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.883.
- h) Estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o hallarse condenado por crimen o simple delito, con sentencia ejecutoriada, e
- i) Disminución o modificación de la dotación, según lo dispuesto en el artículo 11 de esta ley.

EL TÉRMINO DE LA CONTRATA

Los funcionarios a contrata se rigen principalmente por el Estatuto Administrativo Ley 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL del 29 del año 2004, del Ministerio de Hacienda.



Unos regímenes similares tienen los funcionarios municipales, los que se rigen por la Ley N° 18.883 que aprueba el estatuto administrativo para los funcionarios Municipales.

En el presente apartado, se abordará los términos de contrata de funcionarios públicos regidos principalmente por el Estatuto Administrativo, sin perjuicio, de que muchos profesionales médicos se rigen por normativas especiales, desempeñando cargos que se definen de maneras determinadas, pero que en la práctica se trata de cargos de carácter transitorio que terminan por el sólo ministerio de La Ley cada 31 de diciembre de cada año, y que requieren para su renovación una resolución de renovación. Este tipo de cargos siguen la misma lógica que los cargos a contrata definidos por el artículo 10 de la ley 18.834 Estatuto Administrativo. En consecuencia, al momento de judicializar peticiones de respecto de ese tipo de cargos, suelen tratarse como una forma de contrata, independiente del nombre o regulación específica que posean. A modo de ejemplo los cargos C.P.R., o contratados por resolución de Carabines de Carabineros.

En todo caso, cabe señalar que independiente de la norma específica que rija al funcionario público, el Estatuto Administrativo, en principio, tiene un carácter supletorio general del ejercicio de la función pública.

1. Naturaleza Jurídica Y Características Del Empleo A Contrata

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

La naturaleza jurídica del vínculo de los empleos a contrata es un vínculo estatuario de derecho público, esto significa que, como servidores públicos, se sujetan al bloque de normas de derecho público preestablecido, el cual es objetivo, impersonal y unilateralmente establecido por el Estado. En este sentido, la persona que ingresa a la administración del Estado, no tiene facultad de negociación de las condiciones de su contrata, la cual sólo se formaliza a través de un acto administrativo.



Los cargos a contrata, al igual que las plantas, poseen causales de cesación de funciones conforme al artículo 146 del Estatuto Administrativo, el que señala que el funcionario cesara en funciones por; 1) aceptación de renuncia; 2) obtención de jubilación, pensión vitalicia en régimen previsional, en relación al respectivo cargo público; 3) declaración de vacante; 4) Destitución; 5) supresión del empleo; 6) término del periodo legal por el cual se es designado; y 7) fallecimiento.

El acto administrativo que resuelve la no renovación de una contrata, o que resuelve su término anticipado, tiene diversos fundamentos, pero generalmente este se basa en término del periodo legal por el cual se es designado, supresión del empleo, esto en base a argumentaciones de supuestas reestructuraciones internas de los servicios u organismos públicos que han llevado a la supresión del empleo, o la absorción de funciones ejercidas por el cargo a contrata por uno de planta.

Los argumentos para fundamentar el término de la contrata son tan múltiples como funcionarios desvinculados cada año de los servicios públicos a lo largo de país. Lo cierto, es que todos estos actos administrativos que resuelven la no renovación de una contrata, o su término anticipado, tienen su fundamento en el carácter esencialmente transitorio que el estatuto administrativo les otorga, esto es, artículo 3 letra c), y artículo 10 del Estatuto Administrativo, que facultan legalmente a la autoridad administrativa a terminar el vínculo funcionario cuando ya no sean necesarios los servicios.

En el presente apartado abordaremos, principalmente, la causal de término del periodo legal por el cual es designado el funcionario, que es la invocada por los órganos de la administración del Estado para terminar la contrata de un funcionario público los días 31 de diciembre de cada año, mediante un acto administrativo, generalmente denominado Resolución Exenta N°xxx-xxx, que resuelve *“la no renovación de contrata”*.

También abordaremos, el término anticipado de contrata por supresión del empleo, o a través de la invocación de causales creadas a través de la construcción jurisprudencial contenida en los Dictamen N°85.000 y N°6.400 de Contraloría General de la República.



2. Término De La Contrata Invocando Causal De Finalización Del Periodo Legal Por El Cual Es Designado El Funcionario

El artículo 3, letra c), de la Ley 18.834, Estatuto Administrativo, define los empleos a contrata como *“aquellos de carácter transitorio que se consultan en la Dotación del personal”*. El mismo texto legal en su artículo 10 señala *“que los empleos a contrata duraran hasta el 31 de diciembre de cada año, y quienes los sirvan expiraran en sus funciones en esa fecha por el sólo Ministerio de la Ley”*.

Luego, el artículo 146 del mismo cuerpo legal contempla entre las causales de cesación del cargo *“el término del periodo legal por el que fue designado”*, y, en cuanto a sus efectos, el artículo 156 señala que *“el cumplimiento del plazo para el cual el funcionario fue contratado produce inmediata cesación de funciones”*.

En consecuencia, la normativa legal que regula el empleo a contrata, define estos cargos públicos como empleos transitorios dentro de la administración del Estado, cuyo término opera de pleno derecho, por la sola llegada del 31 de diciembre de cada año, siendo decisión de la autoridad Administrativa el decidir resolver el renovar o no, la contrata para un siguiente año.

Cabe agregar, que el plazo de la contrata no necesariamente durará siempre hasta el 31 de diciembre de cada año, ya que una persona puede ser nombrada en un cargo a contrata con una fecha de término de servicios con fecha anterior al 31 de diciembre. En dichos casos, de igual forma la Jurisprudencia administrativa ha indicado que el funcionario cesara en sus funciones llegado el plazo para el que fue dispuesto, expirando en sus funciones por el solo ministerio de la ley.

En la lógica de la transitoriedad propia de los cargos a contrata, estos cargos públicos no se les extiende el régimen de la carrera funcionaria tal como se señala en los artículos 44 a 51 de la Ley 15.075, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en consecuencia, no pueden ejercer jefaturas. Esto último se basa en que, al definir la contrata como un empleo transitorio, no se condeciría con las labores de dirección propia de una jefatura, a menos que una ley lo autorice. En la práctica esas excepciones legales están consagradas



anualmente en las leyes de presupuesto respecto de cargos determinados de algunos servicios que no tienen suficientes funcionarios de planta.

Conforme se ha venido diciendo, la regulación legal de los cargos a contrata, ha convertido a estos cargos públicos en cargos precarizados dentro de la administración del Estado, en relación a los funcionarios de planta.

Actualmente, las contrataciones configuran el grueso de los cargos que conforman la administración pública, muy por encima del número de cargos de planta con los que cuenta cada servicio. Esta situación ha implicado en los hechos una movilización y reclamo de estos funcionarios de mayor seguridad, requerimiento que se ha solucionado a través de construcciones jurisprudenciales de Tribunales de Justicia y de Contraloría General de la República.

En dicho sentido, si bien las contrataciones no tienen derecho a estabilidad en el empleo dado que este derecho sólo está previsto conforme las normas del estatuto administrativo para las plantas por ser parte del principio de carrera funcionaria. Se ha esbozado que las contrataciones tienen "derecho a la función", lo que implica que no pueden ser separados de sus empleos si no por una causa legal de expiración de funciones contempladas en el estatuto administrativo, lo que reduce el espacio de discrecionalidad de la autoridad administrativa, obligándola a otorgar una mayor fundamentación del acto administrativo cuando decide terminar anticipadamente una contratación, o en los casos resolver no renovarla llegado el 31 de diciembre de cada año, cuando el funcionario goza de la denominada "confianza legítima".

La inestabilidad en el empleo de los funcionarios a contrata se ha venido a solucionar a través de construcciones jurisprudenciales de Contraloría General de la República y del Poder Judicial a través de tutelas de derechos fundamentales y recursos de protección principalmente.

3. La Doctrina De La Confianza Legítima:

La doctrina de la confianza es una construcción jurisprudencial judicial y administrativa que ha sido desarrollada por los Tribunales Superiores de Justicia, y por Contraloría General de la República, órgano que, en el ejercicio de su facultad interpretadora de la normativa de Derecho Público,



dictó los Dictámenes N° 22.766 de 2016, Dictamen N° 85.700 de 2016, y él ya comentado Dictamen N° 6.400 de 2018, que actualiza y sistematiza los dos textos anteriores.

La confianza legítima se define como “la legítima expectativa que se produce en un funcionario, cuando su contrata ha sido objeto de dos o más renovaciones sucesivas e ininterrumpidas, creando la confianza de que esa conducta se va a repetir en el futuro”.

El principio de confianza legítima busca preservar la legítima expectativa que tienen los funcionarios de la administración del Estado, para que la autoridad tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones semejantes. En este sentido, lo que se busca es que el Estado como ente administrativo empleador sea coherente con sus propios actos.

En términos generales, Contraloría General de la República ha planteado que en aquellos casos en que existen dos o más renovaciones de la contrata de un funcionario, éste adquiere la “confianza legítima” que su empleo se renovará para la siguiente anualidad, por lo que cualquier decisión de prescindir de ellos, debe estar especialmente motivada a través de un acto administrativo que señale con precisión y de forma concreta, las razones para prescindir de sus servicios.

En esta línea encontramos Dictamen N°85.700, de 28 de noviembre de 2016, señala que “[s]e debe tener presente que conforme se dispone en los artículos 3º, letra c), y 10 de la ley N° 18.834, y artículos 2º y 5º, letra f), de la ley N° 18.883, los empleos a contrata son aquellos de carácter transitorio de una dotación y deben ser dispuestos por un plazo que puede extenderse sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y, por lo mismo, su duración puede corresponder, a lo sumo, a un año calendario(...).

En este contexto, y en los términos señalados en el dictamen N° 22.766, de 2016, cabe colegir que la práctica que genera la confianza legítima está determinada por una extensión de tiempo que alcanza más de dos años.

En efecto, y considerando la situación de hecho referida en ese pronunciamiento, fue la segunda renovación de una designación a contrata anual la que generó en los recurrentes la legítima confianza de



que, concluido el término de esta última, se iba a proceder a una nueva renovación o prórroga por igual lapso”.

En materia judicial, los funcionarios a contrata que llevan más de dos renovaciones sucesivas e ininterrumpidas de sus contrata, que en espacio temporal suman a lo menos más de dos años de servicio, han solicitado tutela de sus derechos, cuando la autoridad administrativa resuelve poner término a sus contrata, o término anticipado a sus contrata, a través de la interposición del Recurso de protección por vulneración de derechos fundamentales. En el recurso de protección en funcionario vulnerado solicita a la magistratura que deje sin efecto el acto administrativo que pone resuelve poner término a su contrata, pidiendo el reintegro a sus funciones.

En este contexto, los Tribunales superiores de justicia se han pronunciado sobre los derechos que les ampara a los funcionarios públicos basados en el denominado principio de confianza legítima, analizando caso a caso.

A modo de ejemplo se citan algunos extractos de fallos favorables en materia de término de contrata de funcionarios amparados por el principio de confianza legítima:

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° Rol N° 38.681-2017: Octavo: Que, en la actualidad, es un verdadero axioma que si una relación a contrata excede los dos años y se renueva reiteradamente una vez superado esa legítima que la Contraloría General de la República comenzó a aplicar decididamente con ocasión del Dictamen N°85.700, de 28 de noviembre de 2016, cuya normativa cubre, entre otros, a los funcionarios designados en empleos a contrata regidos por la Ley N° 18.884.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° Rol N°19.214-2018: “Cuarto: Que a todo lo anterior se añade el hecho reconocido por la institución, en orden a que el actor se desempeñó de manera continua desde el 1 de febrero de 2016, esto es, durante más de dos años, situación que no se condice con la calificación de sus labores como esencialmente transitorias. Tal circunstancia confirma la arbitrariedad de la medida adoptada por la recurrida, en tanto no hubo aviso de término con un mes de anticipación, criterio establecido por la Contraloría General de la República en el Dictamen N°85.700 de 28 de noviembre de 2016, que señala como fecha límite el día 30 de noviembre, lo que no se aviene a la cantidad de años de servicio prestados por la recurrente para la institución, que fueron continuos



en virtud de las sucesivas renovaciones de su contrato, contrariándose con tal proceder el principio de confianza legítima del funcionario.

En conclusión, el principio de confianza legítima es una construcción Doctrinal y jurisprudencial desarrollada principalmente a través de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia en el contexto de fallos de recursos de protección de funcionarios públicos, y de Dictámenes de Contraloría General de la República, en el marco de requerimientos a este órgano Contralor, de pronunciarse sobre la legalidad y prudencia de resolver terminar la contrata de un funcionario público, después de un cierto periodo de tiempo.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico, actualmente una norma que reconozca formalmente la existencia del principio de confianza legítima respecto de los funcionarios públicos a contrata, en consecuencia, las vías de tutela de derechos de estos funcionarios hoy es principalmente el recurso de protección, cuyos resultados varían en sentencias favorables y desfavorables indiscriminadamente, dependiendo el caso concreto.



Módulo 2: Terminación del contrato de trabajo

Docente: Jaime Venegas A., Abogado UDELAM

Antecedentes generales

Mediante el término del contrato concluye el vínculo existente entre las partes, en consecuencia, cesan todas las obligaciones que de este nacían para una y otra parte, salvo aquellas derivadas del propio término del contrato, como son la suscripción del finiquito y el pago de prestaciones que hubieren quedado pendientes.

Distintos sistemas transitan entre el libre despido y la estabilidad o el despido justificado o motivado en determinadas causales taxativamente previstas en la ley. Al legislador no le gusta la *precariedad en el empleo*, esta se asocia a la falta de una mantención en el vínculo laboral (afecta la antigüedad, el desarrollo personal del trabajador, etc.), por lo mismo en el diseño del legislador existe una idea de vínculo laboral más permanente e indefinido, haciendo necesario regular su terminación.

Por otro lado, el legislador es consciente que detrás del trabajador hay un conjunto de personas afectadas por la extinción del contrato (detrás está la familia del trabajador), pues la remuneración que percibe el trabajador tiene un fuerte destino a la alimentación. El legislador no quiere crear un problema social ya no con el trabajador, sino que con el grupo familiar que está detrás de él, es por ello que determinó un sistema de despido reglado, porque hay causales taxativas que deben ser invocadas por el empleador

Concepto de terminación del contrato de trabajo:

Como señalaron los profesores William Thayer y Patricio Novoa *“Es aquel fenómeno jurídico por el cual se extingue el contrato de trabajo, queda disuelta la relación laboral y dejan de existir para las partes las obligaciones jurídicas y ético-jurídicas, patrimoniales y personales que las vinculaban”*.

La terminación del contrato de trabajo tiene lugar cuando, por un acto voluntario o un hecho objetivo que constituya una causal legal de despido,



una de las partes contratantes, o ambas, deciden cesar en la relación laboral que las unía

¿Por qué se habla de “Terminación de Contrato de Trabajo”?

Se habla de “terminación del contrato del trabajo” porque los efectos de este cese de la relación laboral, produce efectos hacia adelante, es decir, hacia el futuro; esto se explica porque en materia laboral, no hay ni existe la resolución del contrato. Por regla general, cada vez que un acto se declara nulo o resuelto, se deben llevar a cabo las restituciones mutuas (porque se debe volver al instante anterior a la contratación, lo que es un problema en materia laboral, porque el trabajador no puede devolverle al empleador todas sus remuneraciones durante la vigencia del contrato y además, lo que nunca el empleador podrá hacer es devolverle todo lo que este trabajador ha entregado, ya que recordemos que el trabajo es de carácter personalísimo.

En síntesis, en materia laboral no hay nulidad ni resolución del contrato, sino que se habla de **terminación**, produciendo solo efectos hacia el futuro, por ese motivo hay que pagar las remuneraciones hasta el último día que trabajo, siendo muy similar a lo que ocurre con el arrendatario debe pagar la renta de hasta el último día que se arrendó.

CAUSALES, TIPOS Y FORMALIDADES DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La doctrina, siguiendo a la profesora Gabriela Lanata, ha clasificado las causales de término del contrato en las siguientes, reguladas en los artículos 159, 160, 161 del Código del Trabajo, que para efectos didácticos, se dividirán en:

1.- Mutuo acuerdo de las partes (Art. 159 N°1).



2.- Causales objetivas de terminación: Nos referimos a hechos que provocan la disolución del vínculo por sí mismo y que debido a su carácter afectan a condiciones objetivas de la relación laboral, no siendo atribuibles a la persona o conducta de alguna de las partes. Se encuentran en este grupo:

- a) Vencimiento del plazo convenido. (Art.159 N°4)
- b) Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato. (Art.159 N°5).
- c) Caso fortuito o fuerza mayor. (Art. 159 N°6).
- d) Necesidades de la empresa (Art. 161 CT)

3.- Causales subjetivas de terminación. Son hechos o acontecimientos atribuibles a la persona o conducta de alguna de las partes y pueden clasificarse en:

- a) **Involuntarias**, que, como su nombre lo indica, acaecen sin que intervenga la voluntad de alguna de las partes en orden a poner término al contrato, como ocurre con la muerte del trabajador (Art. 159 n°3).
- b) **Voluntarias**, que son las llamadas causales de caducidad del contrato de trabajo, pues se trata de hechos o faltas atribuibles a la persona o conducta de una de las partes. **Se encuentran reguladas en el art. 160** y dan origen al despido justificado en el que si bien media un acto unilateral de alguna de las partes, el despido encuentra su fundamento o causa en la falta o hecho de la otra, lo cual hace procedente que aquella ponga término al contrato. Estas son:
 - i. Conductas indebidas, de carácter graves, debidamente comprobadas:
 - a. Falta probidad (Falta de honradez).
 - b. Acoso sexual.
 - c. Vías de hecho: Se refiere a las agresiones físicas.
 - d. Injurias del trabajador contra el empleador.



- e. Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa
- f. Acoso laboral.
- ii. Negociaciones Incompatibles. (aquellas que el contrato prohíbe)
- iii. No concurrencia del trabajador: Faltar 2 días seguidos, 2 lunes en el mes, 3 días mes o faltar injustificadamente sin aviso previo a un cargo o actividad cuyo abandono signifique perturbación grave en la marcha de la obra.
- iv. Negativa a trabajar.
- v. Actos omisivos, imprudencias:
 - a. Seguridad empresa.
 - b. Salud trabajadores.
- vi. Perjuicio material. (daño con intención)
- vii. Incumplimiento grave obligaciones que impone el contrato de trabajo.

Según lo señalado, pueden definirse estas causales como aquellos hechos o faltas atribuibles a la persona de uno de los contratantes, que significa una violación de las obligaciones patrimoniales o personales a que deban dar cumplimiento y que, por tal motivo, autorizan a la otra parte para poner término al contrato observando procedimientos formales que la ley preceptúa.

4.- Declaración unilateral de alguna de las partes

- a) Renuncia del Trabajador (Art. 159 n°2): otorgada con 30 días de anticipación
- b) Desahucio escrito del empleador (Art. 161 inc. 2): trabajadores que tengan poder para representar al empleador; trabajadores de casa particular; y trabajadores que ocupan cargos o empleos de exclusiva confianza del empleador



Quién es el legitimado para conocer de las causales de término

El conocimiento y resolución acerca de la procedencia de las causales de término del contrato de trabajo corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia, careciendo la DT de competencia a este respecto. (DT dictamen N° 1422/115, de 10.04.2000).

Sistema Indemnizatorio Legal

Debemos entender también que el sistema de estabilidad relativa dispone no sólo de causales legales para el término del contrato de trabajo, sino que además exige al empleador el pago de indemnizaciones en caso de un despido injustificado, indebido o improcedente, despido abusivo, despido ineficaz, vulneratorio de derechos fundamentales, o por alguna de las causales contempladas en el artículo 161 del Código del Trabajo. A continuación, analizaremos con más detalle lo anterior:

- *Despido por causales contempladas en el artículo 161 del Código del Trabajo*

El despido por necesidades de la empresa y por desahucio unilateral del empleador supone el pago de indemnizaciones por años de servicios correspondiente a un mes de remuneración por cada año de servicio, con un tope de 330 días de remuneración y de 90 Unidades de Fomento como base de cálculo de cada remuneración.

- *Despido injustificado, indebido o improcedente*

Si el trabajador considera que en los hechos no se da la causal invocada por el empleador para justificar el despido, el trabajador podrá presentar ante el tribunal laboral una demanda por despido injustificado, indebido o improcedente. De ser ciertas sus pretensiones, el empleador será condenado a pagar las indemnizaciones señaladas recientemente, con un recargo de 30%, 50%, u 80%, dependiendo de la causal invocada de forma errónea.



- *Despido abusivo*

El despido abusivo es aquel que se produce cuando existe un abuso en el ejercicio del derecho por parte del empleador al despedir a un trabajador. Concretamente, para que sea abusivo, la Jurisprudencia ha exigido que "debe existir una situación de violación grosera, un uso realmente desmedido, inmotivado u obedeciendo a móviles extra-laborales". En caso de que el tribunal laboral considere que el despido fue abusivo, se le otorgarán al trabajador las indemnizaciones señaladas, con un 100% de recargo.

- *Despido ineficaz ("nulo")*

El trabajador que haya sido despedido sin que el empleador haya pagado debidamente sus cotizaciones previsionales, podrá presentar una acción por "nulidad del despido" ante un tribunal laboral. Más que nulidad en realidad lo que opera es la ineficacia del despido, pues como su palabra lo dice, el no pago de cotizaciones previsionales hace que el despido sea "ineficaz" y por lo tanto no produce efectos. Como consecuencia de lo anterior, si el trabajador logra comprobar la deuda previsional al momento del despido, el empleador deberá pagar las remuneraciones, cotizaciones previsionales y demás prestaciones laborales hasta que "convalide el despido", es decir, hasta que se ponga al día en la deuda previsional.

- *Despido vulneratorio de derechos fundamentales*

Si el empleador vulneró los derechos fundamentales del trabajador con ocasión de su despido, este último podrá presentar ante el tribunal laboral una denuncia de tutela de derechos fundamentales. En caso de que sea cierta su pretensión, el empleador será condenado a pagar, además de las indemnizaciones señaladas más arriba y su respectivo recargo, una indemnización adicional que fijará el tribunal, que será de 6 a 11 meses de remuneración, sin el tope legal aplicable a las demás indemnizaciones (esto es de 90 Unidades de Fomento). Por otro lado, la empresa condenada aparecerá en un registro público de la Dirección del Trabajo, y no podrá contratar con el Estado por dos años desde la sentencia condenatoria. Esta



sanción suele ser la más onerosa para algunas empresas cuya subsistencia económica depende de los contratos con la administración pública.

Sin perjuicio de lo anterior, procederán también aquellas indemnizaciones por término del contrato de trabajo que las partes acuerden o entregue el empleador por mera liberalidad, las que en cualquier caso serán incompatibles con toda otra indemnización.

Causales de término del contrato de trabajo (Art. 159, 160 y 161 CT):

No hay más causales que las que establece el código; como empleador no se puede invocar una causal. Por ejemplo: la embriaguez no es una causa de despido en Chile (como si ocurre en México), ahora bien, esto no implica que no se pueda despedir por embriaguez, lo que ocurre es que habrá que hacerla calzar con una causal disciplinaria que establece el código, porque por sí sola no constituye causal.

Así, podemos clasificar las diversas causales (Según los criterios de la profesora Lanata):

1) Mutuo acuerdo de las partes (art. 159 n°1 CT)

Se encuentra contemplado en el art. 159 N°1 y se trata de la resciliación del contrato. En derecho común, el art. 1545 del Código Civil dispone que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Origen: Si el consentimiento ha estado en la base constitutiva de la relación laboral, el mismo está en la base *extintiva* de la relación laboral. Entonces, en concordancia con la norma transcrita, la ley laboral ha establecido que las partes tienen la libertad y autonomía para decidir la disolución del contrato con la consiguiente extinción de los efectos jurídicos que las ligaban. Este no era necesario que fuera incluido por el legislador, toda vez que bastaba aplicar las normas generales.

Estamos frente a un acuerdo escrito celebrado entre ambas partes, en el momento en que se dé por terminada la relación laboral. Se ha puesto especial cuidado en evitar que la terminación del contrato oculte la



infracción a algún derecho irrenunciable, por ello tiene directa relación con el artículo 177 del Código del ramo, pues el mutuo acuerdo, la renuncia y el finiquito, están rodeados de un conjunto de formalidades que, a juicio del legislador, son indispensables para asegurar la veracidad del acto.

El art. 177 establece que este mutuo acuerdo debe constar por escrito y firmarse ante el presidente del sindicato o delegado sindical respectivo o ser ratificado ante el inspector del trabajo u otros ministros de fe que la disposición señala, dando cuenta de las prestaciones mutuas que las partes están efectuando (cantidades pagadas, cuestiones que ponen término a la relación laboral, etc.), de lo contrario no puede ser invocado por el empleador. Las formalidades son exigidas por el legislador como una medida de protección del trabajador, con el objeto de evitar que el empleador ejerza presiones indebidas sobre el dependiente para que firme un documento en el que conste este acuerdo sin que exista voluntad.

Excepcionalmente, no se requiere de estas formalidades (firma o ratificación) en el caso de contratos de duración no superior a 30 días salvo que se prorrogaren por un plazo superior o que, vencido el mismo, el trabajador continúe prestando servicios con conocimiento del empleador. En estos dos casos se vuelve a la regla general y el instrumento en que conste el mutuo acuerdo deberá cumplir con las formalidades exigidas en el artículo 177 del Código del Trabajo.

2) Causales objetivas:

Son todas aquellas que no dependan de un hecho imputable a alguna de las partes. Lo relevante es que haya una circunstancia objetiva que pone término a la relación laboral. Estas son:

- **Vencimiento del plazo convenido en el contrato** (art. 159 n°4, CT): al legislador no le gustan las relaciones laborales temporales, porque estas acarrear *precariedad*. Prefiriendo siempre, las *indefinidas*.
 - i) Tiempo de duración del contrato de plazo fijo: la temporalidad que establece la legislación chilena es *acotada*, la regla general es de máximo 1 año, y excepcionalmente para los altos directivos o personas



técnicos profesionales con título otorgados por una institución de educación superior reconocida por el Estado, este plazo se puede extender a 2 años (por ejemplo, médicos, abogados).

ii) Excepciones a la regla de un año de plazo fijo:

Cuando se renueva por una sola vez el contrato de plazo fijo (la cuál debe ser una renovación formal). Por ejemplo: se tiene un contrato a plazo fijo por 1 año, el cual puede renovarse una vez más. Sin embargo, la segunda renovación, convierte al contrato de plazo fijo, en uno indefinido.

¿Qué se entiende por renovación? **Una primera posición jurisprudencial** se entiende casi como una fotocopia; se debe renovar el mismo plazo, y las mismas cláusulas. **Una segunda corriente**, es más flexible, no se pueden modificar cláusulas esenciales, pero si el contrato fijo era por un año, se permite que la primera renovación sea por 6 meses.

Gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años.

iii) Casos en que el contrato pasa a ser de duración indefinida: una presunción y dos hipótesis:

Cuando el trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, **se presumirá legalmente** que ha sido contratado por una duración indefinida, es decir, dentro de 15 meses, contados desde la primera contratación deben cumplirse tres requisitos:

- (1) Debe tratarse de servicios discontinuos
- (2) Estos servicios discontinuos deben haberse prestado en virtud de más de dos contratos a plazo fijo (tres o más)
- (3) Que haya una prestación efectiva de servicios discontinuos, de a lo menos 12 meses.



Si esto ocurre, la relación laboral de plazo fijo, se convierte en *indefinida*. Para efectos de antigüedad, se entiende que la relación laboral se cuenta desde el primer día en que se empezó a trabajar a plazo fijo.

Cuando se siguen prestando servicios, con conocimiento del empleador, después de expirado el plazo **lo transforma** en contrato de duración indefinida: este debe manifestar su voluntad de no continuar con el vínculo, por ejemplo, enviándole una carta al trabajador que no continuará prestando labores a plazo fijo. Por ello, si se prorrogó el servicio del trabajador sin que se le haya comunicado la voluntad de su empleador de dar término al contrato en virtud del vencimiento del plazo convenido, debe entenderse que el contrato es indefinido.

Igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato de plazo fijo, es decir, en términos prácticos cuando se suscriba el tercer contrato a plazo. No se afecta la aplicación de esta regla por la circunstancia de que las partes –al convenir la renovación de un contrato de plazo fijo– hubieren pactado condiciones distintas a las establecidas originalmente (dictamen DT N° 7.878/392 de 26 de diciembre de 1997)

Fomalidades para que la llegada del plazo haga expirar el contrato de duración fija: A fin que el empleador pueda poner término al contrato de plazo fijo es necesario que demuestre expresamente su voluntad de poner término al contrato a la llegada del plazo. En caso contrario, y si el trabajador sigue prestando servicios con conocimiento del empleador, el contrato se transforma en una relación laboral de duración indefinida.

En consecuencia, la extinción del contrato de trabajo a plazo fijo *no opera de pleno derecho por la llegada del plazo*, Es necesaria una manifestación explícita del empleador en tal sentido antes del vencimiento del plazo, esto es, que el empleador envíe una carta de aviso de término al trabajador en que se pone conocimiento de que transcurrido el plazo se pondrá término a la relación laboral, y si no se hace como corresponde, la ley establece un 50% de incremento por ser un despido indebido o carente de causal. El problema es que la indemnización es por años de servicio, pero hay personas que por el plazo de su contrato no tienen derecho a indemnización, por lo tanto, no se podría calcular el 50% de incremento.



¿Qué ocurre si el trabajador es despedido por la empresa antes del vencimiento de su contrato? ¿Qué puede demandar si este despido es de carácter injustificado?

La jurisprudencia al respecto ha dicho lo siguiente:

“SEXTO: Que el Código del Trabajo no contempla expresamente la procedencia de indemnización por **lucro cesante**, debiendo dicha oscuridad de la ley ser aclarada por otros textos legales como es el Código Civil puesto que el Derecho Laboral no puede considerarse aislado del ordenamiento jurídico general, que ha de estimarse como base legal de la acción por término anticipado de contrato de trabajo deducida por el trabajador, es decir, el conjunto de normas que regulan el desenvolvimiento en sociedad; la concepción jurídica recogida por las leyes y, concretamente, el derecho que una parte tiene a ser indemnizada en el evento que su contraria no de cumplimiento a lo pactado, por cuanto ha dejado de ganar aquello que, como contratante cumplidor, tenía derecho a exigir y percibir.

En efecto, como se señaló precedentemente, el código laboral en ninguna de sus disposiciones ha regulado la situación producida por un despido injustificado respecto de un trabajador que esté ligado a un contrato a plazo fijo y desde este punto de vista constituye una violación a la ley del contrato de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1.545 del Código Civil, en la medida que no podría ser invalidado sino por consentimiento mutuo de las partes o por causas legales, y si ello ocurrió, como en el caso en estudio, debe soportar el pago de los perjuicios directos ocasionados que estén vinculados con la legítima ganancia que pudo haber percibido el trabajador en virtud del cumplimiento íntegro de las obligaciones contraídas.

SÉPTIMO: Que, en este contexto, ante el despido del actor e incumplimiento por parte de la empleadora de otorgar el trabajo y pagar las remuneraciones hasta el vencimiento del plazo que las partes estipularon originalmente y en forma libre, cabe concluir que la empleadora no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, lo que permite establecer que a la demandante le asiste el derecho de reclamar la contraprestación que



legítimamente le hubiere correspondido percibir si no se hubiera producido su desvinculación laboral anticipadamente." (I. Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de agosto de 2014, Rol N° 248-2014).

- **Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato** (art. 159 n°5 CT)
 - i) Requisitos para que opere esta causal.

Esta tiene una particularidad, la obra *no tiene un plazo*, sino que está sujeta a un determinado acto o resultado que es *finito*. En vista de lo anterior, la DT ha sostenido que el contrato por obra o faena está sujeto a un plazo indeterminado, puesto que las partes no pactan su duración por un período determinado, sino que se establece, por el contrario, que el contrato terminará una vez que concluya el trabajo o servicio que dio origen al contrato (dictamen N° 2.798/141 de 5 de mayo de 1995).

Esta causal se aplica al denominado contrato por obra o faena que –al igual que el contrato de plazo fijo– tiene carácter temporal y se celebra para la ejecución de una obra o faena determinada. El contrato por obra o faena tiene como característica esencial que las partes al momento de su celebración convienen de antemano su duración, pero carecen de certeza respecto del día en que dicha obra o faena va a concluir y, por ende, la fecha cierta de término del respectivo contrato. Como se cumple la condición, se termina el contrato; sin embargo, hay que tener especial atención con la individualización correcta del servicio de obra que el trabajador va a prestar.

Lo anterior porque muchos trabajadores pactan obras de carácter permanente, pero mediante contratos por tramos; por ejemplo, un trabajador es contratado para asfaltar la carretera del km 0 al 15, luego hace un nuevo contrato por el km 15 al km 30 y así sucesivamente. La jurisprudencia dice que esa obra, en rigor, tiene el carácter de permanente. Por lo tanto, el requisito esencial para que se siga esta causal es que la obra esté correctamente individualizada.

Los requerimientos exigidos por la jurisprudencia para la configuración de esta causal se pueden justificar en los siguientes:



- a) Que se trate de una obra específica, determinada en el contrato.
- b) La prestación de servicios no debe ser indefinida.
- c) Los contratantes deben convenir expresamente cuando debe entenderse concluido el trabajo o servicio que dio origen al contrato, por escrito.

En consecuencia, para que esta causal prevista en el art. 159 n° 5 del CT extinga el contrato de trabajo requiere como requisito forzoso que el trabajador haya sido contratado específicamente para una labor, obra o servicio determinados y que éstos hayan concluido. Al contrario, si en el contrato el trabajador tiene asignada una gama amplia de labores, destinadas a cumplirse en las distintas obras que el empleador ejecute, no será posible invocar la causal de conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato. (CS, Rol N° 2.241, de 5 de mayo de 1994).

Aun así la jurisprudencia judicial aclara que “no puede entenderse que por el solo hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el contrato, este se transforme en un contrato de duración indefinida, toda vez que para que ello suceda es necesario que se encuentre en la situación del art.159 N°4 ya antes señalada (contrato a plazo fijo)”(I. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 185-2014, de fecha 03 de julio de 2014).

Esta causal tiene directa relación con el artículo 10 Bis del CdT, que consagra la regulación del Contrato por Obra o Faena: “*el contrato por obra o faena es aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador **a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y en su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquélla***”.

Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido.



No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia en caso de controversia.

¿Qué ocurre si el trabajador es despedido por la empresa antes de la finalización de la obra o faena? ¿Qué puede demandar si este despido es de carácter injustificado?

La jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“Considerando 6.- Que, establecido lo anterior, no está demás recordar que atendida la naturaleza del contrato pactado, por obra o faena, su duración dependerá de la realización del trabajo u tarea para la que fue contratado el trabajador. Por lo mismo, el empleador no puede poner término anticipado al mismo sin invocar una causa legal que lo justifique, al no hacerlo, debe indemnizar al trabajador pagándole las remuneraciones que le habrían correspondido hasta el término de la obra”. Así se ha resuelto por esta Corte, a vía de ejemplo, en los procesos Rol N° 347-2010 y Rol N° 19 - 2011.

- **Caso fortuito o fuerza mayor** (art. 159 n°6 CT)

Los jueces laborales no distinguen entre uno y otro, como si lo hace el Código Civil. Hablamos de figuras análogas para estos efectos.

¿Por qué son situaciones objetivas? Porque se parte de la base que su ocurrencia no depende de un acto del empleador, así como tampoco del trabajador. Para esto, debe cumplir ciertos requisitos que analizaremos en breve

El art. 45 del Código Civil define el caso fortuito o fuerza mayor como 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 esta materia, la doctrina suele distinguir entre los hechos obra del hombre (caso fortuito) y los de la naturaleza (Fuerza mayor).



La ley laboral no distingue y, por lo tanto, pueden configurar la causal siempre que sean enteramente independiente de la voluntad del empleador y, en todo caso imprevisible o previsible pero inevitable.

Para la jurisprudencia el caso fortuito o fuerza mayor debe entenderse por tal todo hecho ajeno a la voluntad de las partes derivado de la naturaleza o de un tercero e imprevisible en su acontecimiento, y que si provoca un incumplimiento sustancial y definitivo de las obligaciones pone fin al contrato, pero si es temporal solo lo suspende.

i) Requisitos para que proceda

Imprevisible: Significa que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes, es decir, que racionalmente no existe manera de anticipar su ocurrencia o, más precisamente, que se desconozca con antelación la causa que lo provoca, razón por la cual el afectado no podrá deducirlo con un cierto grado de seguridad o certeza, por ejemplo, en el terremoto del 2010, varias empresas aplicaron el término de la relación laboral en la octava región amparándose en esta causal. Sin embargo, la jurisprudencia laboral de la octava región razonó entendiendo que Chile es un país sísmico, por lo tanto, hay un deber de estar preparados para la ocurrencia de un terremoto; en consecuencia, el Caso Fortuito no sería aplicable como causal de extinción de relación laboral al no cumplir con este requisito, porque se estima que el empleador debió haber previsto que se pudo producir un terremoto.

Irresistible: que no se haya podido evitar, ni aun en el evento de oponerse las defensas idóneas para lograr tal objetivo, por lo tanto, implica que quien lo sufre sea incapaz de evitar su ocurrencia. por ejemplo, el incendio es un supuesto de Caso Fortuito o Fuerza Mayor, pero cuando hay seguros comprometidos, es *resistible* por el empleador. Que sea *irresistible*, significa que supera por completo al empleador, dejándolo sin posibilidades de responder (no así, cuando este tenía seguro).

Inimputable: que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, en el sentido que éstas no hay contribuido en forma alguna a su ocurrencia, es decir, que el hecho no haya sido provocado por quien lo



alega, ya que ello implicaría exonerarse de responsabilidad por hecho propio y voluntario.

Que el caso fortuito sea causa y efecto de hacer imposible el cumplimiento contractual laboral: El caso fortuito o fuerza mayor debe imposibilitar y excusar el cumplimiento de las obligaciones principales del contrato de trabajo de manera total y definitiva. En este sentido, nuestros tribunales han sostenido que la correcta invocación de esta causal requiere que la fuerza mayor o caso fortuito sea de tal magnitud que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones principales que emanan del contrato, ya que en el evento de que la imposibilidad sea sólo parcial, los efectos del contrato podrán ser suspendidos, interrumpidos o limitados, pero en ningún caso dará lugar a la extinción de éste.

Finalmente, **cabe advertir que esta causal debe ser aplicada en forma restrictiva, considerando que exime al empleador de los pagos indemnizatorios.**

- **Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio** (art. 161 inc. 1 CT): Esta causal está considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una causal objetiva. Al ser objetiva, no puede en rigor depender de una decisión del empleador, fundado en su parecer, por su simple arbitrio o por capricho, pues los hechos que la constituyen son ajenos a la voluntad de las partes, ya que apunta a que el trabajador sea desvinculado por mociones objetivas, de lo contrario operaría como un mero despido libre o desahucio.

En virtud de lo anterior, la causal apunta a que el trabajador sea despedido por alguna razón objetiva -necesidades de carácter económicas o tecnológicas- amén de su derecho a indemnización. Esta causal obliga a cumplir ciertos criterios que han emanado de las sentencias de los Tribunales de Justicia, que van más allá de la ley.

Art. 161. “(...) el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de



los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”.

El artículo al usar el vocablo “tales como”, nos está señalando que son meros ejemplos ilustrativos de lo que puede considerarse “necesidades de la empresa” y no una enumeración taxativa de razones.

La jurisprudencia por su parte ha sido muy exigente en qué debe entenderse por necesidades de la empresa, señalando que “la causal se refiere a circunstancias graves e irremediables que tenga su origen en el funcionamiento mismo de la empresa o en la economía”, lo cual quiere decir que la causal se asocia con motivos de índole económico, tecnológico o estructural (por ejemplo causas relacionados con el funcionamiento de la empresa, derivadas de un excedente de mano de obra o la reducción de los puestos de trabajo por razones económicas o técnicas), pero que no son inherentes a la persona del trabajador y que, por lo tanto, no están relacionadas con su capacidad o su conducta.

- a. Requisitos para que opere la causal:
- b. **Debe tratarse de una situación objetiva:** es decir que debe estar unida a hechos que no dependen de la sola voluntad unilateral y discrecional del empleador (en caso contrario, operaría como un mero despido libre o desahucio), por cuanto el despido debe fundarse en hechos objetivos, externos o ajenos de índole económica y tecnológica o una combinación de ambos factores, entendidos de modo amplio. También debe ser ajena a la conducta contractual o personal del dependiente.

La Corte Suprema ha dicho que supuestos técnicos se refieren a rasgos estructurales de la instalación de la empresa que producen cambios en la mecánica de la misma y supuestos económicos como que importa un deterioro en las condiciones económicas de la empresa y hagan inseguro su funcionamiento.



- c. **Gravedad:** es decir, una situación de tal envergadura que ponga en peligro la subsistencia de la empresa y no meramente una rebaja en sus ganancias, y que por tanto justifique suficientemente la separación del trabajador.
- d. **Permanencia:** se refiere a que la situación no sea transitoria o subsanable, es decir, que puede recurrirse a otros medios o medidas que permitan alcanzar el mismo objetivo sin despedir trabajadores.

Los elementos de "gravedad y permanencia" vienen dados por:

- i. *Las derivadas de la racionalización o modernización de la empresa, establecimiento o servicio;*
 - ii. *bajas en la productividad de la empresa, establecimiento o servicio;*
 - iii. *los cambios en las condiciones del mercado o de la economía.*
- e. **Relación de causalidad entre las necesidades y el despido,** porque como expresa el CdT, es la situación de la empresa la que hace necesaria la separación de uno o más trabajadores.

Este elemento está dado por la expresión "*Que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores*".

ii) Contenido de la causal:

Elementos que configuran la causal de necesidades de la empresa.

El pago de indemnización, y si se acredita que el despido no tiene fundamento alguno, se ocasionará un mayor costo al empleador, pues la indemnización será recargada con 30%.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, las partes podrán acordar el fraccionamiento del pago de las indemnizaciones.



No puede invocarse esta causal como imputable al trabajador por su desempeño o competencias personales; tampoco podrá usarla el empleador si la necesidad de despedir obedece a una administración deficiente de los negocios, es decir, si los malos resultados son responsabilidad de su desidia o negligencia, y nunca podrá depender de la voluntad unilateral y discrecional del empleador.

Una de las primeras razones por la que se dificulta esta causal, es que muchas empresas la utilizan como causal para despedir “por mal desempeño”. En el Derecho chileno, la falta de adecuación laboral (o ineptitud) del trabajador no constituye por sí sola justa causa de despido (salvo que la ineptitud sea de tal envergadura que se estructure como un supuesto de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo). En la práctica, muchas empresas invocan una causal para el solo objeto de desvincular un trabajador que considera desempeña mal su trabajo, y para obtener esta desvinculación a un *bajo costo*.

Adicionalmente, la edad y la exigencia de jubilación no son elementos que pueda esgrimir el empleador para extinguir un contrato de trabajo. En el caso de la edad, el artículo 2° CT la configura como un elemento de discriminación. La jubilación, por su parte, no acarrea la necesaria extinción del vínculo laboral.

Ahora bien, la jurisprudencia la ha rodeado de tal nivel de requisitos de objetividad, que en la práctica termina siendo inoperante. En la Corte de Santiago, el 95% de los juicios en que se discute esta causal, los pierde el empleador. ¿Por qué ocurre esto? Porque está rodeada de hasta 8 requisitos a objeto de afirmar su *objetividad*, pero haciendo que sea inalcanzable.

Pero, además, la jurisprudencia ha agregado un título adicional; esto es, que la causal se aplique bajo un estándar de razonabilidad.

Los requisitos exigidos para considerar bien aplicada la causal han ido aumentando con los pronunciamientos de los tribunales. Aquí cobra especial importancia la comunicación que debe darse al trabajador. Por eso el empleador deberá enviar la carta de despido al trabajador cumpliendo con lo dispuesto por el art. 162 del Código, esto es, comunicar por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada al domicilio señalado en el contrato. En ella debe señalar la causal y los hechos en que la funda.



Obligaciones del empleador frente a la causal 'necesidades de la empresa'. La causal no opera de pleno derecho; el empleador debe realizar varias acciones:

- i) Deberá comunicar por escrito;
- ii) Expresar la causal y los hechos;
- iii) Copia a la inspección;
- iv) Aviso con 30 días de anticipación;
- v) Informar estado de cotizaciones;
- vi) Sí ha estado vigente un año o más, deberá pagar indemnización por años de servicio.

La Causal de Necesidades de la Empresa puede aplicarse para todo despido

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18/03/2008, 267-2007

I. La causal de término de contrato de trabajo de necesidades de la empresa es procedente en cualquiera de los contratos laborales regulados por el Código, en primer lugar, porque, a ellos no le resultan ajenos las circunstancias previstas por el legislador que hacen plausible poner término a la relación laboral, y, en segundo lugar, porque los artículos 159 y 160 del Código del Trabajo señalan la forma de poner término a la relación laboral, mientras que el artículo 161 del mismo texto señala "sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes", es decir, la causal que contiene es aplicable a todo tipo de terminación de contrato (considerando 6º)

Una importante excepción: La situación del inciso tercero del artículo 161

Señala el inciso tercero del 161 que las causales señaladas en los incisos anteriores – es decir, necesidades de la empresa y desahucio- no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia. Si el empleador invoca cualquiera de las causales referidas para



terminar el contrato de un trabajador acogido a licencia médica el despido es injustificado o indebido, debiendo reclamarse con la correspondiente acción de despido.

Conforme con ello, la Dirección del Trabajo, ha concluido que el contrato de trabajo de un dependiente acogido a licencia por enfermedad no puede terminar por las causales del artículo 161 del Código del Trabajo, aun cuando el aviso hubiere sido dado con anterioridad al otorgamiento de la licencia y el respectivo plazo hubiere comenzado a correr.

En tales circunstancias, debe concluirse que, si la licencia por enfermedad es otorgada durante el plazo de aviso previo de despido por las aludidas causales (es decir con 30 días de anticipación a lo menos), el conteo de dicho aviso previo debe entenderse suspendido por todo el período que abarque la licencia y sus prórrogas, y una vez que termine el periodo de licencia médica, y el trabajador se reintegre a sus labores habituales, continuará corriendo el conteo del aviso por los días que resten para cumplirse el plazo dado en su oportunidad (Dictamen DT N° 2513/134 de 25.04.1997)

Siguiendo a Luis Lizama, conforme a la jurisprudencia, **la licencia médica no otorga un derecho a fuero al trabajador**, sino que solamente impone la prohibición de aplicar ambas causales. Por lo tanto, no existe inconveniente alguno en poner término al contrato de trabajo de un dependiente con licencia médica por las causales previstas en los artículos 159 y 160 del CdT (CA de Santiago, apelación, Rol N° 2.982- 1991, de 8 de abril de 1992).

¿Qué señala el 161 bis del Código del Trabajo?

El artículo 161 Bis del CdT indica que *“la invalidez total o parcial nunca es justa causa para el término del contrato”*. Si definimos invalidez, Sergio Gamonal indica que *“es la pérdida de capacidad de trabajo que sufre el trabajador dependiente, por enfermedad física o mental”*.

Este artículo indica que el trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización por años de servicios convencional o legal según correspondiere, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168, es decir, con un 50% de recargo.



Siguiendo los lineamientos del profesor Gamonal, en el fondo, más que prohibir el despido del trabajador inválido lo que hace es tasar el monto indemnizatorio en caso de despido, pues aumenta la indemnización del art. 161 en forma automática en un 50%.

3) Causales subjetivas o disciplinarias: Dependen de un hecho personal de alguna de las partes. Pueden ser:

- **Involuntarias**: Muerte del trabajador (art. 159 nº3 CT).

Al fallecer el trabajador se termina automáticamente la relación laboral, en razón de que uno de los elementos del contrato es la prestación de servicios personales.

Es una consecuencia del carácter *intuitio personae* del contrato de trabajo, y por tanto, al tener esta característica el trabajador presta sus servicios personales, por lo que al fallecer el trabajador el contrato termina. El trabajador no tiene derecho a indemnización bajo esta causal a menos que esté pactado, ya sea en un contrato de trabajo individual o colectivo.

En términos generales no hay derecho a indemnización, pero puede haber un tipo de indemnización especial por otra vía y bajo otro fundamento jurídico: muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional (como la silicosis en el caso de mineros); la indemnización será por daño moral y no por término del contrato, previa demanda invocando la responsabilidad correspondiente.

En caso de existir remuneraciones o saldos adeudados, estos se pagan en primer lugar a quien se hace cargo de los funerales hasta la concurrencia de los costos de los mismos. Si queda remanente se paga en el orden que el mismo artículo señala, hasta un monto de 5 UTA. Si es superior a 5 UTA, los herederos deben cumplir con el trámite de la posesión efectiva. El saldo se paga según el orden señalado en el art. 60 CT.

Art. 60 CT En caso de fallecimiento del trabajador, las remuneraciones que se adeudaren serán pagadas por el empleador a la persona que se hizo cargo de sus funerales, hasta concurrencia del costo de estos.

El saldo, si los hubiere, y las demás prestaciones pendientes a la fecha del fallecimiento se pagarán al cónyuge, a los hijos legítimos o naturales o a los



padres legítimos o naturales del fallecido, unos a falta de los otros, en el orden indicado, bastando acreditar el estado civil respectivo.

Lo dispuesto en el inciso precedente sólo operará tratándose de sumas no superiores a cinco unidades tributarias anuales

No se aplica esta causal en el caso de la muerte del empleador. El CT en el art. 148 regula especialmente esta situación, a propósito del contrato de trabajo de los trabajadores de casa particular, y establece que en caso de fallecer el jefe de hogar, el contrato subsiste con los parientes que hayan vivido en la casa de aquél y continúen viviendo en ella después de su muerte, los cuales serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Excepcionalmente el contrato de trabajo puede ser intuito personae respecto del empleador, cuando el trabajador tuvo en cuenta la persona del empleador para celebrar el contrato, por tratarse de una actividad íntimamente ligada o conexas con la vida del mismo, que no puede ser continuada por sus herederos, como en el caso del secretario de un político o del ayudante de un profesional liberal

- **Voluntarias:** son las “disciplinarias”, es decir, conducta personal y voluntaria del trabajador, reguladas en el art. 160 CT:
 1. **Conductas indebidas de carácter grave que deben ser debidamente comprobadas por el empleador:**

Requisitos generales para que operen:

- Que sean graves
- Atribuibles a una conducta del trabajador
- Debidamente comprobadas (prueba judicial/ investigaciones)
- En algunos casos se exige que sean actuales (por ejemplo, para la causal de falta de probidad, vías de hecho e injurias del trabajador al empleador)



Tratamiento de cada una:

- **a) Falta de probidad del trabajador en sus funciones; falta de honradez o rectitud en el obrar** (SCS de 3 de julio de 1953). El mismo concepto se mantiene vigente en nuestra jurisprudencia al día de hoy. Esta falta de rectitud en el actuar debe necesariamente producirse durante el tiempo de trabajo, es decir, mientras se desempeñan las funciones contractuales.

Los tribunales de justicia han establecido que no es necesario que el hecho que constituya falta de probidad deba ser consumado, **basta que se incurra en una conducta censurable que afecte la integridad y honradez en el obrar y que exista ánimo de reportar, con ella beneficio o utilidad personal**, como ocurre, en la especie, en que el trabajador es sorprendido sacando mercadería desde el interior de la empresa

La gravedad debe saltar a la vista considerando la institución en la que desempeñaba sus funciones, la trasgresión que implicaba a una regulación interna, comprometiendo la credibilidad de un proceso administrativo interno y el riesgo en que ponía el patrimonio institucional. No es necesario para que opere la causal en comento, que la conducta se encuadre en un tipo penal, sino que basta un acto oralmente reprochable. Ahora bien, existen fallos que han calificado como injustificado el despido de los trabajadores que han resultado absueltos.

La jurisprudencia ha determinado requisitos copulativos para esta causal: debe estar suficientemente probada, tratarse de una falta grave, de mucha significación o de gran magnitud, atribuibles al trabajador, actuales y relacionados con el vínculo laboral. Todas estas exigencias son debido a lo que significa y reviste el ser despedido por esta causal, la que está directamente vinculada con una característica esencial en las relaciones laborales

Como mencionamos antes, la falta de probidad debe ser significativa y revestir de cierta gravedad, de lo cual se desprende que aquellos hechos que, no obstante, pudiesen calificarse de conductas reprochables, pero que no tienen una importancia y trascendencia en las relaciones laborales, no pueden constituir una causal de terminación del contrato. Para tales efectos se tiene en consideración la antigüedad del trabajador.



Ni el sentido natural y obvio de las palabras ni el fundamento de esta causal de despido -sustentada en la infracción de los deberes ético -laborales- puede llevar a concluir que sólo exista falta de probidad si hay un beneficio económico por parte de quien incurre en la conducta o un perjuicio en el patrimonio ajeno. Menos aún pueden exigirse esas circunstancias si la ley no las ha considerado y siendo las causales de despido una materia excepcional que por ende debe interpretarse de modo restrictivo. Ejemplo: la sustracción de un chocolate de propiedad de la empresa, por un trabajador que lleva 24 años laborando en ella.

En definitiva, **la gravedad de la causal deberá ponderarse en el caso concreto por el tribunal que conoce del asunto.**

Casos en que la Corte Suprema ha determinado que hay falta de probidad:

- a) La sustracción ilícita de bienes de terceros;
- b) La adulteración de documentos para fines ilícitos;
- c) El uso malicioso de los antecedentes técnicos de la empresa;
- d) La competencia desleal frente a la empresa empleadora con fines de lucro personal o de terceros;
- e) Introducir bebidas alcohólicas, consumirlas o darlas a consumir dentro del recinto de la empresa. La causal, frente al problema contingente contempla igualmente las drogas y/o estupefacientes;
- f) Ingresar en estado de ebriedad, o bajo imperio de drogas a los recintos de trabajo.
- g) Alteración de documentos como registros de asistencia en beneficio propio.
- h) Registro de asientos contables falsos.



¿Qué ha dicho la Dirección del Trabajo respecto de qué debe entenderse por falta de probidad para efectos de la terminación del contrato?

De conformidad con lo previsto en el artículo 160 N° 1 letra a) del Código del Trabajo, el contrato puede terminar, sin derecho a indemnización, por falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones. El referido Código no define lo que debe entenderse por "falta de probidad", pero se puede decir que la probidad es la honradez, integridad y rectitud en el actuar, por lo que la falta de probidad sería la ausencia de honradez, integridad o rectitud en el proceder de un trabajador en el desempeño de las funciones convenidas en el contrato. Con todo, cabe tener presente en este caso, así como en las demás causales que se señalan en el N° 1 del artículo 160, que en ellas hay siempre un factor de ponderación y equilibrio, cuyo límite en definitiva, quedará entregado a la decisión de los Tribunales de Justicia.

b) Acoso sexual; El artículo 2° del Código del Trabajo, declara que el acoso sexual es una conducta contraria a la dignidad humana, entendiéndose por tal 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 de empleo.

Se trata específicamente de un ilícito laboral que da derecho al empleador a despedir a un trabajador que ha incurrido en esta conducta, y que como cualquier otra de estas causales debe estar suficientemente acreditada para poder invocarla. Sin embargo, este caso en particular, se ha contemplado todo un proceso previo de investigación, que permite al empleador invocar la causal con mayor certeza y respaldo. Todo el proceso de investigación y sanciones a las conductas de acoso sexual se encuentra regulado en los artículos 211-A al 211-E, del Código del Trabajo.

Para que proceda la causal se requiere

- (a) Requerimiento indebido (de carácter sexual);
- (b) Por cualquier medio (mensajes, miradas, toques, etc.);



- (c) No sea consentido;
- (d) Amenazar o perjudicar las oportunidades laborales de la persona

Existe acoso sexual si se producen requerimientos sexuales físicos y verbales de empleador que atentan contra la dignidad de trabajadora. Así, las conductas que se traducen en requerimientos sexuales físicos y verbales no consentidos por la destinataria, exceden lo que pueden calificarse como relación laboral seria y respetuosa, atentando contra la dignidad de la trabajadora, el mutuo respeto que debe regir las relaciones laborales y la intimidad de la actora, desde que como víctima del hostigamiento aparece invadida su privacidad en lo que a su sexualidad se refiere, vulnerando así el contenido ético-jurídico de la relación laboral.

La ley utilizó la expresión “conductas” en plural, lo que podría permitir concluir que, atendido el tenor literal, no bastaría para invocar esta medida una conducta aislada en tal sentido. Sin embargo, parece ser que no es el número de conductas lo que permitiría configurar la causal de despido, sino su gravedad, pues el acoso rara vez es un hecho aislado, sino que está configurado por diversas acciones, algunas de las cuales pueden ser de escasa significación, pero que, consideradas en su conjunto, pueden permitir su calificación de conductas graves que la ley exige para poner término al contrato de trabajo.

La causal en análisis está destinada principalmente para ser aplicada por el empleador en caso que después de recibido el informe a que se refiere el art. 211-E del mismo cuerpo legal, se haya formado la convicción que efectivamente ha habido una situación de acoso sexual en su empresa y que un trabajador ha realizado los actos que configuran el ilícito, encontrándose suficientemente acreditados los hechos, ante los cuales no queda otra opción que poner término a la relación laboral. Cualquier otro tipo de sanciones para esta conducta se deberán establecer en el reglamento interno, así como todo el procedimiento de investigación interna que podrá aplicar el empleador y que le permitirá adoptar las medidas apropiadas al caso en particular.

Cuando es el propio empleador el acosador, el trabajador podrá poner término a la relación laboral mediante el llamado “despido indirecto” contemplado en el art. 171 invocando también, como causal este numeral



del artículo 160. (Ambos del Código del Trabajo), y teniendo derecho por cierto al ejercicio del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

- c) **Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o cualquiera de los trabajadores de la empresa;** agresiones físicas constituidas por un dependiente contra el empleador u otro trabajador.

La expresión “vías de hecho” no está definida en la ley, pero consiste en que una persona se haga justicia por sí misma en forma de agresión física a otra persona, en este caso al empleador o a cualquier compañero de trabajo, es decir, **una expresión de violencia física**. Por lo tanto, las vías de hecho son **agresiones concretadas**, no simple amenaza de las mismas. La jurisprudencia ha señalado que “recurriendo a su sentido natural y obvio, ha de concluirse que se trata de una forma de actuar, de una determinada conducta desplegada por el dependiente y que se concreta en golpes o en alguna actuación similar”; o como también se ha planteado “toda pendencia, riña o agresión física realizada por los trabajadores hacia los compañeros de trabajo o empleador”

En **cuanto a su fundamento**, en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina nacional lo encuentra en la idea de la disciplina básica de la empresa y en los ambientes de trabajo, como también en la buena marcha de la misma y el “buen clima laboral”. Sin embargo, siguiendo al profesor Álvaro Domínguez Montoya, el bien jurídico tutelado por la tipificación y la sanción de las vías de hecho no está únicamente delimitado a la disciplina laboral y al orden empresarial, aunque sí fuertemente vinculado con esta, sino que coexisten diversos fundamentos, como la **tutela de la disciplina jerárquica laboral, la convivencia y la armonía, el respeto mutuo entre compañeros de trabajo y la dignidad e integridad física de la persona afectada**.

Se deduce que cabría estimar cumplido el motivo de despido de esta causal, cuando el **trabajador incurra en acciones atentatorias contra la integridad física de las personas que nombra**, violentas o no, ya sea contra el empleador, su representante, y/o en contra de sus compañeros y con la única restricción que tendrá lugar en el trabajo, según se deduce el texto legal cuando dice que ella se tendrá por constituida al agredirse al



empleador o cualquier trabajador que se desempeñan en la misma empresa.

Es necesario señalar que para poder invocarse, **no debe haber existido alguna provocación suficiente para que el trabajador reaccione en forma violenta**; la existencia de provocación hace que la conducta pierda la fuerza y gravedad necesarias para poder invocarla como causal de término, pero no la hace irreprochable. Ahora bien, en los casos en que la provocación no se pueda establecer o que sea tan débil que no justifique la reacción violenta, por ejemplo, en caso de riña, se podrá invocar la causal. En todo caso, la calificación de todos los hechos particulares y casuísticos que configuran una causal que es discutida por las partes, solo corresponde a los tribunales de justicia.

En definitiva, para que concurra la causal *vías de hecho*, se hace necesario que el trabajador despedido haya agredido a un tercero sin provocación alguna. Por consiguiente, ella no concurriría cuando el trabajador se limita a repeler una agresión, es decir, sólo tiene lugar cuando el trabajador ha provocado una pelea a golpes con un dependiente de la empresa o establecimiento, configurándose de esta forma la causal de caducidad del contrato de trabajo.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia ha señalado (causa T-167-2020, considerando DECIMOQUINTO: *“Que, cabe señalar que la causal del artículo 160 N°1 letra c) del Código del Trabajo se refiere a conductas relacionadas con la prestación de los servicios del trabajador dentro de la empresa, excluyéndose por tanto aquellas acciones que, aunque reprochables, tienen ocasión fuera del ámbito laboral, desde que se vincula con la buena fe contractual.*

De ello deriva que la conducta atribuida al trabajador debe ser indebida, grave y comprobada, sin que exista justificación o que se encuentre amparada por alguna norma jurídica que la justifique o la legitime, o sin que presente una causa u origen que elimine el reproche a su autor.

*Así lo ha sostenido la doctrina al referirse que “la expresión *vías de hecho*, constituye una referencia genérica y omnicomprensiva de cualquier maltrato de obra o agresión física provocada por el trabajador. Dentro de ellas caben, desde luego, las riñas, golpes, peleas, enfrentamientos y reacciones desproporcionadas que menoscaban la dignidad de la víctima*



y la disciplina interna de la empresa. De cierta manera, el Código parte de la base que la sola ocurrencia de este tipo de conductas, sin justificación ni provocación previa, es lo suficientemente grave para extinguir el vínculo contractual, ya que un comportamiento de esta naturaleza implica un serio atentado tanto para la disciplina de la faena, como para la propia seguridad de las personas... por tanto, y a diferencia de lo que ocurre en materia penal, el bien jurídico protegido no es tanto la integridad corporal del empleador o del compañero de labores, sino que la disciplina básica que debe existir en la actividad laboral"

La causal que se trata por otra parte ha de afectar el desarrollo normal de la empresa, desde que lo reprochable es aquel comportamiento que implique una alteración a la seguridad de la obra y faena, además obviamente contra la seguridad del afectado. (...)"

Requisitos especiales

1. Criterio locativo: Parte de la jurisprudencia exige que la vía de hecho sea cometida en las dependencias de la empresa y durante la jornada de trabajo (CS, 4744 - 2005; CS 4367 - 2005). La jurisprudencia ha señalado también que si el hecho, en este caso la riña entre trabajadores, ocurre en un lugar, aun cuando sea al interior de la empresa, si no afecta a la buena marcha del establecimiento comercial no constituye un hecho idóneo para justificar el despido. Del mismo modo, si el hecho ocurre fuera de la empresa evidentemente tampoco podrá invocarse como causal.
2. Criterio causal: a causa o con ocasión del contrato. Tiene que manifestar una falta al deber de disciplina. (C.A Valdivia, Rol 142 - 2008; C.A Rancagua, 134 - 2007)
3. Efectos nocivos: Debe afectar moralmente y en forma continua el desempeño de las funciones de los trabajadores de la empresa. Dicho de otro modo, que estén "comprometidos los intereses del empleador o afecten a la buena marcha del establecimiento"; vid. SCS 6 de Mayo de 1993.
4. No debe haber mediado provocación del afectado



Cuándo no se configura la causal

Esta causal no se configuraría en los siguientes casos

- Si el trabajador se limita a repeler una agresión en su contra por medios racionales.
- Si la riña con el compañero de labores se produce en un recinto privado, fuera del local de la empresa, o
- Si la riña se produce fuera de las horas de trabajo,

En estos dos últimos casos no se estaría alterando la tranquilidad y disciplina que debe mantenerse en el lugar de trabajo.

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador: El concepto de injurias no se encuentra definido en el Código del Trabajo, sin embargo, el artículo 416 del Código Penal lo define como: *“toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”*, según esta definición la injuria podría ser verbal, escrita o mediante dibujos u otros medios que haga público el ánimo de injuriar.

Nuestros tribunales han señalado que las injurias que la ley [laboral] señala como suficientes para justificar el despido del trabajador no son las mismas que constituyen el delito de injurias en la forma que exige el Código Penal, sino que deben entenderse en su sentido natural y obvio; es decir, como **expresiones que agravian o ultrajan a otro, mediante obras o palabras que lo agravian.**

Los tribunales han exigido para la configuración de esta causal la presencia del ánimo o intención de injuriar, descartándose de esta forma la simple crítica del actuar de otros. Por otro lado, es importante señalar, por lo habitual de la duda, que los insultos no constituyen por si solos injurias, salvo que atenten contra la honra del afectado, por lo mismo los “garabatos” podrían si son ofensivos para el empleador ser considerados, más bien, constitutivos de un incumplimiento grave, ya que atentan contra la debida disciplina que debe imperar en la empresa, por lo mismo la Jurisprudencia ha considerado que la discusión de palabras aún en términos groseros, propios del lenguaje usados en tales casos, no pueden ser estimados como



falta de probidad, vías de hecho o conducta inmoral grave. Así tampoco el uso de expresiones soeces, atendido el nivel cultural del trabajador y la habitualidad del empleo de expresiones incorrectas e inadecuadas en dicho estrato socioeconómico de población.

Finalmente, debemos indicar que **“para estar en presencia de una injuria, resulta además necesario que se comprometa el vínculo de subordinación y dependencia en forma grave, lo que no ocurriría en toda discusión por fuerte que sea y aun cuando una de las partes hable más alto que la otra, podrá ser falta de respeto, pero no constitutivo de injuria (SCS 7 de julio de 1999)”**

Serán los tribunales los encargados de ponderar la existencia de los hechos que configuran la causal, ponderación en la cual debe tenerse en consideración el normal ambiente en que se desarrolla el trabajo.

Las injurias proferidas por los trabajadores contra un tercero, que no representa a la empresa, impiden al empleador invocar la causal.

La complejidad probatoria, sobre todo hoy, dice relación con las injurias contra el empleador en redes sociales: ¿cómo probar el nivel de perjuicio?, pues el perjuicio es casi intangible y es difícil de cuantificar en los hechos.

- e) **Conducta inmoral que afecta a la empresa;** Tampoco en esta causal se encuentra establecido el concepto en ninguna disposición legal, sin embargo, la jurisprudencia ha definido estas conductas como *“aquellos comportamientos contrarios a las buenas costumbres y en particular relacionado con cierta moral sexual”*. La profesora Irene Rojas por su parte, citando a Zuñiga y Rojas, las entiende como *“...aquellas acciones u omisiones que se opongan a un modo habitual de obrar en un determinado colectivo de personas y que dicho actuar se encuentre revestido por una sanción de carácter social”*. Es importante destacar que en relación al límite entre ámbito laboral y privado, debe recordarse que en una perspectiva actual la intromisión a la vida privada constituye una vulneración del derecho de intimidad, que está protegido por el ordenamiento jurídico.



Para determinar si el actor incurrió en conducta inmoral grave que afecta a la empresa, debe considerarse que el contrato de trabajo posee un contenido ético que trasciende sus cláusulas, que implica buena fe de ambas partes de la relación para potenciar la adecuada convivencia en el ámbito laboral. Este contenido ético resulta trasgredido toda vez que un trabajador profiere insultos de contenido sexual en contra de otras empleadas, independiente de ser estas realizadoras de un servicio externo.

Dicho deber debe considerarse violado a su vez, sin tomar en consideración si la conducta que causo menoscabo, se produjo dentro o fuera de la empresa, o si se produjo dentro o fuera del horario de trabajo, puesto que si dichos insultos fueron propinados en presencia de otros trabajadores, y éstos continuaron en el transporte otorgado por la empresa; se considera perpetrado el menoscabo a la convivencia del lugar de trabajo, y aún más importante, de las afectadas directas en un contexto laboral, por lo tanto la sanción correspondiente es la del despido.

En síntesis, el concepto de conducta inmoral es amplio, pero dice relación con el obrar que se aparta de los cánones normales de comportamiento aceptados por la sociedad. Se trata de alguna conducta grave del trabajador que no se conlleva con las normas éticas que habitualmente rigen la vida en una empresa, pudiendo tratarse de hechos de distinta naturaleza, pero siempre que se relacionen en forma directa con el desempeño laboral del trabajador. A este respecto, conviene aclarar que como requisito ineludible de este hecho para que sea calificado como idónea para poner término al contrato, es que el mismo sea grave y se manifieste al interior de la empresa, por lo que lo principal en la aplicación de esta causal no lo constituye tanto el hecho, sino su comprobación.

f) **Acoso laboral;** el acoso laboral, como indica el artículo 2 del Código del Trabajo es toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores (sujetos activos), en contra de otro u otros trabajadores (sujetos pasivos), por cualquier medio (verbal, escrito, chat, mail, etc.), 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. Procede del inglés “to mob”, que significa acosar, asaltar, atropellar, atacar en masa a alguien.

Doctrinariamente, se ha definido como “*Situación en la que una persona ejerce una **violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente** y **durante un tiempo prolongado** sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo **con la finalidad de destruir las redes de comunicación** de la víctima o víctimas, **destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que** finalmente esa persona o personas **acaben abandonando el lugar de trabajo**”.* (Heinz Leymann, doctor en Psicología del Trabajo y profesor en la Universidad de Estocolmo).

A partir de esta definición **quedarían excluidos** bajo la denominación de acoso moral **aquellos conflictos pasajeros y localizados en un momento** concreto, ya que se entiende que estos son inevitables en el ámbito de las relaciones humanas y, como tal, en el ámbito laboral.

La jurisprudencia ha dicho que “*Cabe hacer presente que, el mobbing o acoso laboral, se trata de una conducta consciente y sistemática, repetitiva, de hostigamiento contra un trabajador, así, la más común, es la que se da de un jefe a un empleado (descendente), pero también se puede dar entre pares (horizontal) o incluso de subordinados hacia sus jefes (ascendente) y si bien es cierto, puede darse en forma de gritos y amenazas, una de las formas más comunes se manifiesta aislando a la víctima de su entorno laboral, también se puede asignar tareas inútiles, exponer a trabajos de alto riesgo o demasiado exigentes, cambiar frecuentemente tareas y responsabilidades, ridiculizar por alguna razón (discapacidad, herencia étnica, forma de hablar, defectos físicos, entre otras), rehuyendo contacto con el trabajador por parte de superiores, sea aislándolo física o socialmente (no se le habla), criticando su trabajo o su vida privada, interrumpiéndolo cuando habla o evitando contacto visual con él, etc.*” (1º J.L.T. de Santiago RIT O-2649-2016).

Los actos de hostigamiento sistemáticos del empleador contra el trabajador se pueden manifestar, por ejemplo, en que se ultra vigile o se postergue de las reuniones. Esta causal nace porque era una práctica muy común intentar “aburrir” al trabajador para que renunciara (por ejemplo: hacer trabajar mucho a una persona, o no hacerla trabajar nada).



Cabe realizar un paralelo entre el acoso sexual y el acoso laboral. En el primero siempre debe haber necesariamente un acoso de índole sexual. Además, para que el acoso sexual sea sancionado no se requiere de una conducta reiterada, en cambio el acoso laboral debe ser reiterado.

¿Qué puede hacer un trabajador cuando el empleador incurre en conductas de acoso laboral?

El trabajador se puede autodespedir (Art. 171, Código del Trabajo), esto es, poner término a su contrato de trabajo, indicando como causal que el empleador incurrió en conductas de acoso laboral y tiene por objeto que sea condenada la empresa a que le pague al trabajador:

- Indemnización por años de servicios.
- Indemnización sustitutiva del aviso previo.
- Demás indemnizaciones, que es un tipo de indemnización por daño moral que fija el juez.

2. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

Estas negociaciones son efectuadas por el trabajador en su beneficio personal o de un tercero ajeno al empleador. El trabajador no puede convertirse en competidor del empleador.

Para que se configure esta causal es menester la concurrencia de tres requisitos copulativos:

- a) Que las negociaciones hayan sido ejecutadas por el trabajador en beneficio personal o de un tercero ajeno al empleador.
- b) Que las negociaciones hayan sido ejecutadas por el trabajador dentro del giro del negocio, es decir, deben ser de aquellas a que se dedica la empresa donde presta sus servicios. Normalmente se estará al giro que se declara para efectos tributarios. Las negociaciones que están fuera del giro de la empresa no pueden



prohibirse, ni aun en el contrato de trabajo, pues importaría una limitación a la garantía constitucional de la libertad de trabajo,

- c) Que la prohibición de realizar negociación se encuentre expresamente estipulada en el propio contrato de trabajo. Puede ser también el reglamento interno, en la medida que éste se considere parte integrante del contrato. Si falta esta estipulación no se configura la causal, aun cuando sí podría estarse frente a aquella contemplada en los N°s, 1 ó 7 del artículo 160, esto es, falta de probidad o incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

La jurisprudencia ha estimado que la aplicación de ella es procedente cumpliéndose con: prohibirse por escrito en el contrato la realización de negociaciones dentro del mismo giro, que se realicen “dentro del giro del negocio” y para ello debemos entender por giro del negocio las actividades a las cuales se dedica la empresa y el giro que se declara para los efectos tributarios. Por ello debemos entender que las negociaciones no prohibidas por el empleador, pueden ser realizadas libremente por el trabajador, sin perjuicio que si cumplen con el segundo requisito (estar dentro del mismo giro), podrían llegar a constituir una falta de probidad, ya que la honradez no puede quedar sujeta a la existencia de una disposición expresa que establezca y se entiende que debe existir en el actuar de las partes de un contrato la buena fe y lealtad para con el otro.

La norma debe entenderse circunscrita a la prohibición de competencia desleal. Por ello, el trabajador puede desarrollar actividades similares a las del empleador amparado en su libertad de trabajo constitucional. El reproche se produce cuando dichas actividades constituyen competencia desleal. Se busca impedir que el trabajador desarrolle otros trabajos dirigidos a la misma clientela del empleador, o que se aproveche de los conocimientos adquiridos en la empresa o que use la información a la que tiene acceso por trabajar al interior de la misma. O sea, que el trabajador por su conocimiento de las técnicas organizativas y productivas del empleador otorgue ventajas suplementarias al segundo empresario.

Es necesario señalar que la extensión de esta obligación solo se prolonga durante la vigencia del contrato, de modo que las llamadas “cláusulas de no competencia”, que obligan al trabajador a abstenerse de desempeñar



actividad alguna remunerada fuera de la empresa una vez terminada la relación, no producen ningún efecto porque son restrictivas de los derechos fundamentales a la libre contratación y elección de trabajo. La finalidad última de la limitación a la libertad de trabajo es para impedir la competencia desleal.

Las cláusulas de no competencia buscan *"impedir que el trabajador preste sus servicios a la vez en otra empresa o desarrolle el mismo giro de su empleador en forma independiente, sean durante la vigencia de la relación laboral o después de, con el objeto de evitar que aquellos dependientes más calificados que, con ocasión del desempeño de sus funciones han accedido a información técnica, profesional o comercial de interés relevante para la empresa, desarrollen por cuenta propia o ajena a una actividad semejante o abandonen su trabajo para desempeñarse en otra compañía de la competencia"*.

A la hora de escriturar esta cláusula es importante que se definan: i) las labores específicas que se prohíben; ii) el giro o ámbito de competencia, declarado previamente en SII; iii) el límite territorial; iv) límite al tamaño de la empresa.

3. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada

Esta causal consagra lo que se denomina las *"ausencias injustificadas"*, habiendo cuatro casos en los cuales se aplica, a saber:

- i) No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos: La doctrina ha precisado que deben ser dos días completos, esto es, comprender todas las horas en que la empresa se encuentra en actividad. Si durante el tiempo exigido el trabajador se presenta a alguna hora a dar sus excusas, se impediría la configuración de la causal. La jurisprudencia señala al respecto que dos días continuos se entienden cómo lunes y martes o martes y miércoles, es decir, estos días no son días laborales, sino que días calendario, por lo que no se configura la causal si el trabajador falta un día Viernes y el Lunes siguiente, ya que no son días seguidos porque hay un intervalo de uno o más días. Tampoco se configura cuando en el medio hay un día



feriado, por ejemplo, el trabajador falta de lunes a miércoles, pero el martes era feriado y no tenía que trabajar.

- ii) No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos lunes en el mes (mes calendario): La interpretación de la norma debe ser restrictiva, que favorezca al trabajador, por ello en este caso es suficiente que se falte dos lunes cualquiera en el mismo mes calendario pudiendo ser alternados, sin que se exija que estos Lunes sean en semanas corridas (por ejemplo, faltar dos lunes en marzo). La razón histórica de esta norma es evitar que los trabajadores alarguen indebidamente su descanso de fin de semana.

- iii) No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada por un total de tres días durante igual periodo de tiempo, es decir, tres días en el mes. En esta situación no se puede durante el curso del tercer día de ausencia, notificar al trabajador de su falta y su despido, pues el día aún no ha terminado, por lo que es necesario que el aviso se dé al día hábil siguiente al tercer día faltado

En estos tres casos no solo es suficiente la ausencia, sino que la ley nos exige que además esta sea injustificada, y como este es un tema subjetivo ha de ser la jurisprudencia la que resuelva en cada caso.

- iv) la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

La falta injustificada o sin aviso previo- aunque sea por un día- del trabajador que tiene a su cargo una actividad, faena o maquina cuyo abandono o paralización le provoque una perturbación grave a la marcha de la obra, en el caso de las "actividades o faenas", puede tratarse de supervisores, jefes de obra, controladores de aeropuerto, respecto de las maquinas, por



ejemplo un dependiente que este cargo de un instrumento único o fundamental para el proceso productivo de la empresa, el conductor de vehículos especiales e importantes para la empresa. **La importancia de la función exige que se reemplace a este trabajador y para ello la necesidad del aviso previo, en el caso de no poder avisar, la justificación debe ser adecuada al problema.** Por lo tanto, para aplicar la causal no hay que indagar si el trabajador con su conducta es responsable o no, en forma directa o indirecta, del hecho que genera la imposibilidad de asistencia al lugar de las faenas, sino la arbitrariedad que pudiere haber producido ante la ausencia al trabajo.

Qué ocurre con las ausencias justificadas

La jurisprudencia al respecto, ha señalado que *“no habiendo expresado la norma cuales serían las causas justificantes de la ausencia a prestar servicios, debe colegirse que estas “inasistencias justificadas” pueden corresponder a cualquier situación no imputable al trabajador que denote un impedimento para cumplir con su obligación de asistencia, entre las cuales puede constituir justificación atendible, la enfermedad del trabajador, constituyendo la licencia médica uno de los medios idóneos para acreditar la enfermedad, pues tratándose de una enfermedad, precisamente quien puede determinar la existencia de tal afección es un médico, profesional que se encuentra legalmente autorizado para ejercer la medicina y diagnosticar enfermedades y otorgar el reposo que ésta amerite”.*

“De acuerdo con lo anterior y habiéndose tenido como no controvertido que a la actora se le extendió licencia médica por el periodo de ausencia que se le imputa, no puede menos que concluirse que la ausencia de la actora a su trabajo los días 28 de septiembre 1, 2 y 3 de octubre de 2012 fue justificada por enfermedad debidamente calificada por el facultativo médico que la atendía.”

Por lo tanto, para determinar si la ausencia a las labores ha sido justificada no hay que indagar si el trabajador con su conducta es responsable o no, en forma directa o indirecta, del hecho que genera la imposibilidad de asistencia al lugar de las faenas, porque no **se está sancionando** esta circunstancia, sino **la arbitrariedad que pudiere haber habido en la ausencia al trabajo.**



Son ausencias justificadas según la jurisprudencia: i) enfermedad del trabajador; ii) reclusión en un centro de detención preventiva por no pago de pensión alimenticia o por conducir en estado de ebriedad, pues el trabajador se encuentra obligado a faltar (muy discutida); iii) la enfermedad del conviviente o de la madre cuidadora del menor.

4. Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:

- i) La salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente;

Para que se configure la causal es necesario que concurren los siguientes requisitos.

1. La salida intempestiva, esto significa que la salida debe ser dentro del tiempo en que por contrato el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios al empleador.
2. Debe ser injustificada, esto significa que el trabajador sale del lugar de trabajo, sin tener una razón, causa o motivo razonable, por ejemplo, sería plenamente justificable la salida sin previo aviso en caso de un accidente o siniestro que afecte a familiares directos, siempre y cuando posteriormente se justifiquen esos hechos.
3. Debe abandonar el sitio de la faena, la expresión "sitio de la faena" no solo significa el lugar de funcionamiento de la empresa, sino que también el lugar físico donde el trabajador desempeña sus funciones, como, por ejemplo, su oficina, si saliera de este lugar hacia otras dependencias de la empresa, por ejemplo, para atender asuntos personales.
4. Durante las horas de trabajo, es decir, durante el tiempo en que deba prestarse el trabajo
5. Sin permiso del empleador o de quien lo represente



Respecto a este abandono, la doctrina ha precisado que debe producir una interrupción en el proceso productivo o en la actividad respectiva, provocando perjuicio, y además que el perjuicio sea grave, es decir, haya una consecuencia de envergadura tal que justifica que se produzca un despido al trabajador.

- ii) La negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

Es claro que el principal requisito en esta causal es que se trate de funciones que estén estipuladas en el contrato. Es por ello, tan importante dejar claramente estipulado este aspecto en la cláusula pertinente del contrato de trabajo, pues mientras más precisas las funciones, menos problemas por interpretaciones tendremos, porque no se configura esta por ejemplo en caso que el trabajador tenga establecidos ciertos servicios, y lo obligan a hacer otros fuera de sus competencias. Así si el trabajador se niega a prestar estos servicios, no es una negativa a trabajar injustificada. Por lo tanto, lo que importa es que tenga una razón suficiente para negarse.

Una excepción a esta norma **es el artículo 184 bis**, pues otorga al trabajador derecho a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud, de hecho, los trabajadores no podrán sufrir perjuicio o menoscabo alguno derivado de la adopción de las medidas, y podrán siempre ejercer la acción de tutela de Derechos Fundamentales.

5. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a i) la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, ii) la seguridad o a la actividad de los trabajadores o iii) la salud de estos.

Se trata de una causal subjetiva, que se relaciona fundamentalmente con las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo y también, con lo relativo a la disciplina laboral. Cabe destacar que no se ha exigido la gravedad de tales actos u omisiones, pues lo que se sanciona son todas aquellas actuaciones faltas de prudencia y no intencionales en que incurre el



trabajador, en que sin razón y fundamento pone en peligro la seguridad del establecimiento y la salud de los trabajadores en su caso. En este punto cobran gran importancia el reglamento interno de la empresa y el reglamento específico de prevención de riesgos, que son los que deben indicar las obligaciones de los trabajadores en esta materia, pero no se limitan sólo a aquéllas, sino a todas las contempladas en la ley, cualquiera sea su naturaleza.

Supone en primer término que los hechos ejecutados por el dependiente sean extremadamente imprudentes o con una negligencia considerable. No se requiere entonces una intencionalidad especial, sino un olvido inexcusable de las precauciones que la prudencia común aconseja y que conduce a la realización de hechos que, de mediar malicia, constituirían delito. Es preciso indicar que al ser “actos, omisiones o imprudencias temerarias”, significa que puede tratarse de acciones positivas o negativas.

Deberán, además, afecte la seguridad o el funcionamiento del establecimiento, es decir, el lugar de trabajo donde se desempeña el trabajador o la seguridad, actividad o salud de los trabajadores, por lo tanto dañar los bienes jurídicos establecidos en la norma referida, expresión que no puede entenderse como sinónimo de producción cierta de un daño, sino sólo como la posibilidad concreta de que ese perjuicio se produzca, atendido que en el caso en que lo amenazado sea la salud de otros dependientes, lo cual atenta contra el deber de protección del artículo 184, que prevé la obligación esencial del empleador de adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.

Se trata de una causal que implica culpa, pues constituye una acción temeraria, esto significa que puede ser que se trate de un error de trabajador y no necesariamente porque quiso, pero que configura culpa (o sea fue su culpa, aunque no haya querido).

Por otra parte, los trabajadores incurrirán en esta causal cuando se presenten a trabajar aquejados de enfermedades infecto-contagiosas susceptibles de contagiarse con gran facilidad (acto temerario); cuando omita dar cuenta inmediata de desperfectos observados en las maquinarias de la empresa (omisión); Por último, un ejemplo de imprudencia temeraria: empresa de productos químicos para disolver metales, el producto estaba



contenido en un fondo que un trabajador debía supervisar, el trabajador pasó de un contenedor a otro saltando sobre estos en vez de acceder por las vías habilitadas y se quemó completo por su imprudencia.

6. El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

Esta causal regula el llamado “sabotaje” por parte del trabajador al empleador. Su principal requisito es que el daño debe ser causado en forma intencional, es decir, se trata de una causal que implica dolo, involucra una intencionalidad, por ello, se distingue de la causal anterior. La jurisprudencia ha determinado que el simple error en que puede incurrir el trabajador durante el proceso productivo, aun cuando provoque perjuicios materiales a la empresa no es suficiente para configurar la causal de sabotaje, como tampoco lo sería la desidia o falta de interés con que actuó el trabajador. Dependiendo de las circunstancias, quizás podrían llegar a ser con figurativas de otra causal como por ejemplo la imprudencia temeraria o el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato.

Al ser actos dolosos de sabotaje, requieren por lo tanto que se haya producido un perjuicio material a la empresa y que este se haya provocado de manera intencional y no por una mera falta de cuidado.

La profesora Gabriela Lanata indica que para que esta grave causal se configure es necesaria la presencia copulativa de los siguientes requisitos:

- a) Perjuicio material, vale decir, físico, tangible y probado.
- b) Que sea causado intencionalmente, o sea, no basta la mera negligencia; se requiere el propósito de causar el perjuicio. En este caso, a diferencia de la causal anterior, el legislador expresamente exigió intencionalidad, Es decir, se descarta de plano el daño que un trabajador pudiere causar casualmente en determinada maquinaria.
- c) Debe efectuarse en maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.



7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Fundamentos de la Causal

Esta causal implica el reconocimiento al carácter contractual de la relación que liga a las partes, en la que el cumplimiento de la obligación de una de ellas será la causa para el cumplimiento de sus obligaciones por la otra.

Por lo tanto, la causal en comento tiene razón de ser a partir del **principio de la buena fe**, que, si bien no es propiamente un principio del derecho del trabajo, es lo que gobierna las relaciones laborales y cuya infracción se ve reflejada en la aplicación de la causal del despido, como así han establecido nuestros tribunales en la reciente unificación de jurisprudencia (Rol 2.687-2020, de 21 de julio de 2021):

*“Sexto: Que, sobre la segunda causal invocada por el empleador (Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato), se ha destacado que se trata de “una verdadera condición resolutoria del contrato pues el negocio jurídico impone obligaciones al trabajador, cuyo incumplimiento grave da derecho al acreedor de trabajo a poner justificadamente término al contrato” (Thayer Arteaga, William; Novoa Fuenzalida, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4º edición, T. IV, p. 60); lo que ha permitido vincularla con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que señala “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no 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”. Agregando la doctrina que “existe un cierto consenso para determinar el **alcance de la causal**, estando determinado por el **contenido obligatorio que se haya estipulado por escrito (contenido expreso); las obligaciones o deberes de conducta que naturalmente se entienden incorporados (contenido ético del contrato de trabajo); y aquellas obligaciones que derivan de la dinámica fáctica de la relación de trabajo, que puedan configurar obligaciones no contenidas en el contrato escrito pero que se subentienden en razón de la prestación laboral concreta (cláusulas tácitas o subentendidas), todas las cuales pueden emanar de diversas fuentes normativas (contrato, ley, costumbre, reglamento interno, etc.)**” (Dominguez*



Montoya, Álvaro E.; Walter Diaz, Rodolfo, *El despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones laborales en el ordenamiento jurídico chileno*, Revista de derecho Universidad de Concepción, V. 85, N. 241, p. 7-40).

Séptimo: *Que la amplitud de las hipótesis fácticas que pueden ser incorporadas en esta causal de terminación de contrato y de las fuentes de las obligaciones que pueden ser consideradas, permite concluir que el actuar del demandante no sólo infringió disposiciones contenidas en los documentos internos de la compañía, como son las establecidas en su reglamento interno y código de conducta que precisa el fallo de base y que se entienden parte integrante de su contrato de trabajo al haber sido conocidos y aceptados por aquel, sino que **también conculcó los principios de buena fe que rigen la contratación y a los cuales las partes deben ajustar su conducta.***

Requisitos esenciales que exige la norma:

- a) La determinación de las obligaciones que el contrato y sus anexos imponía al trabajador: esto quiere decir que las obligaciones objeto del incumplimiento son aquellas establecidas como esenciales del contrato de trabajo. Ahora bien la expresión "obligaciones que impone el contrato" no significa que se trate exclusivamente de aquellas pactadas en forma expresa por las partes tanto en contratos individuales como instrumentos colectivos; sino que también constituye una grave infracción al contrato el reiterado incumplimiento de una norma contenida en el reglamento interno o de aquellas estipulaciones que han sido incorporadas tácitamente por la costumbre o por la propia conducta reiterada de las partes al contrato (las llamadas Cláusulas Tacitas). Por tanto, cuando se habla del incumplimiento grave de las obligaciones, deben entenderse referidas en dicha expresión todas aquellas obligaciones que emanan tanto de la convención como de la ley, es decir, las que emanan



del ordenamiento jurídico vigente, en especial las normas de carácter irrenunciable que establece la ley laboral, no siendo especialmente trascendente el origen de la obligación que se incumple.

Hay cláusulas contractuales no pactadas pero relacionadas al contenido ético jurídico del contrato, pues el contrato de trabajo exige de por sí un comportamiento acorde con los principios generales de la buena fe, y ello permite desechar las infracciones aisladas, las expresiones realizadas con justa causa de error o las faltas mínimas, ya que ellas no están rodeadas de la gravedad suficiente para poder extinguir el contrato de trabajo.

- b) La efectividad que se incumplió dichas obligaciones: Es decir, que se configure un incumplimiento contractual que debe encontrarse debidamente comprobado. La comprobación de los hechos es una exigencia básica de cualquier ordenamiento sancionador, sea cual sea la naturaleza de las infracciones. La extinción, por tanto, no puede encontrarse amparada en la sospecha o la simple posibilidad, pues se trata de hechos que deben tener una fundamentación acabada en la realidad; cuestión que por lo demás es predicable de la totalidad de las causas disciplinarias de despido.
- c) Si el incumplimiento es grave en los términos que establece la norma y habilitan para poner término al contrato: La gravedad es la frontera que permite separar el despido de la mera potestad disciplinaria impositiva de sanciones de menor entidad. Por tanto, más que la ocurrencia de situaciones aisladas, sin mayor importancia, o meros incumplimientos, lo que el legislador ha querido sancionar son faltas de una entidad tal y que su relevancia y magnitud son tan manifiestas que el único camino viable es la extinción del vínculo. Con todo, deberá ser el respectivo tribunal que conoce de la causa - en caso de reclamo por despido injustificado- el que califique si los hechos constitutivos de la terminación implican un



incumplimiento y, posteriormente, si reúnen los requisitos de gravedad para configurar la causal de término, mediante un examen judicial en que el incumplimiento pueda ser calificado como circunstancial y con fundamento tal que su gravedad emana de los actos ejecutados u omitidos. Dicha gravedad puede estar presente en la falta en sí misma, o bien en sus consecuencias.

Para que sea grave el empleador debe especificar qué aspectos tienen esa calidad, hay algunos evidentes del contenido patrimonial del contrato: la principal obligación del empleador es pagar la remuneración, otorgar el trabajo convenido y asignar la tarea relacionada; el trabajador debe cumplir con el servicio, pero, puede haber otras conductas elevadas a la calidad esencial en el contrato: cumplimiento del horario a través de la sanción a retrasos reiterados en la medida que sean significativos, por ejemplo para el trabajador de un proceso continuo y no así para el caso de la trabajadora de aseo que llega 10 minutos tarde.

El hecho que las partes eleven a esencial una determinada obligación, no importa crear una nueva causal de despido justificado, pues como ya lo hemos visto solo la ley puede establecer las causales de término de contrato, pero este hecho si crea un antecedente importante a considerar por el juez en su debido momento.

Se puede probar la gravedad en sanciones previas, advertencias, retraso constante, etc. Pero, nunca se debe sancionar dos veces una misma conducta.

En la jurisprudencia se señala que **“la gravedad de la falta se ha apreciado en relación con los efectos que ella produjo en el actor y no a la intencionalidad que haya tenido o no la demandada”**

- d) Proporcionalidad, es decir, la gravedad del incumplimiento se ponderará en razón de:
 - a. El carácter ocasional o permanente de la infracción
 - b. El perjuicio material o moral al empleador
 - c. El cargo que el trabajador posea



- d. Los años de servicio del trabajador implicado (antigüedad)
- e. Su conducta previa
- f. Entre otros

Lo anterior quiere decir que el juez realizará un examen pormenorizado e individualizado de cada supuesto, "precisando los factores que han concurrido (subjetivos y objetivos), la intención, las circunstancias previas, coetáneas y posteriores, la existencia o no de provocación grave". En síntesis, se exige un análisis individualizado de cada conducta, caso a caso, tomando en consideración las circunstancias que configuran los hechos, así como las de su autor.

En términos generales, se puede sostener que esta causal viene a constituirse como una suerte de "cajón de sastre" en que cualquier infracción de cierta magnitud a las normas del contrato o de la ley, que no puedan ser encasilladas en las otras causales del artículo 160, podrán revestir una gravedad tal y aplicárseles este número. Con todo, deberá ser el respectivo juez de la instancia el que califique si los hechos constitutivos de la terminación implican un incumplimiento y, posteriormente, si reúnen los requisitos de gravedad para configurar la causal de término.

Casos que la jurisprudencia ha considerado como constitutivos de incumplimiento grave:

- Atrasos reiterados de un trabajador, sin causa justificada: estos deben ser de tal importancia que efectivamente puedan ser calificados como un incumplimiento grave.
- Estado de ebriedad.
- Incumplimiento de registrar debidamente el control de asistencia.
- Mala atención al público.
- Incumpliendo de la jornada de trabajo.



- Falsedad en la información al empleador.
- Mala conducta laboral con repercusiones en el resto del personal.

4) Declaración unilateral de alguna de las partes:

- **Art. 159 N°2. Renuncia del trabajador, dando aviso a su empleador con treinta días de anticipación a lo menos.**

De acuerdo al art. 159 N° 2 el contrato de trabajo puede terminar por la renuncia del trabajador, de lo cual debe dar aviso a su empleador con 30 días de anticipación, a lo menos. La renuncia obedece a la sola voluntad del trabajador, pudiendo definirla como el acto unilateral a través del cual el trabajador pone término al contrato de trabajo sin expresión de causa. A diferencia de la situación del desahucio que puede dar el trabajador, la renuncia opera en cualquier situación.

La renuncia es unilateral, o sea, para que tenga plenos efectos no se requiere la voluntad del empleador, quien no la puede condicionar y no queda sujeta a aceptación del mismo, por tanto, debe provenir de la voluntad libre del trabajador y ser una expresión de su voluntad real de poner término del contrato de trabajo. Equivale al libre despido del empleador y, en estos casos, no hay consideraciones de estabilidad que la limiten, dado que la relación de trabajo es una relación de poder del empleador respecto del trabajador, donde éste debe seguir instrucciones y someterse al poder disciplinario de su jefe. Por ello, el trabajador es libre y no requiere causal para poner fin al contrato. En caso contrario, podríamos llegar a una situación de trabajo forzoso.

La falta de aviso no invalida la renuncia ni acarrea consecuencias jurídicas para el trabajador. El fundamento de su no sanción recae en que la ley entiende que el perjuicio que se le causa a un trabajador cuando se le despide (que implica sacarle su fuente de sustento) es más grave que el perjuicio que tiene para el empleador tener un trabajador menos. Gamonal indica que "cualquier límite en esta materia puede implicar una suerte de trabajo forzoso para el trabajador". Sin embargo, en el supuesto de que la falta de aviso causare daños y perjuicios, el empleador podría accionar judicialmente de acuerdo a las normas generales del Derecho Civil. Si faltan



las formalidades, el empleador debe insistir que se entreguen dichas formalidades, ya que sin estas no se ha configurado la causal de renuncia, por ello, el empleador debe asegurarse y evitar que la falta de formalidades le produzca consecuencias negativas, como la obligación a reincorporar al trabajador en caso de que este desee retornar, o una demanda por un despido carente de causal por el trabajador; incluso más, el empleador puede invocar otra causal para despedirlo, por ejemplo por la causal de ausencias injustificadas (Art. 160 n°3).

Para que la renuncia y el mutuo acuerdo produzcan efectos deben cumplirse ciertos requisitos:

- Debe constar por escrito o debe ser firmada por el interesado y por el presidente del sindicato o el delegado del personal o sindical respectivos, o ratificada por el trabajador ante el inspector del trabajo.
- También ser ratificada ante ministro de fe. Son ministro de fe para este efecto puede ser un notario, inspector de trabajo, presidente del sindicato al que esté afiliado el trabajador o delegado del sindicato respectivo.
- Excepcionalmente, no se requiere de estas formalidades (firma o ratificación) en el caso de contratos de duración no superior a 30 días salvo que se prorrogaren por un plazo superior o que, vencido el mismo, el trabajador continúe prestando servicios con conocimiento del empleador.

Es importante señalar que la renuncia otorgada por el trabajador, bajo amenaza del empleador de invocar algunas de las causales del art. 160, es inválida por la concurrencia de fuerza que vicia el consentimiento que, inclusive, puede dar pie para una acción de tutela de Derechos Fundamentales por infracción a la integridad psíquica del trabajador.

- **Art. 161 inciso 2°: Desahucio escrito del empleador**

*Art. 161 inciso 2°. En el caso de los **trabajadores que tengan poder para representar al empleador**, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos,*



de **facultades generales de administración**, y en el caso de los **trabajadores de casa particular**, el contrato de trabajo podrá, además, **terminar por desahucio escrito del empleador**, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. **Regirá también** esta norma tratándose de **cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador**, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

El empleador puede terminar el contrato respecto de ciertos trabajadores que deben cumplir con estos requisitos copulativamente: i) aquellos que tienen capacidad de representar al empleador y apoderados que tengan facultades generales de administración; ii) cargos de exclusiva confianza; y iii) trabajadores de casa particular.

Se debe enviar carta de término donde se invoque causal de derecho y los hechos (que en este caso es el cargo detentado por el trabajador). La enunciación del artículo sí es taxativa.

“Sin duda que el elemento “confianza” de una u otra forma estará siempre presente en el contrato de trabajo. Sin embargo, admite diferentes graduaciones. Así, ella será más tenue mientras menor sea la responsabilidad de la labor desarrollada por el dependiente y más acentuada en la situación inversa, llegando a su extremo en aquellos casos en que la responsabilidad del trabajador sea de tal magnitud que llegue a comprometer los intereses del empleador.

La disposición debe entenderse referida a los trabajadores que no obstante desempeñar cargos de gran responsabilidad, no gocen de facultades de representación. Llegar a determinar si se dan o no las condiciones señaladas implicará en definitiva analizar no solo el contrato respectivo, sino el trabajo que efectivamente ha realizado el dependiente, que será lo que en verdad le atribuirá el carácter de empleo de exclusiva confianza”.

“Se hace necesario aclarar que el inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo señala taxativamente los casos en los que el empleador puede despedir sin expresión de causal al trabajador, facultad que queda restringida a tres situaciones, a saber, trabajadores que tengan poder para



representar al empleador; trabajadores de casa particular y, finalmente, personas que ocupan cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador.

De acuerdo al tenor literal de la norma, no es exclusivamente la facultad de representación lo que hace aplicable la causal. Son tres las hipótesis previstas por el legislador, y solo una de ellas dice relación con ese aspecto. Para reconocer si se está o no en presencia de un cargo de esa naturaleza, más que a las atribuciones de la labor desempeñada, resulta necesario atender al contenido del servicio, como acertadamente lo hicieron los jueces del grado para establecer que el cargo de agente de la sucursal de la demandada es de aquellos de exclusiva confianza del empleador". (Exc. Corte Suprema, Rol N° 5037-2007).

El aspecto a dilucidar es si las funciones del demandante eran de aquellas consideradas como de exclusiva confianza, y, al respecto, analizados los antecedentes pertinentes de autos en conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es, recto entendimiento humano, lógico y máximas de la experiencia, debe necesariamente concluirse que sí lo era. Así, si bien en el contrato y sus posteriores modificaciones no se escrituró la naturaleza de su labor, ha operado el principio de la supremacía de la realidad, en el sentido que los hechos, apreciados en la forma ya señalada, demuestran la naturaleza del trabajo del actor y justifican el despido en virtud de la causal del artículo 161 inciso 2o del Código del Trabajo, reconocida por el como la que le fuera aplicada y a la que se refiere el documento custodiado relativo al aviso enviado por correo". (I. Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 43-2006).

PROCEDIMIENTO Y FORMALIDADES DE DESPIDO EN CDT

Una pregunta previa ¿Cuándo se entiende terminada una relación laboral?

La doctrina discute cuándo se entiende terminada la relación laboral, y finalmente se ha entendido que es en el momento que cesa la obligación de prestar servicios, es decir, la **separación efectiva**. La DT ha indicado que el contrato de trabajo debe entenderse terminado al momento en que se produce la separación del trabajador, sea que a esa fecha se haya o no invocado la correspondiente causal de término, careciendo de toda



incidencia para tales efectos aquella en que se hubiere suscrito el respectivo finiquito." (DICTAMEN 2039/99 DT), teniendo en consideración que el finiquito tiene por objeto, solamente, dejar constancia de que la relación laboral ha terminado y de las prestaciones pecuniarias que en el mismo se consignan, es decir, un instrumento que tiene efecto liberatorio para las partes como veremos más adelante. Incluso más, tampoco puede considerarse terminada la relación laboral con la comunicación (carta) del despido, puesto que es la formalidad que materializa la separación de un trabajador dependiendo de la causal invocada. Además la ley consagra plazos distintos de entrega o envío por carta certificada de la mencionada comunicación (3, 6 o a lo menos 30 días de anticipación), y el tiempo de recepción de ella por el trabajador también depende del caso a caso, por ello es que se entiende la terminación al momento de la separación efectiva, es decir, el hecho fáctico mismo, aunque no existe inconveniente jurídico en hacer coincidente la fecha en que se hace efectivo el despido con la comunicación del mismo, que se puede entender realizado el mismo día a través la firma de la carta o el envío por carta certificada, y que por cierto debe coincidir con la fecha que aparece en la carta, que va a corresponder a la que se hace efectivo el término.

A mayor abundamiento, el citado dictamen indica que:

*"Como es dable apreciar, conforme a la citada normativa, tanto **el plazo en que debe efectuarse la comunicación de término de contrato** en caso de que éste se produzca por las causales establecidas en los N°s 4°, 5° 6° del artículo 159 o cualquiera de las previstas en el artículo 160, **como aquél de que dispone el trabajador para reclamar de la aplicación de la o las causales invocadas o de que no se ha expresado causa legal alguna** para tal efecto, se cuentan **desde la separación del trabajador**, circunstancia ésta que, en opinión de esta Dirección, autoriza para sostener que **la relación laboral debe entenderse terminada a la fecha de dicha separación, sea que a ese momento se haya o no invocado la respectiva causal.***



La antedicha conclusión se corrobora si se tiene presente que la **invocación de la causal de término de la relación laboral en los casos precedentemente señalados no necesariamente es coetánea con la separación del trabajador, toda vez que, según ya se expresara, ésta debe materializarse en la comunicación que debe darse al trabajador despedido, para cuyo efecto, el empleador dispone de un plazo de 3 ó 6 días hábiles a contar de aquella**".

Antecedentes Generales de las Formalidades de Despido

La legislación actual, en materia de terminación de contrato de trabajo, reglamenta un conjunto de procedimientos que tienen que ser cumplidos por las partes a fin de darle validez formal a la conclusión de la relación laboral. Dichos procedimientos varían según sea la causal aplicada para el término de las labores, pero todas deben ceñirse a la regulación que para cada caso establece la ley.

Con todo, cabe tener presente que en diversas disposiciones, aun cuando no se cumplan las formalidades exigidas, el despido tiene valor igualmente; es decir, en Chile el no cumplimiento de las formalidades de término del contrato (salvo en el caso de trabajadores con fuero laboral) no anulan el despido, el que surte efectos sin perjuicio de las sanciones que correspondan para la parte que no ha cumplido la exigencia legal. Veamos a continuación cada uno de estos procedimientos.

1.- Finiquito (Regla general para todo despido), renuncia (Art. 159 n°2) y mutuo acuerdo (Art. 159 n°3). Art. 177 CT

Requisitos generales:

- a. **Ministros de fe:** El artículo 177 establece quienes pueden ser los ministros de fe ante el acto de la firma y ratificación del finiquito:
 - i. Presidente del sindicato o delegado sindical respectivo (firma)
 - ii. Inspector del trabajo (ratificación)
 - iii. Un notario público de la localidad (ratificación)



- iv. El oficial del registro civil de la respectiva comuna o sección de comuna y (ratificación)
 - v. El secretario municipal correspondiente (ratificación).
- b. Debe constar por escrito:** De esta forma, los instrumentos que analizamos deben ser solemnes dejando expresa constancia de los hechos que se pretendan consagrar por el acto respectivo.
- c. Para que pueda ser invocado por el empleador, se requiere que cumpla con los siguientes requisitos:**
- a. **Que sea firmado por el interesado y alguno de los ministros de fe citados en esa disposición:** cuando se habla de "interesado" se está haciendo referencia a aquella persona contra la cual se pretende hacer valer el documento. En algunos casos será el trabajador, pero en otros será, también, la persona del empleador
 - b. **Que sea ratificado por el trabajador ante alguno de los ministros de fe:** es decir, el ministro de fe actuante debe dejar constancia, de alguna manera, de la aprobación que el trabajador presta al acuerdo de voluntades que se contiene en el respectivo instrumento.

La Dirección del Trabajo en Dictamen N° 876/32 de 02.03.2005 indica que si el finiquito es firmado por el trabajador y su representante laboral, sea que se trate del presidente del sindicato o del delegado sindical, bastará, para ser invocado por el empleador, con la firma de alguno de éstos; en tanto que, si interviene un ministro de fe (inspector del trabajo o ante un notario público de la localidad, el oficial del registro civil de la respectiva comuna o sección de comuna o el secretario municipal correspondiente), el finiquito para ser invocado deberá ser ratificado por el trabajador ante alguno de tales ministros de fe.

Si no se cumplen estas formalidades (por escrito, y sobre todo la firma y ratificación), el finiquito, renuncia y mutuo acuerdo no podrá ser invocado por el empleador, por lo que no tendrá efecto liberatorio ni pleno valor probatorio de los puntos que contempla el instrumento.



Situación especial del finiquito.

- **Concepto:** El finiquito es un acto jurídico de carácter laboral, bilateral y solemne, en que las partes del contrato de trabajo, con motivo del término del mismo, dejan constancia del cumplimiento de las obligaciones de cada parte, y de las excepciones o reservas del caso. El propósito en definitiva del finiquito, es dejar constancia del término de la relación laboral, y saldar, o cancelar las cuentas que pudieren existir y que derivan del contrato de trabajo, es decir, su efecto fundamental es otorgar pleno poder liberatorio, para lo cual debe reunir todos los requisitos que al efecto contempla el inciso 1º del artículo 177 del Código del Trabajo. (Dictamen N° 335/02, 19.01.17).

La doctrina lo ha definido como *“el instrumento emanado y suscrito por las partes del contrato de trabajo, empleador y trabajador, con motivo de la terminación de la relación de trabajo, en el que dejan constancia del cabal cumplimiento que cada una de ellas ha dado a las obligaciones emanadas del contrato, sin perjuicio de las acciones o reservas con que alguna de las partes lo hubiere suscrito, con conocimiento de la otra. El finiquito en cuanto acto jurídico representa una convención y, frecuentemente, es de carácter transaccional”*. También que *“por finiquito se entiende la convención celebrada por escrito y firmada por dos partes (en este caso trabajador y empleador), por medio de la cual el trabajador se da por pagado de todo lo que por diversos conceptos pudiere adeudársele y renuncia, por tanto, a toda acción judicial o extrajudicial a su respecto; y el empleador a su vez, reconoce que no tiene cargo alguno en contra del trabajador”*.

Básicamente hablando, **las partes en la relación laboral dejan constancia en un documento firmado por ellas del término de tal relación, efectúan los ajustes de cuenta correspondientes, se otorga poder liberatorio respecto de su relación laboral, se da cuenta del pago que recibe el trabajador y se renuncia a las acciones legales que el trabajador puede tener contra el empleador por el despido.**

No es algo que se exija legalmente para extinguir un vínculo contractual, especialmente el laboral, ya que no cumple dicha función, puesto que **el finiquito no pone término al contrato de trabajo; lo que pone fin es la**



separación efectiva del trabajador, pero es recomendable pues como ya hemos dicho, otorga certeza sobre la ocurrencia de ese término, como también del cumplimiento y extinción de obligaciones.

Alcances del finiquito: El objetivo que buscan las partes con él, es dar cuenta, principalmente, que:

- o a) han cumplido total y oportunamente sus obligaciones durante la vigencia del contrato;
- o b) han cumplido las obligaciones pactadas en el mismo finiquito;
- o c) se han extinguido todas las obligaciones mencionadas, salvo aquéllas que quedan pendientes; se afirma así que posee poder liberatorio; y
- o d) no tienen reclamos pendientes, una en contra de la otra; estableciéndose normalmente la renuncia de poder efectuar alegaciones posteriores

Ciertamente, el finiquito constituye un acuerdo de voluntades, es decir, constituye una convención y, generalmente, tiene presenta un carácter transaccional. que lo constituye en una forma de extinguir derechos y obligaciones de naturaleza laboral cuyo nacimiento se corresponde con la voluntad de las partes que lo suscriben, que son quienes consintieron en dar por terminada una relación laboral en determinadas condiciones, expresando ese asentimiento libre de todo vicio. El Código civil en el art. 2446 define la transacción como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. Asimismo, el finiquito legalmente celebrado tiene la misma fuerza que una sentencia firme o ejecutoriada y provoca el término de la relación en las condiciones que en él se consignan.

Con el objeto de dar un rápido cumplimiento a las estipulaciones que en él constan, se le ha otorgado a este instrumento el valor de título ejecutivo.



- *Formalidades esenciales del finiquito:*
 - Este deberá ser otorgado por el empleador, por escrito
 - Debe ser otorgado dentro de 10 días hábiles, contados desde la separación del trabajador.
 - En ese plazo se debe otorgar el finiquito y además, poner a disposición del trabajador su correspondiente pago, es decir, debe ser pagado en ese acto.
 - Por regla general, tanto las remuneraciones adeudadas (Art. 63 bis) como las indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del preaviso (si no se ha dado tal aviso previo), en caso de invocarse la causal de "necesidades de la empresa" (Art. 169), deberán pagarse en un solo acto al momento de extender el finiquito.

Ahora bien, tal como señala el artículo 63 bis, las partes podrán acordar el fraccionamiento del pago de las remuneraciones adeudadas; a su vez el artículo 169 letra a) también indica que las partes podrán acordar el fraccionamiento del pago de las indemnizaciones, vale decir en cuotas, las que deberán consignar los intereses y reajustes del periodo; su vez deberá ser ratificado ante la Inspección del Trabajo. Sin embargo, si el empleador incumple el pacto hará inmediatamente exigible el total de la deuda y será sancionado con multa administrativa.

El artículo señala otra sanción respecto del incumplimiento del empleador, mucho más alta que lo anterior, pues en el caso que tales sumas (tanto indemnizaciones como remuneraciones) no se pagaren al trabajador, éste podrá recurrir al tribunal que corresponda, para que en procedimiento ejecutivo se ordene y cumpla dicho pago, pudiendo el juez en este caso incrementarlas hasta en un 150%, sirviendo como título, la carta aviso de término del contrato.

- El finiquito legalmente celebrado se asimila a una sentencia firme o ejecutoriada (inamovible) y provoca el término de la relación laboral en las condiciones que en él se consignan, siempre que este reúna los requisitos contemplados en el art. 177 CT, esto es:



o Debe constar por escrito.

o Para ser invocado por el empleador, debe haber sido firmado por el interesado y alguno de los ministros de fe correspondiente.

- *Efectos que provoca el finiquito*
 - *Efecto ejecutivo del finiquito:* El finiquito ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo o ante alguno de los funcionarios que pueden actuar como ministros de fe, así como sus copias autorizadas, tendrá mérito ejecutivo respecto de las obligaciones pendientes que se hubieren consignado en él.

Esto implica por tanto que el finiquito firmado por ambas partes es un título ejecutivo, es decir, un documento que contiene una obligación expresa, clara y exigible cuyo cumplimiento puede ser perseguido judicialmente mediante un proceso ejecutivo.

- *Efecto liberatorio del finiquito:* Dado su naturaleza transaccional, el efecto liberatorio implica que en todo aquello que las partes digan que no hay deuda pendiente, se va a producir la liberación. La declaración de las partes respecto a que no se adeudan nada debe ser precisa y específica, y sobre esas precisiones y especificidades operará el efecto liberatorio, es decir, no podrá haber acciones posteriores. Sin embargo, se han generado ciertos abusos con este tipo de cláusulas, y eso hizo que la CS, en un recurso de unificación de jurisprudencia, ponga en cuestionamiento que sea posible que el trabajador libere al empleador por indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales.

Sabemos que el finiquito es vinculante para las partes, obligando a ellas en lo declarado. No obstante, el alcance del poder liberatorio del finiquito “se restringe a todo aquello en que las partes han concordado expresamente y no se extiende a los aspectos en que el consentimiento no se formó, sea porque una de las partes formula la reserva correspondiente, sea porque se trate de derechos u obligaciones no especificados por los comparecientes,



sea por cualesquiera otras razones que el entendimiento humano pudiera abarcar” (Sentencia Corte Suprema, de fecha 8 de julio de 2014, Rol N° 14656/2013)

- *Reserva de derechos:* Se trata de una garantía para el trabajador en el finiquito, que le permite la discusión posterior de aquellas materias que el trabajador considere no han sido satisfechas por el empleador al momento de extender el finiquito.

La jurisprudencia, en especial la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 27 de mayo de 2019, Rol N° 209/2019 (LTM 17788650) ha indicado que: “[...] **la reserva de derechos es un acto unilateral del trabajador, por el cual manifiesta que no está de acuerdo con alguno de los puntos indicados en el finiquito, por lo que, en este aspecto, el poder liberatorio no es pleno o completo y podrá demandar posteriormente respecto a dichos puntos.**”. Lo anterior le permite poder demandar posteriormente en un juicio respecto de la materia específica que se ha reservado, por lo tanto, el efecto liberatorio operará sobre todo menos sobre las reservas.

El trabajador tiene pleno derecho para dejar reserva de sus derechos en el finiquito respectivo, es más, el empleador no puede sujetar el pago del finiquito a la firma de un finiquito sin reserva de acciones ni de derechos. Esto se hace en la lógica de protección sobre el trabajador, donde puede ocurrir que este tenga objeciones en su despido, pero necesita su dinero de manera inmediata.

La reserva de derechos para que pueda un trabajador hacerla exigible y cuestionar sobre el derecho que se reservó debe ser precisa y clara. No puede ser presentada en términos genéricos. La misma sentencia mencionada señala que “[...] debe entenderse que esta reserva de derechos debe formularse por el actor, en términos precisos y concretos, debiendo indicarse específicamente, en qué puntos del finiquito corresponde el derecho al que se reserva. Lo anterior no quiere decir que deba expresarse algunas palabras sacramentales sino solo qué rubros de los pagados no está de acuerdo y que, por ellos, recurrirá a la vía judicial” En efecto, “la reserva de derechos consignada en un finiquito firmado por



ambas partes debe extenderse a lo que en él se expresa, y respecto a lo cual las partes han acordado”

Se ha instruido a las notarías que no pueden limitar la entrega del documento de pago del finiquito al hecho que el trabajador firme el finiquito sin reserva de derechos, de hecho, deben autorizar a los trabajadores a formular reservas de derechos en los finiquitos.

La institución de la reserva de derechos no tenía consagración legal hasta ahora, con la dictación de la ley N° 21.361 “que adecua el Código del Trabajo en materia de documentos electrónicos laborales”, pues en el nuevo inciso 6° del artículo 177 indica expresamente que “**El trabajador que haya aceptado la suscripción del finiquito podrá consignar que se reserva el derecho a accionar judicialmente contra su empleador**”, y por otro lado, el nuevo inciso 8° del artículo 162 establece la obligatoriedad del empleador de informar al trabajador en la carta de despido que “al momento de suscribir el finiquito, si lo estima necesario **podrá formular reserva de derechos**”, por lo tanto, la norma viene a reconocer de forma clara el derecho del trabajador a dicha reserva para poder ejercer sus derechos posteriormente ante tribunales como explicamos.

- Situación especial en lo que respecta al pago de las cotizaciones previsionales: La Nulidad del Despido
- **Fundamentos de la institución:** Para que el **empleador pueda proceder a la terminación del contrato de trabajo, se exige que se encuentre al día en el pago de las cotizaciones previsionales en las entidades de seguridad social. En efecto, se impone la obligación de pago de cotizaciones previsionales atrasadas como requisito previo al término de la relación laboral por parte del empleador.** Es menester aclarar que el texto legal se refiere al pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido.

La sanción para el empleador es de índole económica, pues si al momento de terminar el contrato existiere deuda previsional, debe pagar las remuneraciones y demás prestaciones desde el despido hasta el día en que se paguen las cotizaciones morosas. El acto —aunque más bien constituye



una omisión— que configura la nulidad de la terminación del contrato de trabajo es no haber efectuado el íntegro de las cotizaciones devengadas hasta el último día del mes anterior al de dicha terminación, al momento del despido, pues, por mandato legal, en tal supuesto "..., este no producirá el efecto de poner término al contrato" (art. 162, inc. 5º, CT).

Si bien la ley habla que el despido no produce efecto, al existir deuda previsional, la sanción no es la nulidad, sino que es una sanción de tipo pecuniario, por lo cual, no procede la reincorporación 132. En virtud de esto, entendemos que **el caso de la nulidad del despido tiene como efecto esencial la interrupción del contrato de trabajo, pues este contrato de trabajo permanece vigente, pero el trabajador no presta sus servicios; no obstante, el empleador sí está obligado a pagar las remuneraciones.**

El pago de las remuneraciones y demás prestaciones, es por todo el período que medie entre la terminación del contrato y el pago de las cotizaciones adeudadas, lo que debe ser comunicado vía correo certificado al trabajador.

Finalmente, es sumamente necesario tener en cuenta que la nulidad del despido sólo aplica cuando la desvinculación del empleado ocurre por las causales del Artículo 159 números 4, 5 y 6, Artículo 160 y Artículo 161 del Código del Trabajo. Esto significa que **la sanción no es aplicable si las causales de término del contrato son renuncia voluntaria, mutuo acuerdo o muerte del trabajador.**

- **Pago de cotizaciones previsionales:** "Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen.

Si las cotizaciones no están pagadas al momento del despido, se origina la sanción de "nulidad del despido".



- **Nulidad del despido (sanción):** Si el empleador no hubiere efectuado el [pago] íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, **éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo** (sólo para efectos remuneracionales) **y se traduce en que (...) el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la de envío o entrega de la comunicación de pago de las cotizaciones morosas** (comunicación de la convalidación), **junto con la documentación previsional pertinente en que conste el pago de las cotizaciones morosas del trabajador.**

Al tenor de lo expuesto, posible es concluir que el empleador durante el período comprendido entre el término de la relación laboral y el envío de la comunicación de pago de las cotizaciones previsionales, se encuentra obligado a continuar pagando todos los beneficios en dinero o en especie a que tenía derecho el trabajador al momento de la terminación del contrato, sin importar la naturaleza jurídica de ellos.

- **Convalidación del despido afecto a nulidad por no pago de cotizaciones:** Dado que uno de los objetivos de esta norma sobre nulidad del despido es incentivar el pago de las cotizaciones de seguridad social, es posible **convalidar dicho acto jurídico de la terminación del contrato de trabajo, mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador.** La **convalidación debe informarse al trabajador mediante carta certificada acompañada de los comprobantes de pago emitidos por la institución o instituciones previsionales correspondientes,** en que conste la recepción del pago adeudado. El requisito del envío de la carta certificada es sumamente esencial, pues **si no se informa al trabajador, no se entiende convalidado el despido.**
- **Errores u omisiones que se incurren en la carta de aviso de término**
 - No invalidan la terminación del contrato.



- Se pueden cursar multas administrativas, según lo dispuesto en el artículo 506 CT.

Si el error u omisión dice relación con la obligación de pago íntegro de las cotizaciones previsionales, sí se invalidará el despido, pero en los términos antes expuestos, es decir, sólo para efectos remuneracionales.

- La Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, estará especialmente facultada para exigir al empleador la acreditación del pago de cotizaciones previsionales al momento del despido. Asimismo, estará facultada para exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el lapso comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación del pago de las cotizaciones al trabajador. Las infracciones a este inciso se sancionarán con multa de 2 a 20 UTM.

Importancia práctica de la carta de despido

La redacción de una carta de despido correcta, que cumpla con una detallada descripción de los hechos que provocaron el despido y la invocación correcta de la causal, es de suma importancia para ambas partes:

- **Por un lado, para el trabajador**, ya que la finalidad del aviso es permitir que este tome conocimiento de los hechos que fundan el término de su contrato de trabajo, y evitar que este quede en un estado de indefensión –en el eventual caso que el empleador no envíe este aviso o no exprese la o las causales invocadas en el mismo- y, de este modo pueda defender sus intereses ante el empleador en un eventual juicio por despido injustificado.
- **Por otro para el empleador**, ya que se impide que este durante la litis aduzca razones distintas a las comunicadas al trabajador y a las autoridades, y en la medida que se aparte de la formalidad que conlleva dicho instrumento, es decir, relatar los hechos de forma precisa, los tribunales lo declararán inmediatamente como un despido injustificado. Según reconoce el art. 454 N° 1) del CdT, en la audiencia de juicio, en los casos de impugnación del



despido, corresponderá en primer lugar al demandado (el empleador) la rendición de prueba, **debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones del art. 162 (cartas de despido), sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido.**

La jurisprudencia también deja claro la importancia de la fundamentación de la carta de despido, como señala el considerando 4º de la sentencia Rol N° 365-2014, de fecha 26 de agosto de 2014, emanada de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel:

*“Contrariamente a lo que sostiene el recurrente **la carta de despido debe ser explícita y bastarse a sí misma, para que el trabajador conozca bien las razones de su término de los servicios y pueda defenderse en la instancia jurisdiccional correspondiente.** Por lo mismo, expresiones como "estrictas medidas de presupuestos de la empresa", o "proceso de racionalización de los servicios" o "necesidades de reestructuración operativas" carecen de un sustrato fáctico, fenomenológico, **y son afirmaciones genéricas que están lejos de vincular al trabajador afectado con una situación concreta que le permita -al menos- entender la razón de su despido**".*

Un procedimiento especial de despido: El Despido Indirecto o Autodespido

¿Qué ocurre si el empleador incurre en las causales de despido? ¿Qué herramientas tiene el trabajador, por ejemplo, por falta de probidad o acosos por parte del empleador? Esta se encuentra en el auto despido o despido indirecto.

Es una acción que el legislador le otorga al trabajador para que este sea el que tome la iniciativa de terminar la relación laboral. Esta infracción que comete el empleador requerirá *imputación de causa y relato de hechos* (es decir, tiene las mismas exigencias que respecto del trabajador) Para esto, el trabajador deberá redactar una carta, indicando que pone término a la relación, que indique en que causal se funda, y relate los hechos que la justifican.



a. Concepto

Según William Thayer y Patricio Novoa se denomina despido indirecto, al “*término del contrato de trabajo decidido por el trabajador y de acuerdo al procedimiento que la ley le franquea, motivado porque el empleador incurrió en causal de caducidad de contrato que le sea imputable, lo cual da derecho al trabajador al pago de la correspondiente indemnización por años de servicios*”.

Implica la posibilidad en que el trabajador pone término al contrato de trabajo cuando el empleador incurra en las causales del CT art 160 números 1, 5 o 7.

b. Características

- Es una facultad que le corresponde al trabajador (de ahí que se denomine *auto despido*)
- Es preciso que el empleador incurra en alguna de las causales señaladas por el Código, particularmente una disciplinaria, y las expresamente admitidas por el legislador.
- Si se acredita que efectivamente el empleador incurrió en estas causales, el contrato de trabajo terminará por causal imputable a este y deberá cancelarse al trabajador las indemnizaciones legales o convencionales que correspondan (mismo efecto que el *despido*) Ahora bien, si rechazan la demanda de auto despido, la relación laboral estará terminada, pero será por *renuncia del trabajador*.
- Si el Tribunal rechaza el reclamo del trabajador por despido injustificado, se entiende que el contrato de trabajo ha terminado por *renuncia del trabajador*.

c. Requisitos

- El empleador debe ejecutar algún acto que configure las causales del nº 1, 5 o 7 del artículo 160 del CT.



- 1°. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:
 - a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;
 - b) Conductas de acoso sexual;
 - c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;
 - d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador;
 - e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, y
 - f) Conductas de acoso laboral.
- 5°. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos
- 7°. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. *Este es el caso del no pago de las obligaciones previsionales.*

El trabajador, para poner término al contrato de trabajo por causal imputable al empleador debe cumplir dos obligaciones, una de tipo administrativa y la otra de tipo judicial, a saber:

- **Administrativa:** El trabajador debe dar los avisos que exige el artículo 162 en la forma y oportunidades allí señaladas, o sea, debe comunicar por escrito al empleador el término de contrato, indicando la causal que se invoca para tal efecto y los hechos que la configuran.



Esta comunicación debe efectuarse en el plazo de tres días hábiles contados desde la terminación del contrato. En el mismo plazo debe enviar copia del aviso a la Inspección del Trabajo.

- **Judicial:** El trabajador debe recurrir ante el Juzgado del Trabajo correspondiente, vale decir demandar por despido indirecto, con objeto que el tribunal declare que efectivamente el empleador ha incurrido en algunos de estos actos y que a su vez ordene el pago de las indemnizaciones correspondientes.

La demanda respectiva debe interponerse dentro de los 60 días hábiles "contados desde la terminación", que se refiere a la fecha que el trabajador pone término al contrato (mismo plazo del despido).

d. El despido indirecto en casos del art. 160 n°1 del Código del Trabajo.

En el art. 160 n°1, hay algunas causales comprometedoras para un empleador (por ejemplo, auto despido por acoso sexual o laboral, por afectar integridad psíquica, etc.), pudiendo afectar su reputación. Para evitar demandas especulativas el código ha establecido una regla especial.

Conforme al art. 171 del CT:

- Tratándose de la aplicación de las causales de las letras a) (falta de probidad del trabajador en ejercicio de sus funciones), b) (conductas de acoso sexual) y f) (acoso laboral) del número 1 del artículo 160, el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción del despido indirecto, las otras indemnizaciones a que tenga derecho (como por ejemplo el daño moral).
- Cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, responderá en conformidad a los incisos primero y segundo precedentes, es decir, en los casos de la causal de acoso sexual, si el empleador ante una denuncia por conductas de este tipo no hubiere dispuesto procedimientos



de fiscalización y sanción de dicha conducta tanto en el Reglamento Interno como en la ley, la indemnización por años de servicio en el auto-despido tendrá incremento y por cierto tendrá que pagar las otras indemnizaciones a las que el trabajador tenga derecho, como forma de sanción al empleador; caso contrario, si realmente lo hubiera ejercido no se producirá el incremento mencionado.

- Si el trabajador hubiese invocado la causal de la letra b) o f) del número 1 del artículo 160 -es decir, conductas de acoso sexual o laboral- falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado. En el evento que la causal haya sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de los perjuicios, quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan¹⁴⁰, con el objeto de ser sancionado, como por ejemplo, por perjurio y hasta quedar privado de libertad.

e. Objeto del despido indirecto:

El principal efecto que se persigue con la interposición de una demanda por despido injustificado **es el pago de las indemnizaciones legales o convencionales, la sustitutiva del aviso previo, según corresponda, y el pago del recargo** del 50% de la indemnización (en caso de la causal del artículo 160 N° 7 CdT) o del 80% (en caso de la causal del artículo 160 N° 1 y 5 CdT), según corresponda.



XII. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD, LA PATERNIDAD Y LA VIDA FAMILIAR

Módulo 2: Protección a la maternidad

Docente: Mónica Madariaga S., abogada UDEGEN

1. Fuero maternal

El fuero laboral está regulado en el artículo 201 y 174 del Código del Trabajo y consiste en una protección especial que contempla la ley respecto de la mujer embarazada, consistente en la imposibilidad del empleador de poner término a su contrato de trabajo sin que exista autorización judicial previa. También tienen fuero quienes obtengan el cuidado personal de un menor.

Respecto a la duración del fuero, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del Código del Trabajo, el fuero maternal de que goza una trabajadora embarazada se extiende desde el inicio de su embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis.

En otras palabras, por regla general y salvo que exista una licencia de descanso post natal suplementario, el fuero se prolongaría hasta cuando el hijo cumpla un año y 84 días de edad.

El empleador no puede poner término al contrato de trabajo de la trabajadora con fuero, si no es con autorización previa de un juez competente, quien solo puede concederla bajo las siguientes causales de despido:

- Vencimiento del plazo del contrato.
- Conclusión del trabajo o servicio contratado.
- Cualquiera de las causales legales que habilitan al despido sin indemnización por conducta indebida de carácter grave del trabajador, del artículo 160 del Código del Trabajo.

Por su parte, la trabajadora puede, voluntariamente y con pleno conocimiento de sus derechos, renunciar al contrato de trabajo y con ello a su fuero.



Si el empleador pone término al contrato de trabajo sin saber del estado de embarazo –o del cuidado personal o tuición de un menor-, el despido queda sin efecto y la trabajadora debe volver a su trabajo. Por lo tanto, debe ser reincorporada en sus funciones y además tiene derecho a que se le pague la remuneración por el tiempo en que no trabajó a causa de su despido.

Para ello, basta con la sola presentación del certificado médico o de matrona corroborando el embarazo, o una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor.

La mujer tiene un plazo de sesenta días hábiles desde el despido para comunicar que estaba embarazada al momento de terminar el contrato de trabajo o de la resolución que otorga el cuidado personal o tuición del menor.

En consecuencia, su empleador solo puede poner término a las labores de una mujer con fuero por causal legal, por vencimiento del plazo del contrato, conclusión del trabajo o servicio contratado o por conducta indebida de carácter grave debidamente acreditada del(la) trabajador(a). El fuero sólo protege la permanencia en el organismo; no así eventuales cambios de distribución de jornada.

2. Permisos especiales

2.1. Permiso por nacimiento de un hijo

Este permiso se encuentra regulado en el **artículo 195 del Código del Trabajo**, inciso segundo, y señala lo siguiente:

Este es un derecho irrenunciable que tiene el padre, que consiste en un permiso para ausentarse de su trabajo por cinco días, los que son remunerados por el empleador como si hubiera trabajado. Este permiso opera también en el caso de adopción.

El trabajador puede hacer valer este permiso desde el momento del parto, en forma continua o discontinua, pero debe tomarse los cinco días durante el primer mes. De no hacerlo, pierde los días que no se haya tomado.

Casos del permiso por nacimiento de un hijo en los cargos de 22 y 28 horas semanales.

Muchos problemas se producen con la concesión de este permiso en materia de funcionarios de salud sujetos a sistemas de jornadas especiales, como son los médicos.



En dicho contexto suele haber confusión en cómo otorgar este derecho en caso de médicos que cumplen jornadas de 22 horas semanales, en caso de jornadas de 28 horas semanales y cuando un mismo médico tiene una jornada de 22/28 en el mismo establecimiento de salud.

Al respecto cabe indicar, que conforme jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República, tratándose de los funcionarios regidos por la Ley N° 15.076, respecto de los profesionales funcionarios que no cumplan su jornada semanal en la forma dispuesta en los incisos primero y segundo del artículo 12 de la Ley N° 15.076 -que dividen las jornadas de que trata en horas de trabajo ordenadas de lunes a sábado-, o en que dicha jornada no esté distribuida de manera uniforme de lunes a viernes, se considerará que un día de permiso corresponde a la cantidad de horas que resulte de dividir por cinco la jornada semanal.

De conformidad al inciso segundo del artículo 25 de la Ley N° 15.076, el respectivo Servicio deberá proceder a dividir por cinco el número de horas de la jornada semanal contratada, correspondiendo la fracción así obtenida a un día de trabajo para los efectos del permiso.

En consecuencia, para los cargos de 28 horas semanales primero debemos indicar que cuando la jornada semanal de profesional de ese hospital está concentrada en un solo día de la semana, debe entenderse que es con cargo a dicha distribución horaria que debe cumplirse el descanso paternal, porque precisamente en aquel día de labores se cumple la jornada semanal de trabajo y no en otros días respecto de los cuales el interesado no tiene la obligación de asistir. La autoridad del hospital adoptará un criterio de proporcionalidad, dividiendo la jornada de 28 horas que el interesado cumple una vez por semana en una rotativa de turnos considerándose cada fracción de 5,6 horas resultante de esta división, como equivalente a una jornada diaria de trabajo¹.

Esto porque cuanto al referir el Código del Trabajo que el permiso paternal equivale a 5 días, supone la autorización para ausentarse del lugar de trabajo durante 5 jornadas laborales diarias, lo que unido a la circunstancia de que conforme a la citada ley 18.834, la jornada semanal se divide en cinco días (de lunes a viernes), permite concluir que, si la jornada semanal ha sido concentrada en un sólo día, lo mismo ha sucedido con las jornadas diarias de trabajo.

Luego, es precisamente en aquel día de turno fijado para el cumplimiento de la jornada semanal, con cargo al cual debe hacerse efectivo el derecho

¹ Dictamen emitido por la Contraloría General de la República N° 55.925, fecha: 23 de noviembre de 2006. En el mismo sentido, se pronuncian el dictamen emitido por el mismo organismo, N° 4.258, fecha: 29 de enero de 2007



al descanso paternal analizado, para lo cual es menester que el número de horas contratadas sea dividido por el número de días en que, conforme al art 65 del Estatuto Administrativo, se distribuye la jornada semanal de trabajo de los funcionarios públicos, vale decir, cinco.

Así, la fracción de tiempo resultante equivaldrá a un día de trabajo para los fines del permiso, fracción de tiempo que el funcionario podrá, a su arbitrio, elegir acumular en su integridad e imputarlas de una sola vez al turno más inmediato que le corresponda cumplir o distribuir dichas parcialidades, aplicándolas a cualquiera de los turnos en que cumpla su jornada semanal, siempre que estos turnos queden comprendidos dentro del mes siguiente al nacimiento del hijo causante del derecho.

Respecto a la jornada de 22 horas, Contraloría se ha pronunciado que también se trata de una jornada parcial y que el permiso paternal de 5 días debe ejercerse en días efectivos de trabajo². Por lo tanto, a modo de ejemplo, si existe una jornada parcial de 22 horas que se cumple en los días lunes, miércoles y jueves, y se decide el permiso con días corridos desde el nacimiento, y el hijo nació un día domingo, entonces el descanso corresponderá a los días: lunes, miércoles, jueves, lunes y miércoles.

Actualmente, no existe un pronunciamiento oficial de Contraloría se pronuncien sobre el caso de 2 cargos uno de 22 horas semanales más otro de 28 ley 15.076 en conjunto.

En consecuencia, como Unidad de Defensa de Género hemos sostenido que se debe otorgar los 5 días en proporción a cada uno de estos contratos, de tal manera que se me debe otorgar permiso por el cargo de 28 horas en razón de la división indicada previamente, lo que correspondería a un turno y además se debe otorgar permiso por mi contrata de 22 horas semanales, hasta completar 5 días hábiles de permiso.

Lo anterior debido a que Contraloría indica constantemente que este permiso se debe conceder debido a la regulación de una jornada completa de 44 horas del estatuto administrativo, el que se aplica supletoriamente a ambas normativas del 22/28.

Por su parte, se ha observado que en caso de médicos que tienen jornadas de 22 y 28 horas en establecimientos de salud distintos o dependientes de distintos servicios de salud, se otorgan 5 días debido a su contrata de 22 horas y un permiso equivalente a un turno completo de 28 horas aplicando por separado los dictámenes antes referidos.

² Dictamen emitido por la Contraloría General de la República N° 3.084, fecha: 18 de enero de 2010. En el mismo sentido se pronuncia el dictamen emitido por el mismo organismo N° 2.333, fecha: 12 de enero de 2016



2.2. Permiso pagado para los trabajadores que contraigan matrimonio

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

En este caso, el trabajador o la trabajadora tiene derecho a cinco días hábiles continuos, adicionales al feriado anual o vacaciones e independientemente del tiempo que lleve prestando servicios. Este permiso puede tomarse los días inmediatamente anteriores o posteriores al día del matrimonio. El empleador debe pagar tales días como si hubieran sido trabajados.

Los trabajadores que hagan uso de este permiso deben avisar a su empleador con treinta días de anticipación y presentar dentro de los treinta días siguientes a la celebración el respectivo certificado de matrimonio del Servicio de Registro Civil e Identificación.

2.3. Permiso por muerte de un hijo, cónyuge o conviviente civil

Este permiso está regulado en el artículo 66 del Código del Trabajo. Por lo tanto, se encuentra en el libro primero, Capítulo VII del Código del Trabajo, respecto del feriado anual y permisos.

Consiste en un permiso de diez días corridos de permiso pagado en caso de muerte de un hijo, a contar del día del fallecimiento. En caso de muerte de del cónyuge o conviviente civil, el permiso es de siete días corridos de permiso pagado. El trabajador gozará de fuero laboral por un mes, a contar del respectivo fallecimiento.

2.4. Permiso por muerte del hijo en periodo de gestación, del padre

Se encuentra regulado en el mismo artículo 66, incisos segundo y tercero, Código del Trabajo.

Es un derecho a siete días hábiles de permiso pagado, contados desde el día del fallecimiento. Es adicional al feriado anual, no se puede renunciar ni compensar en dinero, ejerciéndose con independencia del tiempo de servicio. Este permiso se contabilizará desde que se acredite la muerte con el respectivo certificado de defunción fetal.



2.5. Permiso por accidente grave, o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte de los menores 18 años

Se encuentra en el artículo 199 bis, del Código del Trabajo. Libro II título II, de la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar.

Consiste en un permiso, otorgado al padre y a la madre de un menor de 18 años que requiera de su cuidado personal, por haber tenido accidente grave, o padecer enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte. Los padres pueden ejercer el permiso conjunta o separadamente.

Este beneficio consiste en la posibilidad de ausentarse del trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección del trabajador o trabajadora en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales.

Este permiso exige que el médico que tenga a su cargo la atención del niño o niña emita el respectivo certificado. Además, podrán hacer uso de este permiso la persona que tenga el cuidado personal del o la menor, otorgado por resolución judicial.

Como este beneficio es un permiso, el tiempo no trabajado deberá ser restituido, ya sea mediante imputación a su próximo feriado anual, extendiendo posteriormente su jornada, o a través de cualquier forma que convengan las partes. En el caso de los funcionarios, los días a recuperar se podrán imputar al feriado anual o a días administrativos. Si ello no es posible, se podrá descontar el tiempo equivalente al permiso de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes.

2.6. Permiso por tener cónyuge, conviviente civil o padres desahuciados o en estado terminal

Se encuentra regulado en el artículo 199, inciso cuarto, del Código del Trabajo. Permite a él (la) trabajador(a) ausentarse en los mismos términos que el permiso por accidente o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte del menor de 18 años. Requiere la acreditación de esta circunstancia mediante certificado médico.



BIBLIOGRAFÍA

1. DFL 1 del Ministerio del trabajo y previsión social, Código del Trabajo
 2. DFL 1 del Ministerio de Salud: fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n°15.076.
 3. DFL 29 del Ministerio de Hacienda, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n° 18.834, sobre estatuto administrativo
 4. Contraloría General de la República, dictámenes:
 - a. N° 55.925, fecha: 23 de noviembre de 2006.
 - b. N° 4.258, fecha: 29 de enero de 2007
 - c. N° 3.084, fecha: 18 de enero de 2010.
 - d. N° 2.333, fecha: 12 de enero de 2016
-



XIII. CONTRATACIÓN PÚBLICA

Mecanismos de compras y contrataciones e instrumentos de gestión para la gestión de compras

Docente: Diego Vega ., abogado UDELAM

MECANISMOS DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

Los mecanismos de contratación son, en el contexto de la ley de compras, aquellos procedimientos administrativos destinados a seleccionar al contratante de la Administración.

Al respecto, el artículo 9° de la Ley N° 18.575, dispone que: *“Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley”*.

A su vez, el artículo 5° inciso primero de la Ley N° 19.886, preceptúa que: *“La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa”*.

Complementando el precepto, el artículo 7° inciso primero del Reglamento señala que: *“Las adquisiciones de bienes o contrataciones de servicios serán efectuadas por las entidades a través de los Convenios Marco, Licitación Pública, Licitación Privada, Trato o Contratación Directa, de conformidad a la Ley de Compras y su Reglamento”*.

En virtud de las normas transcritas, se puede apreciar un orden de prelación respecto a los procesos de selección de contratistas. En primer lugar, se debe señalar que la regla general y primaria es la licitación pública, lo que puede parecer alterado por la institución del convenio marco, sin embargo, dicha modalidad está precedida de una licitación pública llevada a cabo por la Dirección de Compras y Contratación Pública, por lo que en realidad sólo es una excepción aparente.

Luego, a continuación de la licitación pública aparece la licitación privada, y finalmente, como última ratio, la contratación directa.



El apego a este orden de prelación reviste gran importancia para el legislador, lo que se puede apreciar en la disposición del numeral 7 del artículo 62 de la Ley N° 18.575, que dispone que contraviene especialmente el principio de probidad omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, lo cual conlleva la medida disciplinaria de destitución. Lo anterior, por cuanto la omisión de la propuesta pública puede decir relación con alguna forma de corrupción al interior de la Administración.

Convenios Marco

Conforme al artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 19.886, los Convenios Marco constituyen un procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a la Administración del Estado, en la forma, plazo y demás condiciones que se establezcan en los mismos convenios.

Así, los referidos Convenios tienen como objetivo ofrecer a las Instituciones de la Administración, productos y servicios en condiciones técnicas y comerciales óptimas, particularmente en términos de precio y plazo de entrega, que contribuyan a reducir los costos y riesgos administrativos en la adquisición de los bienes y servicios comúnmente requeridos por ellas.

Según lo dispuesto en el artículo 8° del Reglamento, las entidades celebrarán directamente sus contratos de suministro o servicio por medio de los Convenios Marco, licitados y adjudicados por la Dirección de Compras, sin importar el monto de las contrataciones, los que serán publicados por la Dirección de Compras mediante un catálogo electrónico en la plataforma de internet de Chile Compra Express, disponible en: www.chilecompra.cl.

Conforme al artículo 30, letra d) de la ley y el penúltimo párrafo del artículo 14 del Reglamento, la utilización del convenio marco es obligatoria para las entidades públicas.



Grandes compras. Artículo 14 Bis Reglamento

En las adquisiciones vía Convenio Marco superiores a 1.000 UTM, las entidades deberán comunicar, a través del Sistema de Información, la intención de compra a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría de Convenio Marco al que adscribe el bien o servicio requerido.

Esta comunicación será realizada con la debida antelación, considerando los tiempos y estándares necesarios para la entrega de la cantidad de bienes o servicios solicitados, Adicionalmente, en dicha comunicación se deberá contemplar un plazo razonable para la presentación de las ofertas, el cual no podrá ser inferior a 10 días hábiles contados desde su publicación.

En dicha Intención de compra se indicará, al menos:

- La fecha de decisión de compra
- Los requerimientos específicos del bien o servicio
- La cantidad y las condiciones de entrega
- Los criterios y ponderaciones aplicables para la evaluación de las ofertas.

La entidad deberá seleccionar la oferta más conveniente según resultado del cuadro comparativo que deberá confeccionar sobre la base de los criterios de evaluación y ponderaciones definidas en las bases de licitación del convenio marco respectivo, en lo que les sean aplicables, cuadro que será adjuntado a la orden de compra que se emita y servirá de fundamento de la resolución que apruebe la adquisición. Asimismo, las bases de licitación del convenio marco respectivo podrán establecer criterios de evaluación especiales para los procedimientos de Grandes Compras.

Por tanto, el mecanismo de "Grandes Compras", no corresponde a un nuevo procedimiento licitatorio, sino que se enmarca en la ejecución de un Convenio Marco vigente, previamente licitado por la Dirección. Así, los procesos de selección deben efectuarse de acuerdo con los criterios de evaluación y ponderaciones previstos en el pliego de condiciones conforme al cual fue adjudicado el Convenio, y sólo se otorga cierto margen para que esos criterios y ponderaciones sufran algunos ajustes que se fundamenten en la necesidad de que la correspondiente evaluación resulte armónica con la naturaleza y características del bien y/o servicio que se pretende



adquirir, lo que no puede significar que se configure un nuevo proceso de evaluación, con criterios diferentes a los establecidos en las Bases del convenio referido.

De esta manera, los procesos de Grandes Compras vía Convenio Marco, tienen por finalidad, que, en procesos de compra por montos significativos, se obtengan mejores condiciones de oferta de los proveedores adjudicados en "el tipo de producto requerido" en Convenio Marco respectivo.

El artículo 14 BIS en su inciso final otorga la posibilidad de que la entidad contratante omita el procedimiento de Grandes Compras en casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad, sin perjuicio de las disposiciones especiales para los casos de sismo y catástrofe contenidas en la legislación pertinente.

Licitación Pública

Se encuentra definida en el artículo 7° de la Ley N° 19.886 como *“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”*.

El artículo 5° de la Ley de Compras dispone la obligatoriedad de la licitación pública respecto de aquellas contrataciones que superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8° del mismo cuerpo legal (licitación privada o trato directo). Por su parte, el artículo 9° del Reglamento dispone que cuando no proceda la contratación a través de Convenio Marco, por regla general, las Entidades celebrarán sus contratos de Suministro y/o Servicios a través de una licitación pública.

Etapas de una licitación

- a) Elaboración y Contenidos Mínimos de las Bases (Artículo 22 Reglamento)



El artículo 2 N° 3 del Reglamento define las bases como aquellos “documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la Entidad Licitante, que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el Proceso de Compras y el contrato definitivo. Incluyen las Bases Administrativas y Bases Técnicas”.

Así, bajo el concepto de bases formulado por la norma reglamentaria existen dos tipos de bases: Administrativas y Técnicas.

Las Bases Administrativas se definen como aquellos “documentos aprobados por la autoridad competente que contienen, de manera general y/o particular, las etapas, plazos, mecanismos de consulta y/o aclaraciones, criterios de evaluación, mecanismos de adjudicación, modalidades de evaluación, cláusulas del contrato definitivo, y demás aspectos administrativos del Proceso de Compras”¹.

Por su parte, las Bases Técnicas se definen como aquellos “documentos aprobados por la autoridad competente que contienen de manera general y/o particular las especificaciones, descripciones, requisitos y demás características del bien o servicio a contratar”².

De todas formas, ambos documentos deben ser aprobados mediante resolución por la autoridad competente, tal como lo dispone el artículo 19 del Reglamento.

A su vez, el artículo 6° de la Ley de Compras dispone que “las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros”.

Por su parte, el artículo 22 del Reglamento regula el contenido mínimo u obligatorio de las bases:

- 1) Los requisitos y condiciones que deben cumplir los Oferentes para que sus ofertas sean aceptadas.

En este tópico se consideran todos los requisitos que se pedirán al oferente para que su oferta sea aceptada. Se usa para pedir, por ejemplo,

¹ Artículo 2° N° 4 del Reglamento.

² Artículo 2° N° 5 del Reglamento.



certificaciones, inscripción en registros especiales, tener representación en Chile, etc. Es importante señalar que todos o parte de los antecedentes para ofertar, pueden estar en el Registro de Chileproveedores, en cuyo caso no será necesario adjuntarlos a la oferta.

- 2) Las especificaciones de los bienes y/o servicios que se quieren contratar, las cuales deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas.

En el caso que sea necesario hacer referencia a marcas específicas, deben admitirse, en todo caso, bienes o servicios equivalentes de otras marcas o genéricos.

- 3) Las etapas y plazos de la licitación, los plazos y modalidades de aclaración de las bases, la entrega y la apertura de las ofertas, la evaluación de las ofertas, la adjudicación y la firma del Contrato de Suministro y Servicio respectivo y el plazo de duración de dicho contrato.

Los Hitos obligatorios en el sistema son:

- ~ Fecha de Publicación.

Esta fecha es generada por el sistema y queda definida por el día y la hora en que se hace efectivamente la publicación.

- ~ Fecha de Cierre de Recepción de Ofertas.

Fecha y hora límite para que los interesados entreguen sus ofertas a través del sistema. Los plazos de mínimos entre la publicación del llamado y la recepción de ofertas se encuentran establecidos en el artículo 25 del Reglamento, y son los siguientes:

- ✓ Treinta días corridos para licitaciones iguales o superiores a 5.000 UTM;
- ✓ Veinte días corridos para Licitaciones iguales o superiores a las 1.000 UTM y bajo las 5.000 UTM. Sin embargo, este plazo puede rebajarse hasta 10 días corridos en el evento de que se trate de la contratación de bienes o servicios de simple y objetiva especificación, y que razonablemente conlleve un esfuerzo menor en la preparación de ofertas.



- ✓ Diez días corridos para Licitaciones iguales o superiores a 100 UTM e inferiores a 1.000 UTM, en este caso el plazo se puede rebajar hasta 5 días corridos en el evento de que se trate de la contratación de bienes o servicios de simple y objetiva especificación, y que razonablemente conlleve un esfuerzo menor en la preparación de ofertas, y;
- ✓ Cinco días corridos para las Licitaciones inferiores a 100 UTM.

En todos los casos, el plazo de cierre para la recepción de ofertas no podrá vencer en días inhábiles ni en un día lunes o en un día siguiente a un día inhábil, antes de las quince horas.

~ Fecha de Acto de Apertura Electrónica.

Se debe fijar la fecha y hora en que se realizará el acto de apertura electrónica. En esta fecha el sistema permitirá abrir las ofertas recibidas.

~ Fechas del foro de aclaraciones a las bases.

- ✓ Fecha de inicio del foro.
- ✓ Fecha de término del foro.
- ✓ Fecha en que se publicarán las respuestas a las preguntas recibidas.

~ Fecha de Adjudicación.

Se debe establecer la fecha en que se publicarán los resultados del proceso.

Recordar que el inciso segundo del artículo 41 del Reglamento, establece que *“Cuando la adjudicación no se realice dentro del plazo señalado en las bases de licitación, la entidad deberá informar en el Sistema de Información las razones que justifican el incumplimiento del plazo para adjudicar e indicar un nuevo plazo para la adjudicación, debiendo estar contemplada en las bases esta posibilidad”*.



~ Otros Hitos:

Además, se pueden incluir todos los demás hitos pertinentes de la licitación, es decir las etapas y plazos optativos, tales como:

- ✓ Fecha de Entrega de Antecedentes en Soporte Físico.
 - ✓ Tiempo Estimado de Evaluación de Ofertas.
 - ✓ Fecha Estimada de Firma de Contrato.
 - ✓ Entrega de muestras, reuniones explicativas, visitas a terreno, entrevistas, etc.



Dictamen de Contraloría: Etapas y plazos de la licitación:

En la matriz de cumplimiento de plazos contenida en el punto 1.3.16, se omitió consignar la hora de apertura de las ofertas, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 33 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda. (Dictamen N° 53.650 Fecha: 14-VII-2014)

Las etapas y plazos de la licitación deben estar contenidos en las bases, y no solamente en el calendario del respectivo llamado publicado en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, como sucedió en este caso. (Dictamen N° 75.479 Fecha: 04-XII-2012.)

Dictamen de Contraloría: Plazos meramente referenciales:

No corresponde que en el Anexo N° 1 se establezca que las fechas previstas para la adjudicación y para la firma del contrato son estimadas.

(Dictamen N° 95.413 Fecha : 01-XII-2015)



- 4) La condición, el plazo y el modo en que se compromete el o los pagos del Contrato de Suministro y Servicio, una vez recibidos conforme los bienes o servicios de que se trate, en los términos dispuestos por el artículo 79 bis del presente reglamento.

Se refiere a cómo y cuándo se pagará el contrato. Las modalidades posibles son, entre otras, por mensualidades, por hitos de cumplimiento o ejecución, contra recepción conforme, etc.

El artículo 79 bis del Reglamento, dispone que: *"salvo en el caso de las excepciones legales que establezcan un plazo distinto, los pagos a los proveedores por los bienes y servicios adquiridos por las Entidades, deberán efectuarse por éstas dentro de los treinta días corridos siguientes a la recepción de la factura o del respectivo instrumento tributario de cobro. Sin perjuicio de lo anterior, podrá establecerse un plazo distinto en las bases, tratándose de licitaciones públicas o privadas, o en los contratos, tratándose de tratos directos, circunstancia que deberá sustentarse en motivos fundados. Con todo, para proceder a los mencionados pagos, se requerirá que previamente la respectiva Entidad certifique la recepción conforme de los bienes o servicios adquiridos por aquélla"*.

Según lo expuesto, el plazo de pago a los proveedores no podrá ser mayor a 30 días corridos contados desde la fecha de recepción de las facturas correspondientes u otro documento tributario. Este plazo es obligatorio indicarlo en las bases o términos de referencia.

Para fijar la fecha en que se comenzará a contar los plazos de pago, es preciso establecer con claridad en las bases o términos de referencia, los criterios por los cuales se dará por aceptado un bien o servicio, y que habilitarán al proveedor a enviar el respectivo documento de cobro.

- 5) El plazo de entrega del bien y/o servicio adjudicado.
- 6) El monto de la o las garantías que la entidad licitante exija a los oferentes y la forma y oportunidad en que serán restituidas.

Las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento del contrato tienen por objeto resguardar el correcto cumplimiento, por parte del proveedor oferente y lo adjudicado, de las obligaciones emanadas de la oferta y/o del contrato. En el caso de la prestación de servicios, la garantía de fiel cumplimiento asegurará además el pago de las obligaciones laborales y



sociales de los trabajadores del contratante, y permanecerán vigentes hasta 60 días hábiles después de terminados los contratos.

La Garantía de seriedad de la oferta, obligatoria para contrataciones de más de 2.000 UTM, y la Garantía de Fiel cumplimiento de Contrato, obligatoria para contrataciones de un monto superior a 1.000 UTM; en esta última se podrán hacer efectivas las eventuales multas y sanciones. Al fijarse el monto de la misma, se tendrá presente que éste no desincentive la participación de oferentes.

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento establece que en las contrataciones iguales o inferiores al umbral de las 2.000 UTM la entidad licitante deberá ponderar el riesgo involucrado para determinar si requiere la presentación de garantías de seriedad de la oferta. Asimismo, el artículo 68 del mismo, señala que tratándose de contrataciones iguales o inferiores a las 1.000 UTM, la entidad licitante deberá fundadamente ponderar el riesgo involucrado en cada contratación para determinar si requiere la presentación de garantías de fiel cumplimiento.

Resulta necesario establecer la naturaleza, plazo de vigencia y monto (expresado en pesos chilenos, unidades de fomento o en otra moneda o unidad reajutable) de la o las garantías que la entidad licitante exija a los oferentes y la forma y oportunidad en que serán restituidas.

Respecto al monto de la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 68 del Reglamento establece que sus montos ascenderán entre un 5% y un 30% del valor total del contrato, salvo lo dispuesto en los Artículos 42 y 69 del presente Reglamento. Las bases administrativas que regulen contratos de ejecución sucesiva podrán asociar el valor de las garantías a las etapas o hitos de cumplimiento o períodos y permitir al contratante la posibilidad de sustituir la garantía de fiel cumplimiento, debiendo en todo caso respetarse los porcentajes precedentemente indicados en relación con los saldos insolutos del contrato a la época de la sustitución. En el caso de contrataciones de prestación de servicios, se entenderá, sin necesidad de estipulación expresa, que las garantías constituidas para asegurar el fiel cumplimiento del contrato caucionan también el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes.



- 7) Los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación, atendido la naturaleza de los bienes y servicios que se licitan, la idoneidad y calificación de los Oferentes y cualquier otro antecedente que sea relevante para efectos de la Adjudicación.

En el caso de la prestación de servicios habituales, que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, deberá siempre considerarse el criterio relativo a las mejores condiciones de empleo y remuneraciones.

- 8) En las licitaciones menores a 1000 UTM y superiores a 100, definir si se requerirá la suscripción de contrato o si éste se formalizará mediante la emisión de la orden de compra por el comprador y aceptación por parte del proveedor, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del presente reglamento.
- 9) Los medios para acreditar si el proveedor adjudicado registra saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años y la oportunidad en que ellos serán requeridos.

Por ejemplo:

- ~ Presentación de planillas de pago canceladas para aprobar los pagos.
 - ~ Presentación de planillas de pago canceladas en determinadas fechas durante la duración del contrato.
- 10) La forma de designación de las comisiones evaluadoras, que se constituirán de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Reglamento.

El Artículo 37 del reglamento establece que en las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad y en todas aquellas superiores a 1.000 UTM, las ofertas deberán ser evaluadas por una comisión de al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo respectivo. En las bases se deberá indicar la forma en que ésta será designada.



- 11) La determinación de las medidas a aplicar en los casos de incumplimiento del proveedor y de las causales expresas en que dichas medidas deberán fundarse, así como el procedimiento para su aplicación.

Las medidas a aplicar en este caso, deben ajustarse a lo establecido en el artículo 79 ter del Reglamento, esto es, ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento.

Contenido adicional de las bases (Artículo 23 del Reglamento)

Las bases podrán contener, en lenguaje preciso y directo, las siguientes materias:

- La prohibición de subcontratar impuesta al proponente adjudicado y las circunstancias y alcances de tal prohibición.
- Criterios y ponderaciones que se asignen a los Oferentes, derivados de materias de alto impacto social.

Para estos efectos, se entenderá por materias de alto impacto social, entre otras, aquellas relacionadas con el cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, con la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social y con otras materias relacionadas con el desarrollo inclusivo; así como con el impulso a las empresas de menor tamaño y con la descentralización y el desarrollo local.

Estos puntajes o ponderaciones no podrán, en caso alguno, ser los únicos que se consideren para determinar la adjudicación de la oferta más conveniente.

- Cualquier otra materia que no contradiga disposiciones de la Ley de Compras y el Reglamento.

El Reglamento permite que se incorporen criterios de evaluación que no necesariamente están relacionados con buscar “la mejor combinación de beneficios y costos presentes y futuros”, sino que permite incorporar criterios distintos que apunten a reforzar políticas públicas u otras de alto impacto social, las llamadas Compras Sustentables.



¿Cuáles son los Criterios Sustentables incluidos en el Formulario de Bases?

- ~ Eficiencia energética.
- ~ Impacto medioambiental.
- ~ Condiciones de empleo y remuneración.
- ~ Contratación de personas con discapacidad.
- ~ Otras materias de alto impacto social.

Modificaciones al texto de las bases de licitación (art. 19 Reglamento)

Para efectuar modificaciones en el texto de las bases hay que tener presente las siguientes reglas:

- ~ Toda modificación a las bases debe hacerse por Resolución o Decreto, según corresponda.
- ~ Las modificaciones deben hacerse antes del cierre de recepción de ofertas.
- ~ Se debe modificar los plazos prudencialmente, de manera que todos los interesados puedan adecuar sus ofertas.

a) Llamado, Consultas y Recepción de Ofertas

El medio de publicación de los llamados a licitación será el Sistema de Información, y deberá contener al menos la siguiente información (art. 24 del Reglamento):

- 1** Descripción del bien y/o servicio a licitar.
- 2** Nombre de la Entidad Licitante.
- 3** Modalidades y fechas para las aclaraciones a las Bases.
- 4** Fecha y hora de la recepción y apertura de las ofertas.



En los casos fundados en que la apertura se efectúe respecto de sobres en Soporte Papel y se admita la presencia de los Oferentes, se deberá indicar el lugar en que se llevará a cabo la apertura.

- 5 Monto y modalidad de las garantías exigidas cuando corresponda.

Además, con el objeto de aumentar la difusión al llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos en diarios o medios de circulación internacional, nacional o regional, según sea el caso.

Contactos durante la licitación y aclaraciones (art. 27 Reglamento)

Las Bases establecerán la posibilidad de efectuar aclaraciones, en donde los Proveedores podrán formular preguntas, dentro del período establecido en ellas.

Las preguntas formuladas por los proveedores deberán efectuarse a través del sistema de información, salvo que en las bases se permitan aclaraciones en soporte papel, no pudiendo los proveedores contactarse de ninguna otra forma con la entidad licitante o sus funcionarios, por la respectiva licitación, durante el curso del proceso.

La entidad licitante pondrá las referidas preguntas en conocimiento de todos los proveedores interesados, a través del sistema de información, sin indicar el autor de las mismas.

La entidad licitante deberá dar respuesta a las preguntas a través del Sistema de Información dentro del plazo establecido en las Bases.

La entidad licitante no podrá tener contactos con los oferentes, salvo a través del mecanismo de las aclaraciones, las visitas a terreno establecidas en las bases y cualquier otro contacto especificado en las Bases.

b) Apertura de las Ofertas

La apertura de las ofertas, como todo el proceso de licitación, es electrónico, por ello el Artículo 33 del reglamento establece que: el acto de apertura se efectuará a través del sistema, el que deberá asegurar certeza



en la fecha y hora y permitir conocer a los oferentes a lo menos las siguientes condiciones del resto de las ofertas:

- ~ Individualización del oferente.
- ~ Descripción básica del bien o servicio.
- ~ Precio unitario y total de la oferta.
- ~ Garantías si fuere el caso.

De estos cuatro puntos, tres se cumplen con el sólo hecho de efectuar la apertura en el sistema, ya que éste genera un acta de apertura que contiene:

- ~ La individualización de los proveedores cuyas ofertas fueron aceptadas.
- ~ La individualización de los proveedores cuyas ofertas fueron rechazadas.
- ~ La razón del rechazo.
- ~ Descripción de los bienes o servicios ofertados.
- ~ Descripción del comprador.
- ~ Descripción del proveedor.
- ~ Precio unitario y total de la oferta. Además los proveedores pueden ver en su página privada los anexos económicos de todos los participantes.
- ~ El formulario de bases permite además que el comprador pueda permitir a los participantes conocer los anexos técnicos del resto de las ofertas.

Sin embargo, en el caso de las garantías de seriedad de ofertas u otras que deban recibirse junto con la oferta del proveedor, que en general se reciben físicamente, en tanto no opere la boleta de garantía electrónica, deben subirse al sistema al momento de la apertura, usando para ello la funcionalidad disponible en www.mercadopublico.cl.



Luego, el mismo Artículo 33 establece que los proponentes podrán efectuar observaciones dentro de las 24 horas siguientes a la apertura de ofertas.

Estas observaciones no imponen obligación alguna a la entidad licitante, sin embargo, es recomendable que transcurridas 24 horas desde la apertura, se revise el acta generada para verificar la existencia de observaciones al acta, y ver si alguna de ellas es atendible.

Aclaraciones a las ofertas

Las entidades licitantes podrán pedir aclaraciones a los oferentes respecto de las ofertas recibidas, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento, que señala "La entidad licitante podrá solicitar a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando esto no les otorgue privilegios y se mantengan los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, y se informe de dicha solicitud al resto de los oferentes a través del Sistema de Información".

Esto quiere decir, que se podrá pedir a los oferentes que corrijan errores formales, que no impliquen una posición ventajosa respecto de los demás participantes, por ejemplo:

- ~ Discrepancias evidentes entre el formulario de ofertas y los anexos.
- ~ Omisión de firmar algún documento presentado.
- ~ Otros que no impliquen poner al proveedor en una situación ventajosa respecto de los demás participantes.

Además, podrá permitir la presentación de certificaciones o antecedentes que los oferentes hayan omitido presentar al momento de efectuar la oferta, siempre que dichas certificaciones o antecedentes se hayan producido u obtenido con anterioridad al vencimiento del plazo para presentar ofertas o se refieran a situaciones no mutables entre el vencimiento del plazo para presentar ofertas y el periodo de evaluación.



Este inciso faculta a la entidad para permitir que se presenten antecedentes o certificados después de la apertura de las ofertas. Se requiere que se trate de certificaciones o antecedentes administrativos y no se puede usar para entregar aspectos de la oferta técnica o económica después del plazo.

Por ejemplo, por esta vía se podría requerir:

- ~ Certificaciones (obtenidas antes del cierre de las ofertas)
 - o Títulos Universitarios.
 - o De Calidad (ISO, Normas Chilenas, etc.)
 - o De productos (IDIEM, DICTUC, otros)
 - o Etc.

- ~ Autorizaciones (obtenidas antes del cierre de las ofertas)
 - o Resoluciones Sanitarias.
 - o Resoluciones Minvu.
 - o Resoluciones SII.
 - o Etc.

- ~ Inscripción en Registros
 - o MINVU.
 - o MOP.
 - o SNS.
 - o Otros.

- ~ Documentos
 - o Cédula de Identidad.
 - o RUT.
 - o Escrituras o copias de escrituras.
 - o Etc.



Esta posibilidad deberá estar contemplada en las bases de licitación, en las que se especificará un plazo breve y fatal para la corrección de estas omisiones. En estos casos, las bases deberán contemplar necesariamente dentro de los criterios de evaluación, el cumplimiento de los requisitos formales de presentación de la oferta, asignando menor puntaje a las ofertas que no cumplieron, dentro del plazo para presentación de ofertas, con todo lo requerido.

Por ejemplo, se puede incluir un criterio como el que sigue:

| Criterio | Ponderación | Puntaje | Condición |
|--------------------------------|-------------|---------|---|
| Cumplimiento Formal de ofertas | 5% | 100 | Si cumple con todo los requerido en el plazo asignado en las bases. |
| | | 0 | Si hace uso del plazo establecido para entregar documentación fuera de plazo. |

c) Evaluación de Ofertas

El Artículo 6 de la Ley de Compras establece que *“Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta”*.

A su vez, tal como se señaló en párrafos precedentes, el Reglamento en su artículo 22 número 7, dispone que las bases deberán contener los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación, atendido la naturaleza de los bienes y servicios que se licitan, la idoneidad y calificación de los oferentes y cualquier otro antecedente que sea relevante para efectos de la adjudicación.



Comisión Evaluadora (art. 37 del Reglamento)

La Entidad Licitante deberá evaluar los antecedentes que constituyen la oferta de los proveedores y rechazará las ofertas que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en las Bases.

La evaluación de las ofertas se efectuará a través de un análisis económico y técnico de los beneficios y costos presentes y futuros del bien y servicio ofertado. Para efectos del anterior análisis, la entidad licitante deberá remitirse a los criterios de evaluación y asignación de puntaje definidos en las Bases.

Los miembros de la comisión evaluadora, si existiera, no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes, de conformidad con la normativa vigente al momento de la evaluación.

En las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad y en todas aquellas superiores a 1.000 UTM, las ofertas deberán ser evaluadas por una comisión de al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo respectivo, de manera de garantizar la imparcialidad y competencia entre los oferentes. Excepcionalmente, y de manera fundada, podrán integrar esta comisión personas ajenas a la administración y siempre en un número inferior a los funcionarios públicos que la integran.

La entidad licitante podrá proveer a la comisión evaluadora de la asesoría de expertos de reconocido prestigio en las materias técnicas a revisar en los procesos de licitación. La integración de la comisión evaluadora se publicará en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública.

Informe de la Comisión Evaluadora

El Artículo 40 bis, establece que:

El informe final de la comisión evaluadora, si ésta existiera, deberá referirse a las siguientes materias:



- 1 Los criterios y ponderaciones utilizados en la evaluación de las ofertas.
- 2 Las ofertas que deben declararse inadmisibles por no cumplir con los requisitos establecidos en las bases, debiéndose especificar los requisitos incumplidos.
- 3 La proposición de declaración de la licitación como desierta, cuando no se presentaren ofertas, o bien, cuando la comisión evaluadora juzgare que las ofertas presentadas no resultan convenientes a los intereses de la Entidad Licitante.
- 4 La asignación de puntajes para cada criterio y las fórmulas de cálculo aplicadas para la asignación de dichos puntajes, así como cualquier observación relativa a la forma de aplicar los criterios de evaluación.
- 5 La proposición de adjudicación, dirigida a la autoridad facultada para adoptar la decisión final.

Por su parte el Artículo 38 del Reglamento señala que:

- ~ **Los criterios de evaluación tienen por objeto seleccionar a la mejor oferta** o mejores ofertas, de acuerdo a los aspectos técnicos y económicos establecidos en las bases.
- ~ Las entidades licitantes considerarán criterios técnicos y económicos para evaluar de la forma más objetiva posible las ofertas recibidas.
- ~ Los criterios técnicos y económicos deberán considerar uno o más factores y podrán incorporar, en caso de estimarlo necesario, uno o más subfactores.
- ~ Las entidades deberán establecer en las bases las ponderaciones de los criterios, factores y subfactores que contemplen y los mecanismos de asignación de puntajes para cada uno de ellos.



- ~ Para evaluar los factores y subfactores, la comisión evaluadora y los expertos que la asesoren, en su caso, durante el proceso de evaluación, podrán elaborar pautas que precisen la forma de calificar los factores y subfactores definidos en las bases de licitación.
- ~ Además, se deberá contemplar un mecanismo para resolver los empates que se puedan producir en el resultado final de la evaluación.

Dictamen de Contraloría: Criterios de evaluación

*Al respecto, cabe manifestar que en el referido acápite se estableció que en las bases de la mencionada licitación, en el factor especificaciones técnicas, la referida universidad se limitó a señalar que el máximo puntaje lo obtendría la empresa que presentara las características exigidas en cada parámetro de evaluación, pero **sin fijar los mecanismos objetivos para la medición de esos ítems, omisión que constituye una infracción al artículo 38 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprobó el reglamento de la ley N° 19.886.***

(Dictamen N° 97.481 Fecha : 09-XII-2015)

Dictamen de Contraloría: Criterios de desempate

*A continuación, en el N° 9.2 de las bases administrativas que se sancionan, **se consigna un mecanismo de desempate consistente en la designación del adjudicatario por parte de la Comisión de Evaluación de Ofertas, sin que se señale un procedimiento objetivo para ello, lo cual atenta contra la certeza y seguridad jurídica que debe primar en las actuaciones de la Administración.***

Del mismo modo, no se advierte fundamento para que el segundo criterio de desempate corresponda al mayor puntaje otorgado en el ítem de experiencia, toda vez que no guarda relación con la ponderación de éstos contenida en la tabla de evaluación.



(Dictamen N° 62.988 Fecha: 01-X-2013)

Debe objetarse lo dispuesto en el artículo N° 20, letra d), que establece que en caso de persistir el empate entre los oferentes, se adjudicara la propuesta al que presente su domicilio contractual en la Región del Maule, por cuanto ello implica infringir el principio de igualdad de los licitantes.

Dictamen N° 48.178 Fecha: 08-VIII-2012.

En el mismo Artículo 38 se listan ejemplos de criterios de evaluación que se pueden utilizar:

- ~ El precio.
- ~ La experiencia.
- ~ La metodología.
- ~ La calidad técnica.
- ~ La asistencia técnica o soporte.
- ~ Los servicios de post-venta.
- ~ Los plazos de entrega.
- ~ Los recargos por fletes.
- ~ Consideraciones medioambientales, de eficiencia energética.
- ~ Los consorcios entre oferentes.
- ~ El comportamiento contractual anterior.
- ~ El cumplimiento de los requisitos formales de la oferta.
- ~ Cualquier otro criterio que sea atingente de acuerdo con las características de los bienes o servicios licitados y con los requerimientos de la entidad licitante.



En el caso de la prestación de servicios habituales, que deben proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, las bases deberán contemplar como criterio técnico las condiciones de empleo y remuneración. Para evaluar este criterio, se podrán considerar como factores de evaluación:

- ~ El estado de pago de las remuneraciones y cotizaciones de los trabajadores.
- ~ La contratación de discapacitados.
- ~ El nivel de remuneraciones sobre el sueldo mínimo.
- ~ La composición y reajuste de las remuneraciones.
- ~ La extensión y flexibilidad de la jornada de trabajo.
- ~ La duración de los contratos.
- ~ La existencia de incentivos.
- ~ Otras condiciones que resulten de importancia en consideración a la naturaleza de los servicios contratados.

d) Adjudicación

El Artículo 10 de la ley de compras establece que el contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente. **El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa (un solo oferente)**, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento.

Artículo 41 Reglamento: Adjudicación de la oferta y notificación

- ~ Las entidades deberán publicar oportunamente en el Sistema de Información los resultados de sus procesos de licitación o contratación. Asimismo, deberán publicar la resolución fundada



que declare la inadmisibilidad y/o la declaración de “desierto” del proceso.

- ~ Cuando la adjudicación no se realice dentro del plazo señalado en las bases de licitación, la entidad deberá informar en el Sistema de Información las razones que justifican el incumplimiento del plazo para adjudicar e indicar un nuevo plazo para la adjudicación, debiendo estar contemplada en las bases esta posibilidad.
- ~ La entidad licitante aceptará una oferta mediante acto administrativo debidamente notificado al adjudicatario y al resto de los oferentes. En dicho acto deberán especificarse los criterios de evaluación que, estando previamente definidos en las bases, hayan permitido al adjudicatario obtener la calificación de oferta más conveniente.

Por otro lado, el Artículo 9 de la Ley de Compras establece que el órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses. En ambos casos la declaración deberá ser por resolución fundada.

Y por último, se debe tener presente el artículo 3º del Reglamento, que establece que las entidades deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras.

Es decir, la entidad deberá adjudicar un proceso a la oferta que obtenga la mejor evaluación atendidos los criterios de evaluación establecidos en las bases, o bien declarará desierto el proceso en los siguientes casos:

- ~ Cuando no se hayan presentado interesados (No hubo ofertas)
- ~ Cuando las ofertas sean contrarias a los intereses de la institución.





Dictamen de Contraloría: Adjudicación Múltiple:

No existe fundamento legal para adjudicar a dos empresas el mismo ítem o rubro licitado, en lugar de a la que obtuvo el puntaje más alto de acuerdo a la evaluación efectuada, ya que en virtud de lo establecido en el inciso segundo del Artículo 10 de la Ley N° 19.886, **"el adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa**, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento".

Además, conforme con lo dispuesto en el Artículo 41 del Decreto N° 250, cabe señalar que la entidad licitante se encuentra obligada a aceptar la propuesta más conveniente, considerando los criterios de evaluación con sus correspondientes puntajes y ponderaciones establecidos en las bases, norma que no ha sido cumplida en este caso.

(Aplica dictámenes N°s 16.142 y 16.144, ambos de 2010).

En relación a lo precedentemente consignado, esta entidad de control ha precisado mediante el dictamen N° 41.355, de 2009, que **resulta improcedente la modalidad de adjudicación múltiple sin emisión automática de orden de compra a menos que se trate de suministros susceptibles de contratar por ítems o rubros específicamente determinados, en que la multiplicidad de adjudicados sólo se explique por el hecho de que por cada ítem o rubro, se seleccione a un oferente**, no pudiendo en ningún caso adjudicar un mismo ítem o rubro a varios de ellos, por no ajustarse a la normativa sobre compras públicas, lo cual sucedió precisamente en la especie. **N° 20.452 Fecha 4-04-2011.**

Licitación Privada

Es 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. (artículo 7° letra b) de la Ley N° 19.886 y Artículo 2 del Reglamento).



- **Resolución Fundada:** La Licitación Privada, por ser un procedimiento excepcional SIEMPRE requerirá una resolución fundada que la disponga, publicada en el sistema de Información, en conformidad a lo establecido en la Ley de Compras y en el artículo 44 del Reglamento.
- **Número mínimo de invitados:** La invitación efectuada por la entidad licitante, en los casos que proceda una licitación privada, deberá enviarse a un mínimo de tres posibles proveedores interesados que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la licitación privada. La entidad licitante podrá efectuar la contratación, cuando habiéndose efectuado las invitaciones señaladas anteriormente recibe una o dos ofertas y el resto de los invitados se excusa o no muestra interés en participar (Artículo 45 del Reglamento).
- **Invitación a participar:** La invitación a participar en licitación privada deberá efectuarse a los proveedores seleccionados a través del sistema de información, a la que se adjuntarán las respectivas bases, debiendo otorgárseles un plazo mínimo para presentar las ofertas, que variará en relación a los montos de la contratación, de acuerdo a lo indicado en el artículo 25 del Reglamento (art. 46 del Reglamento).
- **Elección de los oferentes:** La entidad licitante deberá invitar a proveedores respecto de los cuales tenga una cierta expectativa de recibir respuestas a las invitaciones efectuadas. La entidad licitante podrá preferir a aquellos proveedores que estén inscritos en el Registro de Proveedores (artículo 47 del Reglamento).
- **Normativa aplicable:** Las normas aplicables a la Licitación Pública se aplicarán a la licitación privada, en todo aquello que atendida la naturaleza de la Licitación Privada sea procedente (artículo 48 del Reglamento).



Dictamen de Contraloría: licitación privada

Esta Entidad de Control ha debido abstenerse de dar curso al documento del epígrafe, que accede a licitación privada y aprueba bases administrativas, texto del contrato y anexos, para la adquisición de los bienes que individualiza, por cuanto no se ajusta a derecho.

En efecto, cabe señalar que no se acompañan antecedentes que permitan verificar los datos de los proveedores que serán invitados a participar del proceso de licitación privada, y que estos cumplan con lo previsto en los artículos 45 y 47 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la ley N° 19.886, en orden a que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto del correspondiente procedimiento concursal y respecto de los cuales se tenga una cierta expectativa de recibir respuestas a las invitaciones efectuadas.

(Dictamen N° 17.481 Fecha: 04-III-2015)

Tratándose de una licitación privada se debe invitar, a lo menos, a tres posibles proveedores, los cuales para ser convocados deben tener negocios de naturaleza similar a los que son objeto de aquélla, y respecto de los cuales exista una cierta expectativa de recibir respuesta a la invitación que se efectúa. Por lo tanto, cumpliendo con las exigencias previamente descritas, la determinación de los proveedores que serán invitados corresponde al ente licitante sin que esta Entidad Fiscalizadora pueda pronunciarse sobre el mérito de esa decisión. Finalmente, y en relación con los proveedores contemplados en la lista ya aludida, se estima necesario recordar lo manifestado por este Ente de Control en el dictamen N° 71.847, de 2010, en orden a que la autoridad antes de enviar las invitaciones, debe velar por el cumplimiento de lo prescrito en los artículos 45 y 47 del decreto N° 250, de 2004.

Dictamen N° 15.342 Fecha 14-03-2011



Trato Directo

De acuerdo al artículo 2° del Reglamento, se entiende por trato o contratación directa aquel procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o Propuesta Pública y para la Privada.

Es un procedimiento de compra excepcional y simplificado, cuya utilización sólo procede cuando no es posible usar la oferta del catálogo electrónico considerada para Convenios Marco, ni la licitación pública ni la privada, y siempre que concurra alguno de los casos taxativamente establecidos en la Ley N° 19.886 para proceder a la contratación directa. Por ello, se requiere acreditar la concurrencia de las circunstancias que configuran cada caso y que la autoridad competente dicte una resolución fundada que lo autorice, la cual debe adjuntarse a cada proceso generado en el Sistema de Información.

Sin perjuicio de lo anterior, la concurrencia de un caso que hace procedente el trato directo no implica que su utilización sea obligatoria, ya que el organismo contratante igualmente puede optar por usar la licitación pública, si correspondiere, atendiendo a las condiciones de la compra.

Causales Trato o Contratación Directa:

Artículo 8° Letra a) (Artículo 10 N° 1 del reglamento) Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados. En tal situación procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa.

Las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para contratar directamente o adjudicar en licitación privada. Si las bases son modificadas, deberá procederse nuevamente como dispone la regla general.



Artículo 8° Letra b) (Artículo 10 N° 2 del Reglamento)

Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales.

Artículo 8° Letra c) (Artículo 10 N° 3 del Reglamento)

En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente.

Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación como de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada. Esta multa será compatible con las demás sanciones administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudiera corresponderle, y su cumplimiento se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley N° 1.263, de 1975.

Respecto a lo señalado precedentemente, se debe tener presente que la omisión de la propuesta pública, cuando proceda, constituye una de las conductas previstas por el Estatuto Administrativo entre aquellas que infringen especialmente la probidad administrativa, por lo que podría tener como consecuencia la sanción de destitución.

Es importante destacar que esta es una de las causas de trato directo más usadas y una de las más rechazadas u objetadas por Contraloría General de la República. La causal de emergencia, urgencia o imprevisto, es siempre rechazada cuando la urgencia se debe a mala planificación del trabajo.



Artículo 8° Letra d) (Artículo 10 N° 4 del reglamento)

Proveedor único. Si sólo existe un proveedor del bien o servicio que se requiere contratar.

Esta causal es de muy rara ocurrencia y está destinada para las contrataciones en que existe un único proveedor del bien o servicio, constituyendo una situación de monopolio. Y de acuerdo a varios dictámenes de Contraloría, esto se debe entender en su sentido obvio y natural, es decir, proveedor único se puede utilizar cuando sólo existe un proveedor. Algunos ejemplos:

- ~ Suscripción a una publicación o una bases de datos.
- ~ Contratación de servicios básicos en determinadas localidades.

Es importante destacar que existen muchos casos de "Naturaleza de la negociación" del Artículo 10 N° 7 del Reglamento que normalmente se confunden con proveedor único, tales como:

- ~ La contratación de mantención de vehículos, en que se debe contratar con un determinado proveedor, para mantener las garantías.
- ~ La contratación de determinados insumos o suministros o repuestos para ciertos equipamientos especializados en que por compatibilidad técnica, deben contratarse con un determinado proveedor.
- ~ La contratación de bienes con representación única en Chile.
- ~ La contratación de bienes con patente exclusiva.
- ~ Etc.

Dictamen de Contraloría: Único proveedor

En este sentido, esa subsecretaría consideró que la vacuna PCV 13 incorporaba tres nuevos serotipos que permitían una mayor protección y que existía un único proveedor que ofrecía tal cobertura, amparado en el respectivo registro sanitario del Instituto de Salud Pública de Chile.



Así, para la adquisición en comento, la vacuna PCV 13 fue considerada como un producto distinto a la PCV 10 y se calificó a Pfizer como único proveedor, basándose en que si bien ambas vacunas son de la clase "neumocócicas conjugadas" no constituyen un mismo producto, pues se diferencian en los respectivos serotipos antigénicos.

En vista de tales antecedentes, invocados en la aludida resolución N° 1.432, de 2014, esta Contraloría General tomó razón de la misma con fecha 31 de diciembre de 2014, por encontrarse ajustada a derecho.

(Dictamen N° 29.217 Fecha: 19-IV-2016).

Previamente, cabe indicar que el referido informe observó la suscripción de un convenio entre el municipio y la empresa Chile Gestión SPA, con la finalidad de que cinco concejales y un funcionario de esa entidad edilicia concurrieran a la Gira Técnica y Seminario Internacional de Gestión Comunal en España, Italia y Francia, así como los recursos desembolsados al efecto y la rendición de cuentas de estos. Dicho informe objetó, en primer término, que la contratación de los servicios en comento haya sido mediante trato directo, sin justificar los supuestos que la harían procedente.

La autoridad edilicia recurrente solicita que se dé por subsanado dicho cuestionamiento, argumentando que ello se debió a que se estaba ante un proveedor único, lo que quedaría de manifiesto al considerar que la empresa de la especie cursó una invitación para que el municipio participara en el aludido seminario, cuyas condiciones fueron establecidas por esa compañía, constituyendo una oferta que no podía ser igualada...En este sentido, **cabe manifestar que el argumento de la autoridad recurrente en orden a que dicha causal se debe entender acreditada por el hecho de haber sido una invitación formulada por Chile Gestión SPA, no resulta suficiente, toda vez que, por una parte, aquella no tenía un carácter vinculante, por lo que el municipio podría no haberla aceptado y, por otra, nada impedía a la entidad edilicia llamar a una licitación pública para contratar los servicios de que se trata, estableciendo las condiciones que estimase pertinentes. (Dictamen N° 71.688 Fecha: 08-IX-2015)**



Por último es bueno recordar que la Contraloría ha dicho en varios dictámenes que el factor regional o local no se puede argumentar para invocar esta causal.

Artículo 8° Letra e) (Artículo 10 N° 5 del Reglamento)

Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.

Dictamen de Contraloría:

Esta Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 254, de 2009, del Consejo de Defensa del Estado, que aprueba los convenios de prestación de servicios legales para asumir el patrocinio en la ciudad de Miami, Estados Unidos, de cuatro causas judiciales...Enseguida, corresponde anotar que la resolución en estudio cita, para los mismos efectos descritos, lo dispuesto en el artículo 10, número 5, del reglamento de la ley N° 19.886, conforme al cual el trato o contratación directa procede "si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional".

*En este sentido, se debe precisar que la referida disposición es una reproducción de la causal establecida en el artículo 8°, letra e), de la ley N° 19.886, **para cuya procedencia el inciso final de dicho precepto exige un mínimo de tres cotizaciones previas, cuyos antecedentes no se acompañan**, omisión que, por lo demás, no se aviene a lo dispuesto por el artículo 6° de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Entidad Fiscalizadora, que fija las normas sobre exención del trámite de toma de razón.*

Artículo 8° Letra f) (Artículo 10 N° 6 del Reglamento)

Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo.



El Artículo 62 N° 5 del Reglamento permite que este tipo de contrataciones se haga fuera del portal, con el fin de que el secreto sea absoluto.

Dictamen de Contraloría: Servicios confidenciales o que afecten la seguridad o interés nacional

*Seguidamente, corresponde señalar que la propuesta privada será procedente en la medida que se encuentre debidamente justificada la concurrencia de algunas de las situaciones descritas en el artículo 8° de la Ley N° 19.886. Así, en el evento de que se trate de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión podría afectar la seguridad de los establecimientos penitenciarios, como se expresa en el considerando 3°.-, debe considerarse que la letra f) de **la citada norma legal requiere que tal circunstancia sea determinada por decreto supremo, exigencia que no concurre en la especie.***

(Dictamen N° 46.783 Fecha: 15-IX-2004)

Artículo 8° Letra g) (Artículo 10 N° 7 del Reglamento)

Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley.

A su vez, el artículo 10 Número 7 del Reglamento, establece en qué casos se dan estas circunstancias:

a) Prórroga de un contrato o contratación de servicios conexos.

Si se requiere contratar la prórroga de un Contrato de Suministro o Servicios, o contratar servicios conexos, respecto de un contrato suscrito con anterioridad, por considerarse indispensable para las necesidades de la Entidad y sólo por el tiempo en que se procede a un nuevo Proceso de Compras, siempre que el monto de dicha prórroga no supere las 1.000 UTM.



La disposición contempla dos causales distintas, a saber:

i. Prorroga de un contrato:

Se trata de una extensión de la vigencia del contrato original no prevista originalmente, se requiere la existencia de un contrato anterior, que se encuentre vigente y que por alguna razón no se alcanzará a contratar antes de que termine, sin embargo, no es posible prescindir del servicio en cuestión, resultando el mismo indispensable para las necesidades de la Institución. En ese caso se puede prorrogar el contrato anterior, mediante un trato directo:

- ~ Sólo por el tiempo necesario para realizar el proceso licitatorio.
- ~ Con tope de 1.000 UTM.

Los casos más frecuentes son los contratos de servicios periódicos, como, guardias, aseo, mantención, etc.

ii. Servicio conexo

Se refiere a prestaciones complementarias del servicio principal emanado del contrato original, y cuya necesidad se verifica con posterioridad a su celebración. Aquí, no se puede aplicar la restricción de que la contratación se haga solo por el tiempo que se requiere para efectuar un nuevo proceso licitatorio, ya que no habrá uno, ni al tope de 1000 UTM; pero estará limitado temporalmente por el tiempo de vigencia del contrato al cual accede.

Por ejemplo:

Existe un contrato por servicios informáticos que incluye la programación de aplicaciones de software y se requiere la contratación de servicios web, que no están contemplados en el contrato original, sin embargo, es del todo razonable que sea la misma empresa quien desarrolle las aplicaciones web. En este caso, la contratación se hace directamente con la empresa que tiene el contrato de servicios informáticos, como un servicio conexo.



Dictamen de Contraloría: Prórroga y servicios conexos

Precisado lo anterior, corresponde aclarar, que la referida letra a) contempla dos situaciones para contratar mediante trato directo, cuales son, la prórroga de un contrato y la contratación de servicios conexos, estableciéndose a continuación las condiciones para ello.

Sobre el particular, debe anotarse que la exigencia de que se contrate exclusivamente por el tiempo que señala dicha letra a) no resulta aplicable a la contratación de servicios conexos, debido a que conforme a su naturaleza, su vigencia se encuentra subordinada a un contrato anterior, teniendo como límite la duración de éste... En estas condiciones, atendido que el tenor literal de este precepto se refiere al límite de 1.000 UTM sólo respecto al monto de la prórroga, sin aludir a la contratación de servicios conexos, no resulta procedente por la vía interpretativa extender la aplicación de esa exigencia a tales convenios.

Por consiguiente, cabe concluir que de los términos de la norma en estudio, sus requisitos son exigibles para ambas causales de trato directo, salvo la exigencia a su extensión en el tiempo, y a que el monto de la operación no supere las 1.000 UTM, los cuales se requieren únicamente para la prórroga de un contrato.

(Dictamen N° 71.748 Fecha: 19-XI-2012)

b) Gastos de representación.

Se trata de contrataciones financiadas con gastos de representación, de conformidad a las reglamentaciones presupuestarias correspondientes. El Clasificador Presupuestario define qué se entiende por gastos de representación; en general, estos son gastos por concepto de inauguraciones, aniversarios, presentes, atención a autoridades, delegaciones, huéspedes ilustres y otros análogos, en representación del organismo público.

Esta causal se puede invocar en todas las situaciones en que el gasto será imputado a gastos de representación; además, la letra c) del Artículo 53 del Reglamento permite efectuarlo fuera del sistema.



Dictamen de Contraloría: Gastos de representación

Finalmente, es preciso considerar que atendido que el artículo 53, letra c), del decreto reglamentario N° 250, de 2004, se encuentra ubicado en el Capítulo VI, Del Trato o Contratación Directa, debe entenderse que la exclusión del sistema de información que dicha norma contempla, sólo resulta aplicable a los bienes o servicios que se adquieran exclusivamente por concepto de gastos de representación en la medida que se trate de adquisiciones efectuadas mediante trato o contratación directa.

(Dictamen N° 18.294 Fecha: 9-IV-2009)

- c) Cuando pueda afectarse la seguridad e integridad personal de las autoridades siendo necesario contratar directamente con un proveedor probado que asegure discreción y confianza.

Este es el caso de la contratación de servicio de traslado y/o resguardo de autoridades, por ejemplo, cuando se realiza un evento internacional en que participan jefes de gobiernos o autoridades de otros Estados. En estos casos, basta probar que la contratación está destinada a algún evento cuyo objeto sea atender "autoridades", extranjeras o nacionales, tales como Presidente, Ministros, Subsecretarios, Directores de servicios, autoridades electas como Senadores, Diputados, Alcaldes, etc.

Se usa esta causal para contratar directamente servicios que den confianza, que aseguren discreción y seguridad, tales como:

- ~ Coctelería-catering
- ~ Transporte.
- ~ Hotelería.
- ~ Etc.



Dictamen de Contraloría: Seguridad de autoridades

...cualquiera sea la causal en que se sustente un eventual trato directo, al momento de invocarla, no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamenten, sino que, dado su carácter excepcional, se requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende, lo que no ha tenido lugar en la especie.

*Lo anterior, por cuanto **no existe una correlación entre la norma que se invoca para celebrar el trato directo, el contrato y los antecedentes tenidos a la vista, por cuanto si bien** en los dos últimos párrafos del considerando de la aludida resolución exenta N° 146, de 2014, se cita la letra c) del N° 7 del artículo 10 del referido decreto N° 250, de 2004, y en los demás párrafos **se señala que “es necesario contar con una agencia de viajes que asegure discreción y confianza, para que no se afecte la seguridad e integridad del Ministro”, dichas condiciones -las que, en la medida de ser efectivas, harían procedente dicha forma de contratación- no se reflejan en el convenio cuestionado.***

En efecto, como se indicó en los párrafos precedentes, las obligaciones que asumió Mundo Tour Limitada son similares a las que establece la mencionada resolución N° 30, de 2011, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, y por ende, no se advierte cómo el trato directo en cuestión vino a velar por la seguridad e integridad personal del ministro, ni en qué sentido dicha empresa asegura discreción y confianza de una forma diferente a los otros oferentes adjudicados en el referido convenio marco, tal como lo exige la citada letra c) del N° 7 del artículo 10 del decreto N° 250, de 2004.

(Dictamen N° 55.563 Fecha : 10-VII-2015)



- d) Si se requiere contratar consultorías cuyas materias se encomiendan en consideración especial de las facultades del Proveedor que otorgará el servicio, por lo que no pueden ser sometidas a una licitación, y siempre que se refieran a aspectos claves y estratégicos, fundamentales para el cumplimiento de las funciones de la entidad pública, y que no puedan ser realizados por personal de la propia entidad.

La disposición establece cinco requisitos para la procedencia de la causal:

- ~ Que se requiera contratar consultorías, por lo que se excluyen los contratos de suministro.
- ~ Que las materias de que se traten se encomienden en consideración especial de las facultades del proveedor.
- ~ Sobre materias claves y estratégicas fundamentales para las funciones del Servicio
- ~ Que no puedan ser realizados por personal de la Institución
- ~ No puedan ser sometidas a licitación pública

Dictamen de Contraloría: Consultorías estratégicas

De las normas transcritas, se desprende que los contratos que celebre la SEGEGOB, a título oneroso, para el suministro de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios de la ley N° 19.886 y de su reglamento.

*También se sigue que, dentro del ámbito precedentemente establecido, el aludido ministerio puede contratar mediante trato directo cuando requiera consultorías, en la medida que: **1) aquella se refiera a aspectos claves y estratégicos**, fundamentales para el cumplimiento de las funciones de esa repartición, **que no puedan ser realizados por su propio personal**; 2) que se acuerde con un determinado **proveedor en consideración especial a sus facultades**; y*



3) que por lo anterior, esa contratación **no pueda ser sometida a una licitación pública...**

Luego, en relación con la justificación de esa modalidad de contrato, el considerando N° 5 de la aludida resolución exenta estimó que la referida consultoría abordaría aspectos claves y estratégicos, ya que permitiría “otorgar herramientas para un mejor desarrollo de las comunicaciones que efectúan los organismos públicos y perfeccionar la conexión de la ciudadanía con la identidad gubernamental”, lo que armoniza con las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado a la SEGEOB, según se ha concluido en los dictámenes N°s. 5.803, de 2012 y 28.236, de 2015, de este origen, entre otros.

Enseguida, el considerando N° 9 del mencionado acto administrativo agregó, como fundamento para la contratación directa, la “comprobada experiencia técnica” del proveedor.

A partir de las razones invocadas, esta Contraloría General entiende que la anotada resolución exenta N° 272/695 fundó adecuadamente la causal de trato directo que se invoca, por lo que no advierte reproches que formular al respecto.

(Dictamen N° 100.902 Fecha: 22-XII-2015).

- e) Cuando la contratación de que se trate sólo pueda realizarse con los proveedores que sean titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros.

En estos casos el objetivo de la norma es evitar realizar procesos concursales cuando sólo existe un proveedor que está en condiciones de prestar el servicio o vender los bienes requeridos, en razón de ser titular de un derecho específico.



Por ejemplo:

- ~ Compra de fármacos.
- ~ Compra de software licenciado.
- ~ Compra de repuestos de equipamiento o maquinaria.

Dictamen de Contraloría: Propiedad intelectual, licencias y patentes

Luego, en lo que atañe al trato directo celebrado con la empresa TECNOIMAGEN LTDA., para adquirir insumos que requería cierto equipo, en atención a que dicho proveedor es el representante de la marca Fuji en el país, es dable consignar que la referida modalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, N° 7, letra e), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la ley N° 19.886, se puede utilizar cuando la contratación de que se trate, se realiza con los proveedores que sean titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros, exigencias que no se comprobaron concurrían en la especie.

(Dictamen N° 22.805 Fecha: 24-III-2016)

- f) Cuando por la magnitud e importancia que implica la contratación se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado en razón de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes o servicios requeridos, y siempre que se estime fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza.

Esta causal es muy difícil de usar, ya que exige que se fundamente y se pruebe la concurrencia de dos requisitos en forma simultánea:

- ~ Que atendida la importancia y magnitud de la contratación, el proveedor se escoja en razón de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes y/o servicios requeridos. Esto es fácil de fundar o probar, ya que lo que se hace es citar resoluciones de contratos anteriores y



mostrar que nunca se debió cursar una multa o cobrar una garantía, o que jamás se sancionó a esa empresa por algún tipo de incumplimiento, es decir, se prueba fundadamente que el proveedor escogido da confianza.

- ~ Que se estime fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza. Este requisito es el más difícil de probar y es la razón por la cual la mayoría de los tratos directos que se fundan en esta causal son objetados por Contraloría. Para probar que los otros proveedores no dan la confianza necesaria se puede recurrir a la propia experiencia o a la experiencia de terceros.

Dictamen de Contraloría: Proveedor de confianza

*Sobre el particular, cabe señalar que **para justificar el trato directo** se invoca la causal contemplada en el artículo 10, N° 7, letra f), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, disposición que autoriza dicha modalidad cuando por la magnitud e importancia que implica la contratación se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado en razón de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes y servicios requeridos y "siempre que se estime fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza", **exigiendo que ambas circunstancias concurren simultáneamente**...En este contexto, cumple con hacer presente que **el hecho de que la empresa sea la actual proveedora del servicio y que cuente con más de diez años de experiencia** en ese recinto hospitalario, lo que le otorga esa confianza y seguridad, como se indica en los considerandos N°s. 11 y 12, de la resolución exenta N° 3.415, de 2016, de la singularizada dirección, que autorizó acudir al trato directo, **no es suficiente para invocar dicha causal** en este caso, **pues la norma exige además que se estime fundadamente que no existan otros proveedores que otorguen seguridad y confianza**, circunstancia que no consta en la especie.*

(Dictamen N° 10.172 Fecha: 23-III-2017)



- g) Cuando se trate de la reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios, que deben necesariamente ser compatibles con los modelos, sistemas o infraestructura previamente adquirida por la respectiva Entidad.

Este caso supone que el organismo público ha adquirido un equipamiento y con posterioridad se hace necesario su complementación o la contratación de servicios accesorios, respecto de los cuales es indispensable que sean compatibles con los existentes.

Por ejemplo:

- ~ Repuestos para ciertos equipamientos, especializados. Por razones técnicas o de compatibilidad, los repuestos solo pueden ser comprados a un determinado proveedor.
- ~ Mantenciones y servicios técnicos. Por razones de compatibilidad técnica sólo se puede contratar con un proveedor determinado.

Dictamen de Contraloría: Complementación de equipamiento o servicios

*En la cláusula primera del acuerdo en análisis, se contempla la obligación de la empresa recurrente, de vender, ceder y transferir al Fisco de Chile-Dirección General de Aeronáutica Civil, repuestos para los sistemas de ayudas visuales de esta última, conforme a las características y especificaciones técnicas detalladas en la oferta técnica presentada por aquella empresa y a los términos de referencia que forman parte del contrato, agregando la misma cláusula que los bienes objeto del convenio son nuevos, de fábrica, de reciente fabricación y están amparados por la garantía que el vendedor otorga al comprador de acuerdo a su cláusula novena...En ese contexto, de los antecedentes tenidos a la vista se advierte que **el servicio realizó la compra de la especie a través de la modalidad excepcional de contratación directa, previa cotización, en atención a la necesidad de adquirir repuestos que fueran compatibles con el equipamiento adquirido previamente** y, asimismo, que la empresa recurrente se comprometió a la provisión de tales bienes, suscribiendo el contrato respectivo. Además, que en este último se contemplaron*



las medidas que podía adoptar la Administración en caso de que no se diera íntegro cumplimiento a lo pactado en el mismo.

(Dictamen N° 7.958 Fecha: 09-III-2017)

- h) Cuando el conocimiento público del proceso licitatorio, previo a la contratación, pudiera poner en serio riesgo el objeto y la eficacia de la contratación de que se trata.

Esta causal está concebida para aquellas contrataciones que no pueden ser de conocimiento público, puesto que si ello ocurre la contratación no se hará o el proceso no tendrá los resultados esperados. No se trata de contrataciones secretas, en que está en juego la seguridad nacional, sino más bien de contrataciones que deben hacerse de manera directa, sin la publicidad que conlleva la licitación pública puesto que dicha publicidad hará fracasar el proyecto. Además, por la naturaleza de la causal, dichas contrataciones no deben publicarse en el Sistema de Información.

Por ejemplo:

- ~ Estudios de factibilidad relativos a proyectos de mucha connotación pública como a la instalación de vertederos, cárceles, etc.
- ~ Auditorias y fiscalizaciones.
- ~ Estudios de evaluación y satisfacción.

Dictamen de Contraloría: Conocimiento público pone en riesgo el objeto

La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 351, de 2008, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba la contratación mediante la modalidad de trato directo, los términos de referencia, la propuesta técnica y económica de la Fundación Chile y el contrato ad-referéndum que indica, para la "Asesoría Integral de Desarrollo Tecnológico y Perfeccionamiento



del Sistema Electrónico de Cobro Interoperable", por no ajustarse a derecho.

Al respecto, es dable reparar el referido acto administrativo, en cuanto invoca lo dispuesto en el artículo 10, número 7, letra h), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el Reglamento de la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicio, para justificar el trato directo, toda vez que **no se advierte de que modo el conocimiento público que generaría el proceso licitatorio previo a la contratación pudiera poner en serio riesgo el objeto y la eficacia de la misma.**

(Dictamen N° 58.741 Fecha: 11-XII-2008)

- i) Cuando se trate de adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros, para ser utilizados o consumidos fuera de Chile, en el cumplimiento de las funciones propias de la entidad adquirente, y en las que por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea del todo indispensable acudir a este tipo de contratación.

Las entidades determinarán por medio de una resolución, los procedimientos internos que permitan resguardar la eficiencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación arbitraria en esta clase de adquisiciones.

Requisitos:

- ~ Adquisiciones de bienes muebles.
- ~ Que por razones de idioma, sistema jurídico, de sistema económico o cultural, u otra de similar naturaleza, sea del todo indispensable acudir a este tipo de contratación.



j) Cuando el costo de evaluación de las ofertas, desde el punto de vista financiero o de utilización de recursos humanos, resulta desproporcionado en relación al monto de la contratación y ésta no supera las 100 Unidades Tributarias Mensuales.

- ~ Se trata de contrataciones inferiores a 100 UTM, en las cuales el costo de evaluación resulta desproporcionado, es decir, "no vale la pena licitar", puesto que lo que se ahorrará no compensa el trabajo a realizar. Para fundamentar esta causal se sugiere elaborar tablas que incorporen la cantidad de horas hombre destinadas a un proceso licitatorio típico, similar a la contratación respectiva, y calcular el monto de hora de todos los involucrados (jefaturas, ejecutivos, revisores, contrapartes, etc.).

k) Cuando se trate de la compra de bienes y/o contratación de servicios que se encuentren destinados a la ejecución de proyectos específicos o singulares, de docencia, investigación o extensión, en que la utilización del procedimiento de licitación pública pueda poner en riesgo el objeto y la eficacia del proyecto de que se trata.

Esta causal se creó especialmente para las Universidades, aunque la pueden utilizar todas las instituciones que se rigen por esta ley. Como lo dice explícitamente el artículo, se requiere que se trate de proyectos específicos de docencia, investigación o extensión, por tanto no es una causal para contratar servicios corrientes de capacitación. Además, requiere lo siguiente:

- ~ Cada Institución debe determinar los procedimientos internos que permitan resguardar la eficiencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación arbitraria en esta clase de adquisiciones.
- ~ Dichos procedimientos deben aprobarse por resolución o decreto y publicarse en el sistema de información.
- ~ Una vez que se ha hecho lo anterior, la institución está en condiciones de contratar.



Dictamen de Contraloría: Causal de Proyectos específicos de docencia, investigación y extensión:

*Para justificar el trato directo del contrato referido, la resolución invoca la causal prevista en la letra k), del numeral 7, del artículo 10° del Reglamento de la Ley de Compras. Sin embargo, de los antecedentes del acto administrativo, consta que el objeto de la contratación no se enmarca dentro de un proyecto específico o singular de la institución y, por otra, que los servicios que se acuerdan por el convenio no configuran actividades de docencia, investigación o extensión, en los términos indicados en el citado precepto, sino de capacitación. **Dictamen N° 72.817 de 03.12. 2010.***

- l) Cuando habiendo realizado una licitación pública previa para el suministro de bienes o contratación de servicios no se recibieran ofertas o éstas resultaran inadmisibles por no ajustarse a los requisitos esenciales establecidos en las bases y la contratación es indispensable para el organismo.

Esta causal se usa para contratar directamente bienes y servicios que se han licitado previamente pero que dicha licitación fracasó. Al contrario del artículo 10 N° 1 del Reglamento que exige que la contratación directa debe contar con mínimo de tres cotizaciones, y que las bases del proceso no cambien, esta causal no tiene estas exigencias, es decir se puede contratar directamente sin la obligación de contar con tres cotizaciones previas y las bases pueden modificarse, sin cambiar el objeto de la contratación. Los requisitos para usar esta causal son:

- ~ Haber realizado una licitación pública previa que haya sido declarada desierta.
- ~ Que dicha declaración se debe a una de las siguientes causales:
 - No hubo ofertas
 - Todas las ofertas fueron declaradas inadmisibles por no ajustarse a los requisitos de las bases de licitación



~ La contratación que se pretende realizar debe ser indispensable para el servicio.

m) Cuando se trate de la contratación de servicios especializados inferiores a 1.000 UTM, de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Reglamento.

n) Cuando se trate de adquisiciones inferiores a 10 UTM, y que privilegien materias de alto impacto social, tales como aquellas relacionadas con el desarrollo inclusivo, el impulso a las empresas de menor tamaño, la descentralización y el desarrollo local, así como aquellas que privilegien la protección del medio ambiente, la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social. El cumplimiento de dichos objetivos, así como la declaración de que lo contratado se encuentre dentro de los valores de mercado, considerando las especiales características que la motivan, deberán expresarse en la respectiva resolución que autorice el trato directo.

Difiere de la causal contemplada en el N° 8 del artículo 10 del Reglamento y en la letra h) del artículo 8° de la Ley, en el objeto de la contratación, y, que en la especie, no se requiere de cotizaciones previas.

Artículo 8° Letra h) (Artículo 10 N° 8 del Reglamento)

Cuando el monto de la adquisición sea inferior al límite que fije el reglamento.

Esta causal permite contratar por trato directo cualquier contratación cuyo monto sea menor o igual a 10 UTM, los requisitos son:

- ~ Que el monto de la contratación no supere las 10 UTM.
- ~ Se requiere un mínimo de tres cotizaciones para poder contratar.
- ~ La resolución que la autorice se fundará únicamente en el monto de la contratación, no requiere ningún fundamento adicional.



Compra Ágil

Modalidad de compra mediante la cual las Entidades, podrán adquirir bienes y/o servicios por un monto igual o inferior al fijado por el artículo 10 bis de este Reglamento, de una manera dinámica y expedita, a través del Sistema de Información, mediante el procedimiento de trato directo, requiriendo un mínimo de tres cotizaciones previas.

Procederá el trato o la contratación directa, previo requerimiento de un mínimo de tres cotizaciones, a través del Sistema de Información, mediante la modalidad denominada Compra Ágil, si las contrataciones son iguales o inferiores a 30 Unidades Tributarias Mensuales. En este caso el fundamento del trato o la contratación directa se referirá únicamente al monto de la misma, por lo que no se requerirá la dictación de la resolución fundada que autoriza la procedencia del Trato o Contratación Directa, bastando con la emisión y posterior aceptación de la orden de compra por parte del proveedor. En virtud del artículo 2º quáter de la ley N° 21.131, en estas compras las Entidades podrán pagar en forma anticipada a la recepción conforme del bien y/o servicio, manteniendo su derecho de retracto, así como los derechos y deberes del consumidor, establecidos en el Párrafo 1º del Título II de la ley N° 19.496. En el evento que respecto de los bienes y/o servicios a adquirir, la Dirección de Compras y Contratación Pública mantuviere uno o más Convenios Marco vigentes, la Compra Ágil sólo procederá cuando por esa vía se obtengan condiciones más ventajosas en los términos referidos en el artículo 15 del presente Reglamento. En tal caso, las condiciones más ventajosas se entenderán referidas al menor precio del bien y/o servicio, el que quedará consignado en la respectiva orden de compra, sin que se requiera la dictación de un acto administrativo, debiendo, en todo caso, cada Entidad mantener los antecedentes respectivos, en donde conste la comparación de precios, para su revisión y control posterior, cuando sea procedente.

Contratos

El artículo 63 del Reglamento dispone que *"Para formalizar las adquisiciones de bienes y servicios regidas por la ley N° 19.886, se requerirá la suscripción de un contrato. Sin perjuicio de lo anterior, las adquisiciones menores a 100 UTM podrán formalizarse mediante la emisión de la orden de compra y la*



aceptación de ésta por parte del proveedor. De la misma forma podrán formalizarse las adquisiciones superiores a ese monto e inferiores a 1.000 UTM, cuando se trate de bienes o servicios estándar de simple y objetiva especificación y se haya establecido así en las respectivas bases de licitación".

Conforme a la disposición citada, la regla general es que toda adquisición de bienes y servicios requiere de la suscripción de un contrato, y excepcionalmente no será necesario la firma de éste en los siguientes casos:

- ~ Adquisiciones menores a 100 UTM.
- ~ Adquisiciones de un monto superior a 100 UTM e inferior a 1.000 UTM, de bienes o servicios estándar de simple y objetiva especificación y se haya establecido así en las respectivas bases de licitación.

Respecto a la formalización de adquisiciones mediante la emisión y aceptación de órdenes de compra, se debe tener presente que en caso que una orden de compra no haya sido aceptada, los organismos públicos podrán solicitar su rechazo, entendiéndose definitivamente rechazada una vez transcurridas 24 horas desde dicha solicitud.

Por su parte, el plazo de validez de las ofertas será de 60 días corridos, salvo que las bases establezcan algo distinto.

Contenido Mínimo del Contrato de Suministro y Prestación de Servicios:

En virtud del artículo 64 del Reglamento el contrato debe señalar:

- ~ La individualización del contratista.
- ~ Las características del bien y/o servicio contratado.
- ~ El precio.
- ~ El plazo de duración.
- ~ Las garantías, si las hubiere.
- ~ Las medidas a ser aplicadas por eventuales incumplimientos del proveedor, así como sus causales y el procedimiento para su aplicación.



- ~ Causales de término y demás menciones y cláusulas establecidas en las Bases.

Plazo para suscribir el contrato:

Conforme al artículo 65 del Reglamento, se infieren las siguientes reglas:

- ~ El plazo establecido en las bases.
- ~ En silencio de las bases, se deberá suscribir dentro de 30 días corridos desde la notificación de la adjudicación.

INSTRUMENTOS DE GESTIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Plan Anual de Compras

Cada Entidad deberá elaborar y evaluar un Plan Anual de Compras que contendrá una lista de los bienes y/o servicios que se contratarán durante cada mes del año, con indicación de su especificación, número y valor estimado, la naturaleza del proceso por el cual se adquirirán o contratarán dichos bienes y servicios y la fecha aproximada en la que se publicará el llamado a participar.

Los Procesos de Compras y contratación deberán formularse de conformidad y en la oportunidad determinada en el Plan Anual de Compras elaborado por cada Entidad Licitante, previa consulta de la respectiva disponibilidad presupuestaria, a menos que circunstancias no previstas al momento de la elaboración del Plan Anual de Compras hagan necesario dejar de cumplirlo o se haya efectuado una modificación al mismo. Bajo ninguna circunstancia el Plan Anual de Compras obliga a las Entidades o a la Dirección a efectuar los Procesos de Compras en conformidad a él.

Cada Entidad publicará su Plan Anual de Compras en el Sistema de Información, en la forma y plazos que establezca la Dirección, asimismo, podrá fundadamente modificar el Plan Anual de Compras en cualquier oportunidad, informando tales modificaciones en el Sistema de Información.



Manual de Compras

Las Entidades, para efectos de utilizar el Sistema de Información, deberán elaborar un Manual de Procedimientos de Adquisiciones, el que se deberá ajustar a lo dispuesto en la Ley de Compras y su Reglamento. Para estos efectos, el Manual de Procedimientos de Adquisiciones deberá referirse a lo menos, a las siguientes materias: planificación de compras, selección de procedimientos de compra, formulación de bases, criterios y mecanismos de evaluación, gestión de contratos y de proveedores, recepción de bienes y servicios, procedimientos para el pago oportuno, política de inventarios, uso del Sistema de Información, autorizaciones que se requieran para las distintas etapas del proceso de compra, organigrama de la Entidad y de las áreas que intervienen en los mismos, con sus respectivos niveles y flujos, y los mecanismos de control interno tendientes a evitar posibles faltas a la probidad. Además, este manual deberá contemplar un procedimiento para la custodia, mantención y vigencia de las garantías, indicando los funcionarios encargados de dichas funciones y la forma y oportunidad para informar al Jefe del Servicio el cumplimiento del procedimiento establecido, sin perjuicio de la responsabilidad de éste. Dicho Manual deberá publicarse en el Sistema de Información y formará parte de los antecedentes que regulan los Procesos de Compra del organismo que lo elabora.



XIV. DE LOS FERIADOS LEGALES, LOS PERMISOS EN EL SECTOR PÚBLICO, COMISIONES Y DESTINACIONES

Módulo 1: De los feriados y permisos

Docente: Sebastián Bustos U., Abogado UDELAM

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

I. FERIADOS:

1. El Feriado Legal:

El Feriado legal está definido en el artículo 102 de la Ley 18.834 que señala: "Se entiende por feriado el descanso a que tiene derecho el funcionario, con el goce de todas las remuneraciones durante el tiempo y bajo las condiciones que más adelante se establecen". Se agrega, que dicho feriado corresponderá a cada año calendario y para tener derecho se requiere tener cumplido al menos 1 año de servicios como funcionario.

Por su parte la ley 15.076 dispone en su artículo 22 que, el feriado legal a que tienen derecho los profesionales funcionarios que prestan servicios en entidades afectas al Decreto Ley N° 249, de 1973, se regirá por las disposiciones del Estatuto Administrativo.

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

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



La duración del feriado es la siguiente:

- a) 15 días hábiles para los profesionales funcionarios con menos de 15 años de servicio;
- b) 20 días hábiles para los profesionales funcionarios con más de 15 años y menos de 20; y
- c) 25 días hábiles para los profesionales funcionarios con más de 20 años de servicios.
- d) Los profesionales contratados según ley 15.076 y 18.834 que residan en las Regiones de Tarapacá, Antofagasta, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, de Magallanes y de la Antártida Chilena y en las Provincias de Chiloé y Palena de la Región de Los Lagos, tendrán derecho a que sus feriados aumenten en cinco días hábiles.

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

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

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

2.- El feriado especial:

Los funcionarios contratados por Ley 15.076, que sean radiólogos, radioterapeutas, anatomopatólogos de hospitales generales y de tuberculosis que trabajen en jornada completa, los médicos legistas tanatólogos, los que trabajen con isótopos radioactivos o estén expuestos habitualmente a radiaciones; los químicos farmacéuticos legistas, los psiquiatras tratantes, los laboratoristas clínicos, los bacteriólogos, los



profesionales que ejerzan sus funciones en servicios de urgencia, residencia hospitalaria y residencia de maternidades, y los que en el ejercicio de sus funciones estén dedicados habitualmente a la atención de la tuberculosis, tendrán derecho además a un feriado especial de 15 días corridos, el que deberá estar separado por no menos de 4 meses del feriado ordinario.

Cabe tener presente que los establecimientos de salud que formen parte de los distintos Servicios de Salud, entidades que se encuentran dentro de las instituciones indicadas en el artículo 1° del decreto ley N° 249, de 1973, por cuanto tiene el carácter de continuador legal de los antiguos Servicio Nacional de Salud y Servicio Médico Nacional de Empleados, según prescribe el artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. De esta manera, y en concordancia con lo informado en los dictámenes N 7.765, de 2010 y 68.518, de 2014, de la Contraloría General de la República, razón por la cual no le resulta aplicable el feriado especial previsto en el artículo 23°, inciso segundo, de la ley N° 15.076, debiendo sujetarse, en lo relativo al feriado, a las reglas contenidas en la ley N° 18.834.

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

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

Así las cosas, el artículo mencionado en la parte final del párrafo anterior, señala en su letra d): "Los profesionales funcionarios que residan en las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo de Magallanes y de la Antártica Chilena y en las provincias de Chiloé y Palena en la Región de Los Lagos, tendrán derecho a que sus feriados aumenten en cinco días hábiles." Agrega que, "Los profesionales funcionarios radiológicos y radioterapeutas, los anatomopatólogos de



hospitales generales de tuberculosis que trabajen en jornada completa, los médicos legistas tanatólogos, los que trabajan con isótopos radioactivos o estén expuestos habitualmente a radiaciones; los químicos farmacéuticos legistas, los psiquiatras tratantes, los laboratoristas clínicos, los bacteriólogos, los profesionales que ejerzan sus funciones en servicios de urgencia, residencia hospitalaria y residencia de maternidades, y los que en el ejercicio de sus funciones estén dedicados habitualmente a la atención de la tuberculosis, tendrán derecho a que, además del feriado ordinario contemplado en el inciso 1º, se les otorgue un feriado especial de 15 días corridos, el que deberá estar separado por no menos de cuatro meses al feriado ordinario." Luego, "Para los mismos especialistas citados en el presente artículo, el feriado ordinario no será en ningún caso inferior a treinta días."

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

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

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

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



3.- El Feriado compensatorio especial:

- La ley 19.230 en su artículo 5° establece para el personal contratado en virtud de la Ley 15.076 que se desempeñen en los Servicios de Salud y en Hospitales de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, que trabajen permanentemente en sistemas de turnos nocturnos y en días domingo y festivos, en Servicio de Urgencia, Maternidades, Unidades de Cuidados Intensivos y Residencias Médicas, en cargos de 28 horas semanales y ligados de 11/28 y 22/28 horas semanales 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. Este descanso se hará efectivo además, en los cargos de 11,22 ó 33 horas semanales, que pudieran servir en forma compatible con las 28 horas, y que se desempeñen en el mismo establecimiento hospitalario del respectivo Servicio.

El referido descanso deberá usarse en forma continua dentro del año calendario, no podrá acumularse al feriado legal y tendrá que estar separado de éste o de la fracción no inferior a 10 días, si el feriado se toma en forma fraccionada, por no menos de 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.

Aplica Dictamen N° 65806 del año 2014.

Este feriado es aplicable a los contratados según Ley 15.076.

Situación producto de la Pandemia Covid-19:

Con fecha 23 de septiembre de 2020, Contraloría se pronunció mediante Dictamen N° 37915, ordenando que es factible que, como medida extraordinaria de gestión y por esta anualidad, se permita el fraccionamiento del lapso de diez días hábiles que los incisos finales de los anotados artículos 104 de la ley N° 18.834 y 103 de la ley N° 18.883 imponen tomarse de manera ininterrumpida, siempre y cuando así lo pida el interesado y haya sido resuelto por la autoridad, considerando que, como se adelantó, el feriado no puede ser denegado discrecionalmente por esta.



Idénticas medidas extraordinarias de gestión -acumulación y fraccionamiento- podrán disponerse respecto de los descansos compensatorios especiales del artículo 5° de la ley N° 19.230; y artículo 3°, número 1), de la ley N° 19.264, sin sujeción a las limitaciones que en esas disposiciones se establecen, pero en este último caso no será factible conmutar estos descansos por la asignación fijada en el número 2), de dicha disposición, dado que el respectivo funcionario ya hizo uso de tal opción en tiempo y forma conforme a la referida normativa, sin que se observen razones para alterar aquello.

Por otra parte, en lo que se refiere a las dificultades para conceder el descanso compensatorio en la actual contingencia sanitaria, cabe recordar que según lo previsto por los artículos 66 y 63 de la ley N° 18.834 y la ley N° 18.883, respectivamente, los trabajos extraordinarios que disponga la autoridad serán compensados con descanso complementario, y si ello no fuere posible por razones de buen servicio, con un recargo en las remuneraciones.

En este punto, es útil precisar que acorde con lo señalado en los artículos 161 y 157 de los citados cuerpos estatutarios, el derecho al goce del mencionado descanso, prescribe en el plazo de dos años contado desde la fecha en que se hizo exigible.

De lo expuesto se advierte que corresponde a la superioridad del respectivo organismo, ponderar las circunstancias y determinar de qué manera se retribuirán las labores extras que desempeñen sus funcionarios, tal como se informó en el dictamen N° 81.409, de 2015, de este origen.

Asimismo, esta Contraloría General ha manifestado, entre otros, mediante el dictamen N° 37.677, de 2014, que la autoridad puede modificar las resoluciones que ordenaron compensar labores extraordinarias con descanso y disponer su pago en dinero, en el evento que estime que el primer mecanismo de retribución no es conveniente por razones de buen servicio.

En consecuencia, en relación con los descansos compensatorios que la autoridad no pueda conceder en el contexto de la presente contingencia sanitaria, corresponde que los trabajos extraordinarios que los originaron sean retribuidos con un recargo en las remuneraciones, en tanto exista presupuesto para ello.



4. - El descanso Reparatorio:

La ley N° 21.409, de fecha 25 de enero de 2022 establece un beneficio de descanso reparatorio para el personal que se desempeñe en los Establecimientos de Salud que se señalan en la propia Ley, beneficio que se podrá gozar a contar del 25 de enero de 2022 hasta el 25 de enero de 2025, esta Ley ha sido complementada con los Ordinarios N° 300 del 25 de enero de 2022 del Subsecretario de Redes Asistenciales (S) y el Ordinario N° 691 del 4 de febrero de 2022 de la Subsecretaría de Salud Pública.

a) En que consiste el beneficio:

Se otorgan (para aquellos en modalidad presencial o alternando ésta 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 éstos y podrá ser ejercido en forma continua o fraccionada a elección del beneficiario.

Para aquellos funcionarios que Respecto de quienes 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 sesenta días desde la fecha de publicación de esta ley. (miércoles 13 de abril aproximadamente).

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 aquellos que 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 sesenta 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.



b) ¿Quiénes pueden optar al beneficio?:

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 N° 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 N° 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 éstas 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 sesenta 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 sesenta días hábiles desde la fecha de publicación de la presente ley.

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

c) y haber sido nombrados o contratados, según corresponda, conforme a cualquiera de las siguientes leyes: a la ley N° 15.076, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 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 N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda; a la ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales; a la ley N° 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, o a la 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; 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. 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 N° 21.247.

c) ¿Cómo se solicita el beneficio?:

Por el mismo procedimiento que se solicita el uso de feriado legal, indicando el período del uso de éste 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.

d) ¿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 ésta 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.

e) ¿Quiénes se encuentra excluidos del beneficio?:

No tendrán derecho al descanso reparatorio:

- a) 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 N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo;
- b) Aquellos que hayan sido nombrados por Sistema de Alta Dirección Pública;



c) 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;

d) Y 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 éstas incompatibles con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

5.- Fecha en que debe hacerse uso del feriado:

El artículo 104 de la citada ley 18.834 preceptúa que el funcionario debe solicitar su feriado indicando la fecha en que hará uso de su derecho, la cual no podrá ser denegada 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 pidiera 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.

6.-Forma en que debe cumplirse el feriado:

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

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

“A contar de la fecha de publicación de esta ley y hasta el 31 de diciembre de 2021, se permitirá el fraccionamiento del lapso de diez días hábiles que los incisos finales de los artículos 104 de la ley N° 18.834 y 103 de la ley N°



18.883 imponen tomarse de manera ininterrumpida, siempre y cuando así lo pida el funcionario y haya sido resuelto por la autoridad”.

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

Respecto a la forma de computar el feriado legal, conviene puntualizar que el Colegio Médico de Chile A.G., ya sometió la situación a consulta de la Contraloría General de la República, ente que mediante el Dictamen 59.107 del año 2004, manifestó que, el feriado a que tienen derecho los funcionarios públicos en general, y los profesionales funcionarios en particular, se otorga por día y no en relación a las horas diarias que -de conformidad con la especial distribución de la jornada semanal de trabajo que puede efectuar la superioridad del servicio-, deba laborar un empleado determinado, resultando oportuno añadir que Ley N° 15.076 no contiene disposición alguna que permita arribar a una conclusión diversa, como sucede con el otorgamiento de los permisos administrativos, según se analizará más adelante.

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

Con la dictación de la Ley 21.405 de 23 de diciembre de 2021, en su artículo 58 cambia ésta situación al señalar lo siguiente:

“Facúltase a las jefaturas superiores de los servicios públicos para permitir, de manera extraordinaria y por única vez, la acumulación para el año 2023, de todo o parte del feriado del año 2019 acumulado para el año 2020, aun cuando con dicha acumulación supere el límite de 30, 40 o 50 días de feriado para aquella anualidad. Asimismo, se podrá acumular para el año 2023 todo o parte del feriado del año 2020 acumulado para el año 2021 y



del feriado del año 2021 acumulado para el año 2022, aun cuando supere los límites antes indicados.

El funcionario deberá solicitar expresamente la acumulación del feriado señalado en el inciso anterior, durante el mes de diciembre de 2022”.

En el caso del Ministerio de Salud y sus servicios dependientes o que se relacionen a través de dicho Ministerio, las jefaturas superiores de dichos servicios sólo podrán ejercer la facultad a que se refiere el inciso primero respecto de la acumulación para el año 2023, de todo o parte del feriado del año 2021 acumulado para el año 2022, aun cuando con dicha acumulación supere el límite de 30, 40 o 50 días de feriado para aquella anualidad. El funcionario deberá solicitar expresamente la acumulación, de conformidad con el inciso segundo del presente artículo. Del mismo modo, las jefaturas superiores de los servicios tratados en este inciso podrán acordar con sus trabajadores sujetos al Código del Trabajo la acumulación en los mismos términos. **No obstante, el fraccionamiento del feriado a que se refieren los incisos tercero y cuarto de este artículo no será aplicable a estos servicios.**

7.- Los Becarios:

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

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

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



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

8.- Acumulación de feriado:

La ley 18.834 en su artículo 104 inciso segundo señala:

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

Podrá autorizarse la acumulación al año siguiente de la fracción pendiente de dicho feriado siempre que ello no implique exceder de 30, 40 o 50 días hábiles (para los contratados ley 18.834 y ley 18.883).

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

Procede la acumulación, cuando el funcionario se vio impedido de gozar de su feriado, por habersele otorgado licencia médica por enfermedad o por maternidad, atendido a que recientemente Contraloría ha cambiado su jurisprudencia con fecha 25 de noviembre de 2019, en su Dictamen 30269, al considerar que las licencias son de carácter irrenunciable y se encuentran obligados a mantener reposo, en consecuencia los funcionarios no pueden suspenderlo para efectuar la solicitud de su feriado legal o su acumulación 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.



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

Respecto a la acumulación de feriados de los profesionales funcionarios becarios, la propia Contraloría General de la República en su Dictamen 44471 del año 2017, ha sostenido que procede la acumulación del feriado legal, en la medida que se cumplan las condiciones que prescribe el artículo 104 de la ley N° 18.834, esto es, que se solicite el feriado oportunamente (dentro del año respectivo), y que en el evento que sea denegado por razones de servicio, el interesado pida expresamente hacer uso conjunto de su feriado con el correspondiente al año siguiente.

Es necesario hacer presente, que una vez terminada la Beca y se comienza el Período Asistencial Obligatorio (PAO), se requiere cumplir un año como funcionario público para tener derecho al feriado legal.

Situación extraordinaria producto de la Pandemia originada por COVID-19:

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

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

Expuesto lo anterior, es necesario anotar que de conformidad con lo manifestado en el dictamen N° 3.610, de 2020, ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la



exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población.

En este orden de consideraciones, y en especial tomando en cuenta la finalidad del derecho de que se trata y las peculiares condiciones de confinamiento y restricciones de desplazamiento generadas por la referida pandemia, así como el hecho que en muchos casos no ha sido posible otorgar descansos a los funcionarios -a fin de dar la adecuada cobertura a las necesidades que han debido satisfacer determinados organismos durante este período de emergencia sanitaria-, resulta menester reconocer a las jefaturas superiores la facultad de permitir, de manera extraordinaria, la acumulación para el año 2021 y 2022, de todo o parte del feriado del año 2019 acumulado para el 2020.

Lo dicho, aun cuando importe que se supere el límite de 30, 40 o 50 días de feriado para aquella anualidad, que indica el anotado artículo 104, inciso tercero, de la ley N° 18.834.

Ello, en tanto lo solicite expresamente el interesado, conforme al procedimiento establecido para ello en la pertinente normativa estatutaria, y así lo resuelva el organismo.

Si bien lo instruido por Contraloría era contrario a la ley, el legislador mediante la Ley 21.306 del 31 de diciembre de 2020, dispuso en su Artículo 65 lo siguiente:

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



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

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

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

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

Con la dictación de la Ley 21.405 de 23 de diciembre de 2021 la situación cambió al señalar:

“Facúltase a las jefaturas superiores de los servicios públicos para permitir, de manera extraordinaria y por única vez, la acumulación para el año 2023, de todo o parte del feriado del año 2019 acumulado para el año 2020, aun cuando con dicha acumulación supere el límite de 30, 40 o 50 días de feriado para aquella anualidad. Asimismo, se podrá acumular para el año 2023 todo o parte del feriado del año 2020 acumulado para el año 2021 y del feriado del año 2021 acumulado para el año 2022, aun cuando supere los límites antes indicados.

El funcionario deberá solicitar expresamente la acumulación del feriado señalado en el inciso anterior, durante el mes de diciembre de 2022”.



En el caso del Ministerio de Salud y sus servicios dependientes o que se relacionen a través de dicho Ministerio, las jefaturas superiores de dichos servicios sólo podrán ejercer la facultad a que se refiere el inciso primero respecto de la acumulación para el año 2023, de todo o parte del feriado del año 2021 acumulado para el año 2022, aun cuando con dicha acumulación supere el límite de 30, 40 o 50 días de feriado para aquella anualidad. El funcionario deberá solicitar expresamente la acumulación, de conformidad con el inciso segundo del presente artículo. Del mismo modo, las jefaturas superiores de los servicios tratados en este inciso podrán acordar con sus trabajadores sujetos al Código del Trabajo la acumulación en los mismos términos.

9.- Interrupción del feriado por licencia médica:

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

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

Recientemente la Contraloría en su Dictamen N° 188.055 de fecha 23 de febrero de 2022, ha confirmado el criterio de la suspensión del feriado. Establecido lo anterior, es posible sostener que si la solicitud de suspender el feriado del que está gozando un servidor, lo que en su criterio se justifica como medida extraordinaria de gestión *“que se basa en la existencia de restricciones derivadas de la mencionada emergencia sanitaria que no estaban presentes al momento de iniciarse dicho descanso, tal situación configuraría un caso fortuito en los términos descritos por el dictamen N° 3.610, de 2020, de este origen, permitiendo, en consecuencia, la adopción de medidas extraordinarias de gestión.*



Así entonces, atendido el contexto fáctico y normativo anotado, cabe concluir que la autoridad está facultada para acceder a la petición de suspensión del feriado de los funcionarios que están gozando de ese beneficio, en la medida que aquella se funde en las restricciones derivadas de la aludida emergencia sanitaria -y así lo acredite el solicitante-, con carácter excepcionalísimo y previa emisión de un acto administrativo fundado, en el que se deberá explicitar que la medida en comento obedeció al caso fortuito vinculado con el brote de COVID-19, y que por tal razón dicha justificación no puede invocarse más allá de esa contingencia”.

10.- Funcionarios acogidos al beneficio de exención de guardia nocturna:

El artículo 44 de la ley 15.076 establece que los funcionarios que gocen del beneficio de exención de guardia nocturna mantendrán los derechos que sus funciones les conferían, salvo el descanso compensatorio (lo que se advierte en el artículo 6° de la Ley 19.230).

En consecuencia, mantienen los mismos derechos de vacaciones que tenían en su cargo. Asimismo el Dictamen 63352 del 2016, hizo presente que la circunstancia de que el hecho de encontrarse acogido al beneficio de liberación de guardias, regulado en el artículo 44 de la citada ley N° 15.076, no altera los días de permisos por cada semestre a que tiene derecho según lo expuesto, ya que no existe disposición alguna en tal sentido, debiendo dividirse por 5 la distribución especial de jornada a que tengan derecho, pero teniendo presente que no puede autorizarse permisos por medios días.

11.- Funcionarios que se desempeñan simultáneamente en cargos 22 horas y 28 horas.

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



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

12.- Situación del funcionario contratado en calidad de reemplazo.

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

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

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.

13.- Feriado legal del personal contratado bajo la Ley 19.378:

El artículo 18 de la citada ley dispone: "*El personal con más de un año de servicio tendrá derecho a un feriado con goce de todas sus remuneraciones.*



El feriado corresponderá a cada año calendario y será de quince días hábiles para el personal con menos de quince años de servicios; de veinte días hábiles para el personal con quince o más años de servicios y menos de veinte y de veinticinco días hábiles para el personal que tenga veinte o más años de servicios.

Los días de feriado a que se refiere el inciso precedente, se aumentarán en cinco días hábiles respecto al personal que se desempeñe y resida en las regiones primera, segunda, duodécima y décimo quinta, así como en las Provincias de Palena y Chiloé.

Tratándose del personal que se desempeñe en la comuna de Juan Fernández, los días de feriado se aumentarán en los que sean necesarios para el viaje de ida y regreso entre el continente y la isla, de conformidad a los criterios y procedimiento que al efecto fije el reglamento.

Para estos efectos, no se considerarán como días hábiles los días sábado y se computarán los años trabajados en el sector público en cualquier calidad jurídica, en establecimientos municipales, corporaciones privadas de atención primaria de salud y en los Programas de Empleo Mínimo, Programas de Obras para Jefes de Hogar y Programa de Expansión de Recursos Humanos, desempeñados en el sector salud y debidamente acreditados en la forma que determine el Reglamento.

El personal solicitará su feriado indicando la fecha en que hará uso de él, el que en ningún caso podrá ser denegado discrecionalmente.

Cuando las necesidades del establecimiento lo requieran, el Director podrá anticipar o postergar la época del feriado, a condición de que éste quede comprendido dentro del año respectivo, salvo que el funcionario pidiere, expresamente, hacer uso conjunto de su feriado con el que le correspondiere al año siguiente. Sin embargo, no podrán acumularse más de dos períodos consecutivos de feriados.

El personal podrá solicitar hacer uso del feriado en forma fraccionada, pero una de las fracciones no podrá ser inferior a diez días".



II.- PERMISOS

1.- Permisos Administrativos ordinarios:

A)- PERMISO CON GOCE DE SUELDO:

El artículo 25 de la Ley 15.076 señala, que los Jefes de Servicios están autorizados para conceder al personal de su dependencia, por resolución fundada y cuando circunstancias especiales lo justifiquen, permisos fraccionados o continuos hasta seis días hábiles en cada semestre calendario, con el goce de sueldo y demás remuneraciones de que disfruten.

Aquellos que no cumplan su jornada semanal de 44 horas semanales, se considerará que un día de permiso corresponde a la cantidad de horas que resulte de dividir por cinco la jornada laboral.

Además los permisos administrativos sólo pueden concederse por días y no por medios días, atendido que la ley no autoriza dicho fraccionamiento (aplica Dictamen 59107 del 2004).

Es decir si tiene un contrato de 11 horas semanales cada día de permiso corresponde a 2,2 horas, por lo que en definitiva tendrá derecho a 1,5 días de permiso efectivo.

Si tiene un contrato de 22 horas semanales, cada día de permiso corresponde a 4,4 horas, por lo que tiene en la práctica derecho a 3 días de permiso efectivo.

Si tiene un contrato de 33 horas semanales, cada día de permiso corresponde a 6,6 horas, por lo que tiene derecho a 4,5 días de permiso efectivo.

Es decir si tienen un contrato de 28 horas semanales, tendrán derecho a 24 horas de permiso con goce de sueldo por semestre.



| MINUTA DIAS ADMINISTRATIVOS LEYES 19.664 Y 15.076 | | | |
|---|-----------------------------------|------------|-----------------------------------|
| LEY 19.664 | DIAS ADMINISTRATIVOS POR SEMESTRE | LEY 15.076 | DIAS ADMINISTRATIVOS POR SEMESTRE |
| 44 HRS | 6 | 12 HRS | 2 |
| 33 HRS | 4.5 | 24 horas | 1 |
| 22 HRS | 3 | | |
| 11 HRS | 1.5 | | |

Los profesionales funcionarios que se encuentren contratados con cargos de ambas leyes (19.664 y 15.076) deben solicitar éstos beneficios en forma separada respecto a cada cargo.

Situación de los funcionarios contratados según la Ley 19.378:

Respecto a los días de permisos administrativos a que tienen derecho en su calidad de médicos regida por la Ley N° 19.378, se debe tener presente:

- El artículo 17 de la Ley N° 19.378 establece que “Los funcionarios podrán solicitar permisos para ausentarse de sus labores por motivos particulares hasta por seis días hábiles en el año calendario, con goce de sus remuneraciones. Estos permisos podrán fraccionarse por días o medios días, y serán concedidos o denegados por el Director del establecimiento, según las necesidades del servicio. (...)”
- Por su parte, el artículo 4 de la Ley N° 19.378, establece que “En todo lo no regulado expresamente por las disposiciones de este Estatuto, se aplicarán, en forma supletoria, las normas de la ley N° 18.883, Estatuto de los Funcionarios Municipales.
- (...) No obstante, en materia de concursos, jornada de trabajo, feriados y permisos, a los profesionales funcionarios a que se refiere la ley N° 15.076, les serán aplicables, supletoriamente, las normas de dicho cuerpo legal, en cuanto sean conciliables con las disposiciones y reglamentos de esta ley”.



- Que, en atención a la remisión de algunos aspectos desde el Estatuto APS a la Ley N°15.076, es necesario tener presente que el artículo 1 de la referida Ley, establece: "(...) Las disposiciones de esta ley se aplicarán a los Servicios de Salud, a los Servicios de la Administración Pública, a las empresas fiscales y a las instituciones semifiscales o autónomas. Sin embargo, a las municipalidades sólo 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 N° 19.378, caso en el cual se regirán por sus disposiciones. (...)”.

De acuerdo a las normas anteriormente transcritas, es posible concluir los funcionarios y trabajadores regidos por la Ley N° 19.378, NO se encuentran sometidos a las reglas de los permisos administrativos de la Ley N°15.076, ya que esta norma SOLO es aplicable en los términos expresos que establece la ley. Por tanto, no es aplicable el artículo 25 de la Ley N°15.076, que establece el otorgamiento proporcional de los días administrativos en el caso de jornadas concentradas en menos de 5 días a la semana.

De esta forma, se puede solicitar los días administrativos, con independencia a la jornada laboral por la que se le haya contratado, es decir, tiene 6 días administrativos al año, y no la proporción que se obtenga de su cálculo respecto a las horas por las que está contratada la jornada. Sin perjuicio de ello, hago presente que corresponde a la respectiva jefatura el autorizar o denegar las solicitudes de permisos administrativos, las que se pueden rechazar por la causal de necesidades del servicio.

Se transcribe el artículo 17 de la Ley 19.378 para conocimiento: "*Artículo 17.- Los funcionarios podrán solicitar permisos para ausentarse de sus labores por motivos particulares hasta por seis días hábiles en el año calendario, con goce de sus remuneraciones. Estos permisos podrán fraccionarse por días o medios días, y serán concedidos o denegados por el Director del establecimiento, según las necesidades del servicio.*



Asimismo, podrán solicitar sin goce de remuneraciones, por motivos particulares, hasta tres meses de permiso en cada año calendario.

El límite señalado en el inciso anterior, no será aplicable en el caso de funcionarios que obtengan becas otorgadas de acuerdo a la legislación vigente”.

B).- PERMISO SIN GOCE DE SUELDO:

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

- i) Por motivos particulares hasta dos meses en cada año calendario, o seis meses cada 3 años.
- ii) Para trasladarse al extranjero por el tiempo que se exprese al otorgar el permiso, el cual no podrá exceder de tres años.
- iii) Las instituciones empleadoras en donde presten servicios los profesionales médicos de la Armada embarcados, deberán otorgarles permiso durante el tiempo que dure el viaje.

Los profesionales que gocen del beneficio de mantener su remuneración, en el caso descrito precedentemente, y cualquiera que sea el número de permisos que se le otorguen, no podrán percibir durante ellos una remuneración total superior a dos años.

Estos permisos deben concederse por Resolución fundada, que debe solicitarse para cada caso. Mientras esa Resolución no sea dictada ni notificada, no podemos confiar en que el permiso se ha materializado.

2.- Permisos Administrativos especiales:

1° PERMISO POR NACIMIENTO O FALLECIMIENTO DE HIJO:

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



1. Se trata de un beneficio a favor del padre o madre funcionario.
2. Se otorga por cinco (5) días, considerando solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.
3. Permite ausentarse transitoriamente del servicio.
4. Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones.
5. Se puede hacer uso de ellos, a elección del padre o madre, en forma continua si los ocupa desde el momento del parto, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. En el caso del empleado que se encuentre en proceso de adopción, el uso del permiso se computará desde la fecha de la respectiva resolución judicial.
6. Es irrenunciable.

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

1. Se trata de beneficios en favor de la generalidad de los funcionarios.
2. Se otorga por siete (7) días corridos en el caso de la muerte de un hijo y por tres (3) días hábiles en el caso de la muerte de un hijo en período de gestación, considerándose en ambos casos solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.
3. Deben hacerse efectivos a partir de la fecha del fallecimiento, sin perjuicio que en el caso de defunción fetal el permiso se hará efectivo a partir desde el momento de acreditarse la muerte, con el respectivo certificado de defunción fetal.
4. Permite ausentarse transitoriamente del servicio.
5. Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones.
6. No puede compensarse en dinero.



2°- PERMISO POR FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE CIVIL

Acorde a lo señalado en el artículo 66 del Código del Trabajo, aplicable según lo dispuesto en el artículo 104 bis del Estatuto Administrativo, “En el caso de muerte del cónyuge o conviviente civil, todo trabajador tendrá derecho a siete días corridos de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio”.

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

Características principales del Permiso por Fallecimiento del Cónyuge o conviviente civil.

1. Se trata de un beneficio en favor de la generalidad de los funcionarios.
1. Se otorga por siete (7) días corridos, considerándose solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.
2. Debe hacerse efectivo a partir de la fecha del fallecimiento.
3. Permite ausentarse transitoriamente del servicio.
4. Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones
5. No puede compensarse en dinero

3°.- PERMISO POR FALLECIMIENTO DEL PADRE O MADRE

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

Características principales del Permiso por Fallecimiento del Padre o Madre

1. Se trata de un beneficio en favor de la generalidad de los funcionarios.
2. Se otorga por tres (3) días hábiles, considerándose solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.
3. Debe hacerse efectivo a partir de la fecha del fallecimiento.



4. Permite ausentarse transitoriamente del servicio.
5. Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones
6. No puede compensarse en dinero

4°.- PERMISO DEPORTIVO

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

Características principales del Permiso Deportivo

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

5°.- PERMISO PARA CONTRAER MATRIMONIO

Este permiso se encuentra contemplado en el artículo 207 bis del Código del Trabajo, cuyo fundamento para su establecimiento es la importancia fundamental que se ha reconocido al derecho de los trabajadores a gozar de permisos con motivo de situaciones de carácter personal cuya trascendencia social es innegable, en este caso, el matrimonio y el goce de la vida familiar.



La idea central de la utilización de este permiso es que los trabajadores y trabajadoras puedan destinar los tiempos necesarios para los ritos del matrimonio, civiles y/o religiosos, y que se no ocupe para ello el tiempo de descanso, lo que aporta a la preponderancia del desarrollo de la vida familiar, como también a la convivencia social.

El permiso en análisis se encuentra regulado en el citado artículo 207 bis del Código del Trabajo, introducido por el artículo único, numeral 3 de la Ley N° 20.764, normativa que, si bien está establecida en el precitado Código, es aplicable a los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo aprobado por la Ley N° 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado por el D.F.L. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, al disponerlo así el artículo 194 del mismo Código, en concordancia con el artículo 89, inciso 2° del mencionado Estatuto Administrativo.

Las características del Permiso para Contraer Matrimonio son las siguientes:

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

Forma de Ejercer el Permiso

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



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

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

Al respecto el Ordinario de la Inspección del Trabajo N° 3342/ 048 del año 2014 señala:

Procedencia del beneficio respecto del matrimonio religioso.

Cabe puntualizar que la nueva normativa, no distingue si la ceremonia de matrimonio a la que se refiere el permiso es la celebrada ante el Oficial de Registro Civil, contemplada en el artículo 17 de la ley N° 19947, publicada en el diario oficial del 17 de mayo de 2004, o el matrimonio celebrado ante entidades religiosas de derecho público regulado en el artículo 20, del mismo cuerpo legal.

Al respecto, cabe señalar que de cumplirse el requisito de inscripción ante el Oficial de Registro Civil del matrimonio celebrado ante entidades religiosas de derecho público, en el plazo de ocho días desde la ceremonia y al tenor de lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil, éste produce los mismos efectos que el matrimonio civil, entregándose en el acto de inscripción, el certificado respectivo a los contrayentes.

De este modo aplicando el aforismo jurídico que señala que "donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir", posible es sostener, que el nuevo permiso beneficia a las trabajadoras y a los trabajadores que opten por contraer matrimonio civil, así como ante entidades religiosas de derecho público debidamente inscrito y que cumpla con las formalidades legales establecidas al efecto.

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



- En el caso que las dos personas que van a contraer matrimonio pertenezcan a la misma empresa o al mismo servicio público, el permiso debe ser otorgado a ambos.
- Con el reconocimiento de este permiso se avanza en la idea de compatibilizar la vida laboral y familiar, englobando la regulación relacionada con el derecho a licencias pre y postnatal, la licencia por enfermedad del hijo menor de un año, el derecho a permiso pagado en caso de fallecimiento de un hijo, del cónyuge o de los padres.

Jurisprudencia Administrativa sobre el permiso para contraer matrimonio:

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

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

En los casos de los turnos de 28 horas, para contabilizar los días de permiso en análisis debe estarse a aquellos en que el respectivo funcionario debe presentarse a cumplir con el turno que tiene asignado, toda vez que no sería consecuente entender que este beneficio deba hacerse efectivo comprendiendo aquellos días en que no está obligado a trabajar por corresponderle su descanso semanal o feriado, puesto que, de ser así, en la práctica aquél no gozaría en su totalidad de la prerrogativa que se analiza, conclusión que se encuentra en armonía con el criterio contenido en el dictamen N° 5.504, de 2008, de este origen, invocado por la peticionaria. (Dictamen N° 18.435 de 2017).



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

Dictámenes relevantes para los feriados y permisos administrativos:

La concesión de permisos administrativos no puede afectar el cumplimiento cabal de los deberes de legalidad, probidad, eficiencia y eficacia, entre otros, que regulan el funcionamiento de un servicio público (Dictamen N° 32.067/2013 Contraloría General de la República (CGR)).

2. En el caso de los permisos se distingue, por una parte, la prerrogativa del empleado en orden a decidir si los solicita o no, y por la otra, la potestad de la superioridad para resolver si los concede o deniega, potestad esta que está concebida por el legislador en función o según las necesidades del servicio respectivo. (Dictámenes N°s 26.220/2009 y 28.236/2011 CGR).

3. Los permisos administrativos son derechos que solo aprovechan a quienes tienen la condición de servidores públicos, de modo que si antes de gozar de tales prerrogativas, termina el desempeño por cualquiera de las causales de expiración de funciones que contempla la ley, el afectado no puede reclamar hacer uso de ellos ni tampoco puede exigir una compensación pecuniaria por los días que no los disfrutó (Dictámenes N°s 13.022/2010 y 42.585/2011 CGR).

4. La potestad de la respectiva autoridad administrativa para rechazar o autorizar el permiso solicitado está concebida por el legislador en relación con las necesidades del servicio de que se trate, de manera que la decisión sobre la materia constituye el ejercicio de una atribución privativa y discrecional de tal autoridad, quien puede rechazar tal permiso ponderando las razones de buena administración que estime necesarias en atención a los principios de oportunidad, continuidad y racionalidad que orientan su acción, sin que exista limitación en cuanto al número de veces



que puede denegar tal autorización (Dictámenes N° 36.569/2011 y 59.143/2012 CGR).

5. Los permisos contemplados en los actuales artículos 108 a 110 del Estatuto Administrativo, deben solicitarse por los funcionarios con la debida antelación, a fin de permitir a la autoridad correspondiente tomar la decisión más adecuada, de modo que en tanto no se otorgue la aludida franquicia, el empleado solo tiene una simple expectativa, debiendo por ello, antes de ausentarse, consultar el destino de su solicitud, y en el evento que abandone su cargo para hacer uso del permiso, sin esperar la aprobación de la misma, podría incurrir en ausencia injustificada a sus labores, por lo que no tiene derecho a gozar de sus remuneraciones por el lapso de que se trate (Dictámenes N°s 21.646/2003, 13.035/2013 y 35.161/2013 CGR).

6. La autoridad administrativa correspondiente no puede disponer el rechazo anticipado de un permiso con o sin goce de remuneraciones, ya que solo podrá denegarlo una vez solicitado formalmente y existan razones para dicha decisión (Dictamen N° 26.220/2009 CGR).

7. Los permisos con goce de remuneraciones se hallan establecidos a favor de todos los funcionarios públicos, sin distinción respecto a su jornada de trabajo, sea ésta de lunes a viernes o bajo un sistema de turnos, por lo que cualquier discriminación en la concesión de éstos basada en la jornada de trabajo, sería contraria a derecho (Dictamen N° 59.143/2012 CGR).

8. El funcionario no puede utilizar un permiso administrativo o compensado para justificar una ausencia injustificada (Dictamen N° 42.181/2011 CGR).

9. Los empleados no pueden desarrollar horas extraordinarias durante el tiempo en que hacen uso de permisos administrativos (Dictámenes N°s 37.122/2009, 57.415/2009 y 62.850/2011 CGR).

10. La división de los permisos con goce de remuneraciones por medio día a que se refiere el inciso 1° del artículo 109 del Estatuto Administrativo, debe entenderse que concierne al período equivalente a la mitad del horario diario que desempeñe el servidor, según sea la modalidad de cumplimiento del mismo, de manera que el fraccionamiento procede efectuarlo en relación a la jornada diaria que aquel desarrolle en forma permanente, sea que ésta se efectúe en forma ordinaria, esto es, de lunes a viernes, bajo un



sistema de turnos, o de manera especial (Dictámenes N°s 55.101/2012 y 45.271/2013 CGR).

11. El otorgamiento de un permiso con goce de remuneraciones compensado debe compatibilizarse con los principios de continuidad, permanencia, eficiencia y coordinación que regulan la actividad del servicio público, correspondiendo a la autoridad superior establecer la forma de compensación de la jornada no trabajada (Dictamen N° 3.688/2004 CGR).

12. El otorgamiento de descanso al empleado en un día hábil que esté inserto entre dos feriados o entre un feriado y un fin de semana, a recuperar con horas de trabajo adicionales, debe tener lugar cuando la finalidad perseguida por el peticionario sea la del descanso, lo cual no excluye la posibilidad de que el funcionario pueda elevar una solicitud de permiso con goce de remuneraciones por ese mismo día en conformidad a la regla general del inciso 1° del artículo 109 del Estatuto Administrativo, por otros motivos particulares, por ejemplo, exámenes médicos, trámites personales, mudanza, entre otros. (Dictamen N° 45.734/2010 CGR).

No procede otorgar permiso sin goce de remuneraciones por medios días, toda vez que la normativa legal que lo regula no contempla dicha posibilidad (Dictámenes N°s 12.311/1990 y 59.753/2011 CGR).

15. Para la concesión de un permiso sin goce de remuneraciones en más de una ocasión, es necesaria una interrupción entre uno y otro permiso, de manera que el segundo no sea la prolongación del primero y se sobrepase así el tiempo máximo que para ese beneficio determina la ley, a menos que la causa invocada por el peticionario sea diferente en ambos casos (Dictámenes N°s 4.125/1996 y 41.865/2010 CGR).

16. Los permisos sin goce de remuneraciones se contabilizan por días corridos, dado que la normativa legal que los regula no dispone que para su cómputo solo se deben considerar los días hábiles, motivo por el cual, en el caso de un permiso sin goce de remuneraciones por un número determinado de días, entre los cuales se incluyen sábados, domingos y festivos, para efectos del cálculo de descuento de las remuneraciones, deberá entenderse que se hallan incluidos tales días. (Dictámenes N°s 58.359/2008 y 24.277/2009 CGR).



17. Si se otorga un permiso sin goce de remuneraciones solo por un día viernes, o bien, se hace uso de este beneficio por cinco días - contados desde un lunes a un viernes -, únicamente se debe descontar de las remuneraciones aquel o aquellos días requeridos, sin que sea procedente considerar, para tal efecto, el sábado y domingo anteriores al reintegro del empleado a sus labores (Dictamen N° 27.815/2009 CGR).

18. El otorgamiento de un permiso sin goce de remuneraciones que finaliza un día viernes, teniendo el funcionario que reasumir sus labores el lunes siguiente, y ello no ocurre, por habersele conferido uno nuevo, corresponde entender que éste último es una prórroga de aquel, y, en consecuencia, debe concederse a contar de su conclusión, o sea, desde el sábado, de modo que abarca los días que existen entre ambas autorizaciones (Dictamen N° 35.844/2011 CGR).

19. Para efectos del otorgamiento de un permiso sin goce de remuneraciones, la expresión "de acuerdo a la legislación vigente" significa dejar claramente establecido que no cualquier beca otorga la posibilidad de exceder el límite establecido en la ley, sino que debe tratarse de una que tenga, por razones de certeza y seriedad, un respaldo o fundamento en una disposición legal (Dictámenes N°s 43.164, de 1997 y 22.712, de 2011).

20. Es una decisión privativa de la respectiva superioridad, el conceder o no un permiso sin goce de remuneraciones a un servidor a contrata para el desarrollo de una beca de estudios, sin perjuicio que, en el evento de que se acceda a tal petición, la contratación del funcionario igualmente pueda expirar por el cumplimiento del plazo por el cual fue ordenada, o con antelación a esa fecha si así lo decide la autoridad administrativa, en el caso que el contrato contenga la fórmula "mientras sean sus necesarios sus servicios", toda vez que el desarrollo de una beca de estudio no configura una causal legal de inamovilidad en el empleo para un servidor público contratado (Dictamen N° 65.276/2011).



XV. DERECHOS ESPECIALES

Módulo 1: La liberación de guardia nocturna

Docente: Daniel Gaete V., Abogado UDELAM

1. CONCEPTO

La liberación de guardia es un beneficio, regulado en el artículo 44 de la ley N° 15.076, que consiste en que aquellos funcionarios que durante el lapso de tiempo de más 20 años hayan prestado, de acuerdo con las obligaciones de sus cargos, servicios de guardia nocturna y en días festivos, quedarán exentos al término de este plazo de la obligación de prestar dichos servicios y conservarán los derechos que esas funciones les conferían, cualquiera que fuere el cargo que actualmente desempeñan o pasen a desempeñar en el futuro estos profesionales funcionarios.

2. PROCEDIMIENTO

2.1 CASOS DE APLICACIÓN GENERAL

Al respecto, la ley N° 19.230 que dicta normas relativas a los profesionales funcionarios regidos por la ley N° 15.076, señala en su artículo 6° que quienes cumplan con los requisitos previstos en el art. 44 de la Ley N° 15.076, deberán solicitar este beneficio a la autoridad competente **antes del 31 de agosto de cada año**. Por resolución de dicha autoridad, se concederá este beneficio.

Para los efectos de hacer efectivos los derechos a que se acogen a aquellos profesionales que se liberan del desempeño de guardias nocturnas y en días festivos, por el solo ministerio de la ley se crearán 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 expirarán en funciones en el cargo anterior



Ahora bien, en la práctica, el establecimiento de salud en donde se desempeña el médico, revisará los antecedentes del profesional, verificará en su Relación de Servicio el requisito de 20 años en turno, y con ello dictará la resolución que lo declara como liberado de guardia.

2.2 CASOS DE MÉDICOS EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN

Por su parte, la ley establece que los turnos realizados durante becas o programas de formación también serán contabilizados para efectos de la liberación de guardia. Para esto, el Decreto N° 11, del año 2017, del Ministerio de Salud, contempla el Reglamento para la correcta aplicación de este beneficio, señalando lo siguiente:

A.- Profesionales funcionarios que comienzan su periodo de formación con posterioridad al 01 de enero del 2018 (art. 5 Reglamento).

A1.- Beca financiada por el MINSAL o algún Servicio de Salud, lo cual se comprobará mediante copia de la Resolución Administrativa que otorgó la Beca.

A2.- Que el programa de Beca haya contemplado el cumplimiento de guardias nocturnas y en días festivos lo cual se acreditará mediante copia de la resolución referida en el apartado A1) precedente, la cual deberá mencionar los turnos que el programa de formación contempla y los períodos en que se realizarán.

A3.- Que el interesado cumplió las guardias nocturnas y en días domingos y festivos que exigía el programa de formación a que se refiere el apartado A2), acreditado mediante su certificado de aprobación final otorgado por la respectiva Universidad.

B.- Profesionales funcionarios que comienzan su periodo de formación con anterioridad al 01 de enero del 2018 (art. 8 Reglamento).

B1.- Beca financiada por el MINSAL o algún Servicio de Salud, lo cual se comprobará mediante copia de la Resolución Administrativa que otorgó la Beca. En caso de no poder acompañarla, deberá adjuntar un certificado



del Ministerio de Salud o del Servicio de Salud, según corresponda, que dé cuenta de su financiamiento.

B2.- 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 período en el cual tuvieron lugar dentro de la formación.

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

B3.- 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 señalado en el apartado A3).

Por último, es preciso destacar que el art. 6 del Decreto N° 11 del Minsal señala que sólo serán reconocidos como válidas, aquellas guardias desempeñadas por los becarios en sistemas de turnos rotativos, sea que se hubiesen realizado en establecimientos públicos o privados, en horario nocturno, domingos 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.

3. REQUISITOS

- a)** Haber ejercido por, al menos, 20 años guardias nocturnas, en días sábado, domingo y festivos, de forma permanente e ininterrumpida.
- b)** El médico cirujano se debe haber desempeñado los turnos en calidad de reemplazante, suplente, contrata o interino.
- c)** En cuanto a los turnos realizados durante programas de formación de especialistas, el Decreto N° 2207, establece que aquel debe haber sido financiado por el Ministerio de Salud o algún Servicio de Salud.



- d) Los turnos deben haber sido realizados en Chile, bajo la ley N° 15.076.
- e) Para acreditar los años de guardia, se requiere de antecedentes fidedignos, como la copia de la resolución que lo destinó a efectuar las faenas de que se trata, o los libros de asistencia a los turnos.
- f) En caso de no contar con antecedentes fidedignos, la Contraloría General de la República ha aceptado, excepcionalmente y por fuerza mayor, una Información Sumaria para Perpetua Memoria.

4. NEGATIVA A OTORGAR EL BENEFICIO

4.1 POR FALTA DE TIEMPO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 15.076

Cuando el establecimiento en donde se desempeña el médico dicta la resolución que lo libera de guardia, los antecedentes son enviados a la Contraloría General de la República, para el trámite de Toma de Razón.

Es en este momento, en donde el ente fiscalizador puede verificar que, de acuerdo a sus propios registros, el médico beneficiado no cuenta con los 20 años mínimos que se requieren para optar a la liberación de guardia. En dicho contexto, la entidad debe “representar” el acto administrativo del Hospital que declaró la liberación de guardia, absteniéndose de tomar razón, y devolviendo la resolución.

5. CÓMO SE HACE EFECTIVO EL BENEFICIO DE LIBERACIÓN DE GUARDIA

5.1 LÍNEAS GENERALES

Una vez que el médico se libera de guardia se producen los siguientes efectos:

- i. 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.
- ii. Dicho cargo pasa a ser servicio por el beneficiario de forma automática, a partir de esa fecha, a contar de la cual expiran las funciones en el cargo anterior.



- iii. El cargo de planta creado, otorga al beneficiario los mismos derechos que le confería el cargo que deja de desempeñar, con excepción del descanso compensatorio especial, regulado en la ley 19.230.
- iv. Los cargos creados no se considerarán aumento de dotación para ningún efecto legal.
- v. Los empleos que se creen para los profesionales beneficiados, conllevará la obligación de trabajar 22 horas semanales.
- vi. Estas 22 horas semanales se cumplirán en horario diurno, en las mismas unidades que servían antes de ser liberados de guardia, o en otras, a solicitud del interesado y autorizado por el Director del Servicio de Salud.
- vii. De la jornada de 22 horas semanales, 15 horas se destinarán a trabajos asistenciales y el resto a tareas de investigación, asesoría técnica o a actividades docentes dentro de las Unidad des de Emergencia, Cuidados Intensivos, Maternidades o en otras dependencias según lo disponga el Director del Servicio a petición del interesado.

5.2 TRANSFERENCIA DEL BENEFICIO POR CAMBIO DE SERVICIO DE SALUD

La Ley N° 19.230 establece la posibilidad de que, a petición del beneficiario, el Subsecretario de Redes Asistenciales podrá autorizar que el cargo creado sea transferido a otro Servicio de Salud:

- En estos casos, se extinguirá el cargo adscrito en el 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 su nuevo cargo, el profesional percibirá las mismas remuneraciones que recibía en el servicio de origen, sin perjuicio de aquellas que digan relación, exclusivamente, con el lugar de desempeño de sus funciones.



Módulo 2: El Incentivo al Retiro y el Bono postlaboral

Docente: Sebastián Bustos U., Abogado UDELAM

I. INCENTIVO AL RETIRO:

1. Normativa que lo concede:

A) Ley 20.986

La ley fue publicada con fecha 19 de enero de 2017, bajo el N° 20.986, dirigida a los profesionales funcionarios afectos a las leyes N° 15.076 y N°19.664, de los Servicios de Salud y los profesionales funcionarios de la Escala A de remuneraciones de los Establecimientos de Salud de Carácter Experimental.

Dicho plan tiene una vigencia de 10 años, contados desde el 01 de julio de 2014 al 30 de junio de 2024 y permitirá que hasta 3.750 profesionales funcionarios puedan acceder a los beneficios que éste contempla.

Su Reglamento fue Dictado mediante Decreto Supremo N° 15, del año 2017, del Ministerio de Salud, que fue modificado el 2019.

Con fecha 16 de abril de 2019 se publicó el decreto N° 81 que modifica el Reglamento anteriormente señalado, 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, el postular a los beneficios de la ley en comento).

Sin embargo, los últimos 2 años se ha establecido extraordinariamente la posibilidad de acogerse al incentivo a los funcionarios mayores de 70 años:



B) La Ley N° 21.405, en su artículo 55 dispone lo siguiente:

“Artículo 55.- 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 y 21.043 al personal afecto a dichas leyes que, al 1 de enero de 2022 (ahora 1 de enero de 2023), 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 2022, (ahora 31 de mayo de 2023) 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.

C) La Ley N° 21.526 con fecha de promulgación el 28 de diciembre de 2022, en su artículo 49 dispone:

“Artículo 49.- Modifícase el artículo 55 de la ley N° 21.405, del modo siguiente:

1. Reemplázase la frase: "1 de enero de 2022" por "1 de enero de 2023".
2. Reemplázase la frase: "31 de mayo de 2022" por "31 de mayo de 2023".
3. Reemplázase el inciso final por el siguiente:

"El mayor gasto fiscal que represente la aplicación de este artículo para las leyes N°s 20.948 y 21.003, durante el primer año presupuestario de su vigencia, se financiará con cargo a los recursos que se contemplen en los presupuestos de las diversas entidades a que ellas se refieren y, en lo que faltare, con los recursos de la Partida Presupuestaria Tesoro Público de la Ley de Presupuestos del Sector Público."

2. ¿Quiénes son los beneficiarios de la bonificación por retiro voluntario?

El artículo 1° de la Ley 20.986 dispone:



“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 N° 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 N° 19.882, que se desempeñen en alguno de los servicios de salud señalados en el artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes 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.

A su vez el artículo 3° del Reglamento de la Ley 20.986 establece:

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, 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 N° 15.076 y/o de la ley N° 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.



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 N° 15.076 y/o de la ley N° 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. Los profesionales funcionarios señalados en el artículo anterior que, entre el 1 de julio de 2014 y el 30 de junio de 2024, hayan obtenido u obtengan la pensión de invalidez que establece el decreto ley N° 3.500, de 1980, siempre que, dentro de los tres años siguientes a la obtención de la referida pensión, cumplan 60 años de edad las mujeres y 65 años de edad los hombres, en ningún caso dichas edades podrán cumplirse más allá del 30 de junio de 2024, teniendo a la fecha del cese de funciones por la obtención de la referida pensión a lo menos once años de servicios en las instituciones señaladas en el artículo anterior. Para efectos de contabilizar los once años de servicios o más a que se refiere el presente artículo, se considerará todo año o fracción igual o superior a seis meses servidos en forma continua o discontinua en las instituciones señaladas en el artículo 2 de este reglamento, cumplidos a la fecha de su postulación o al cese de funciones, según corresponda.

A su vez el Reglamento dispone para estos dos últimos períodos de postulación lo siguiente:

Artículo 8°:

d)Cuarto a Octavo proceso de postulación se asignarán 400, 450, 500, 500 y 500 cupos respectivamente, junto con los adicionales que puedan existir disponibles conforme al inciso segundo del artículo 5°. Durante los años 2019 al 2023 se desarrollará el cuarto al octavo proceso de postulación respectivamente. A dichos procesos se deberá postular entre el primer día



hábil del mes de agosto y el último día hábil del mes de septiembre del año calendario, partiendo en agosto del año 2019, pudiendo participar de cada proceso:

i) Los profesionales funcionarios señalados en el artículo 2° que cumplan entre 60 y 69 años de edad si son mujeres, y entre 65 y 69 años de edad si son hombres, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año de la postulación. (es decir se debe tener la edad cumplida para postular al incentivo).

ii) Los profesionales funcionarios señalados en el artículo 2° que hayan obtenido la pensión de invalidez que establece el decreto ley N° 3.500, de 1980, entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de agosto del año de postulación y 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.

(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 N° 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.

Artículo 9°: Plazo de postulación extraordinario. Si al 30 de junio de 2024 quedaren cupos disponibles, se abrirá por única vez un plazo especial de postulación de tres meses, contados desde el primer día hábil del mes de noviembre de 2024, en el cual deberán postular:



i) Los profesionales funcionarios señalados en el artículo 2° que al 30 de junio de 2024 tengan 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 N° 3.500, de 1980, y que entre el 1 de septiembre del año 2023 y el 30 de junio de 2024 hubiesen cumplido 60 años de edad, en el caso de las mujeres y 65 años de edad, en el caso de los hombres.

3. ¿Cuáles son los requisitos para acceder a la bonificación por retiro voluntario?

- a) Los funcionarios contemplados en el numeral anterior.
- b) Hacer efectiva su renuncia voluntaria a todos los cargos y el total de horas que sirven en el conjunto de los organismos de la cobertura del presente plan de incentivo al retiro, en los plazos y según las normas contenidas en esta ley (aplicando la excepción de la Ley N° 21.405 y 21.526, además del reglamento.
- c) Haberse desempeñado a lo menos durante once años, en forma continua o discontinua, contabilizados a la fecha de su postulación, en cargos con jornadas de horas semanales de la Ley N° 15.076 y/o Ley N° 19.664, en los establecimientos afectos a este plan de retiro. Para estos efectos, se considerará todo año o fracción igual o superior a seis meses.

4. ¿Cuál es el monto de la bonificación por retiro voluntario?

Equivale a 11 meses de remuneración imponible.

La remuneración que servirá de base para el cálculo de la bonificación por retiro voluntario, será la que resulte del promedio de remuneraciones mensuales imponibles que le haya correspondido al profesional funcionario, considerando el total de horas servidas en los doce meses inmediatamente anteriores al retiro, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas.



5. ¿Qué es la bonificación adicional?

Aquellos profesionales funcionarios que se hayan desempeñado a lo menos durante 15 años tendrán derecho a una bonificación adicional que dependerá de la suma total de horas semanales que desempeñen a la fecha de postulación.

- a) Para quienes desempeñen 11 horas, esta bonificación adicional ascenderá a 300 UF;
- b) Para quienes desempeñen más de 11 horas y hasta 22 horas, tendrán derecho a 400 UF;
- c) Para quienes desempeñen más de 22 horas y hasta 43 horas, tendrán derecho a 500 UF;
- d) Y quienes desempeñen más de 43 horas, tendrán derecho a 650 UF.

6. ¿Cuáles son los cupos para acceder a estos beneficios?

Para el 2023 y 2024 son 500 para cada anualidad.

7. ¿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 2022 y 2023 aquellos funcionarios que, al 1 de enero de 2022 o de 2023, tengan 70 o más años de edad y cumplan los demás requisitos establecidos, podrá postular a los beneficios que señalan dichas leyes a más tardar el 31 de mayo de 2022 o de 2023, 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 5 días hábiles siguientes a la fecha de la dictación de la resolución antes indicada, la institución deberá notificar el resultado del proceso de postulación a cada uno de los postulantes, a través de los medios o instrumentos que define la presente iniciativa.

Por su parte, los profesionales funcionarios que resultaren beneficiarios de cupos en la bonificación por retiro voluntario deberán informar por escrito al Departamento de Recursos Humanos o a quien cumpla la función en su institución empleadora, a más tardar el último día del mes siguiente a la fecha de dictación de la resolución que le asigna el cupo, la fecha en que harán efectiva su renuncia voluntaria al cargo y al total de horas que sirvan.

Esta fecha deberá hacerse efectiva a más tardar el día primero del quinto mes siguiente del vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva.

Los profesionales funcionarios que habiendo postulado y que cumpliendo los requisitos establecidos, no fueren seleccionados por falta de cupos, pasarán a integrar de forma preferente el listado de seleccionados del proceso correspondiente al año o años siguientes, sin necesidad de realizar nueva postulación.

El profesional que, habiendo sido seleccionado, desista del cupo, puede volver a postular, por una vez, 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 2022.

8. ¿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.

9. ¿Cómo se pagan los beneficios?

El pago de los beneficios asociados al presente plan de retiro, se efectuará por parte de la institución en que se haya desempeñado el profesional funcionario, dentro de los treinta días siguientes a la total tramitación del acto administrativo.

Estas bonificaciones no serán imponibles ni constituirán renta para ningún efecto legal, y no estarán afectas a descuento alguno.

10. ¿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 5 años siguientes al término de su relación laboral, a menos que, previamente, devuelvan la totalidad de los beneficios percibidos, debidamente reajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor.

La Ley 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 N° 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".

11. 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 Fuerza Aérea de Chile, y en tal carácter forma parte de la Administración del Estado, revistiendo la naturaleza jurídica de Servicio Fiscal, que cuenta, entre 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 que no está contemplado en el artículo 1 de la Ley 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 sólo 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 1º, 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.

II. BONO POST LABORAL

1. Marco Legal:

Por su parte la Ley N° 20.305 publicada con fecha 5 de diciembre de 2008 establece mejores condiciones de retiro de los trabajadores del sector público con bajas tasas de reemplazo de sus pensiones, la que se traduce en un bono de naturaleza laboral de \$50.000 mensuales, para el personal que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley desempeñe un cargo de planta o a contrata y al contratado conforme al Código del Trabajo, en los órganos y servicios públicos regidos por el Título II de la ley N° 18.575; el decreto N° 2.421, de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la ley N°10.336; el decreto N° 291, de 1993, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido de la ley N° 19.175; la ley N° 18.838; el párrafo 2º del título III de la ley N° 18.962; la ley N° 16.752; el título VII de la ley



Nº 19.284; la ley Nº 19.140; los artículos 4º letra i) y 19 de la ley Nº 18.348; las leyes Nº 17.995 y Nº18.632, y las municipalidades, y a los trabajadores de sectores de la Administración del Estado que hayan sido traspasados o se traspasen a dichas municipalidades en virtud de lo dispuesto por el decreto con fuerza de ley Nº1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior.

2. Beneficiarios:

El personal mencionado anteriormente, tendrá derecho al bono siempre que se encuentre afiliado al Sistema de Pensiones del decreto ley Nº 3.500, de 1980, y cotice en dicho sistema por el ejercicio de su función pública y cumpla con los requisitos del artículo 2º.

El mencionado Artículo 2º establece lo siguiente: “Para tener derecho al bono del artículo anterior será necesario cumplir con los siguientes requisitos copulativos:

1. Tener las calidades mencionadas en el inciso primero del artículo 1º en los referidos organismos o en sus antecesores legales, tanto a la fecha de la postulación para acceder al bono como con anterioridad al 1 de mayo de 1981 (Se aplica a los funcionarios afectos a la Ley 19.664 y 15.076 que se desempeñen en alguno de los Servicios de Salud señalados en el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 2005, del Ministerio de Salud);

2. Tener a lo menos 20 años de servicios en las instituciones señaladas en el artículo anterior o las que sean sus antecesores legales, a la fecha de la publicación de la presente ley.

3. Tener una tasa de reemplazo líquida estimada igual o inferior a 55% y acceder a una pensión de vejez líquida regida por el decreto ley Nº 3.500, de 1980, igual o inferior al monto del límite máximo inicial de pensiones de las ex cajas de previsión fusionadas en el Instituto de Normalización Previsional, a que se refiere el artículo 9º de la ley Nº 19.200, vigente a la fecha en que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones solicite la información señalada en el inciso segundo del artículo 3º. 3. Tener una tasa de reemplazo líquida estimada igual o inferior a 55% y acceder a una pensión de vejez líquida regida por el decreto ley Nº 3.500, de 1980, igual o inferior al monto del límite máximo inicial de pensiones de las ex cajas de previsión fusionadas en el Instituto de Normalización



Previsional, a que se refiere el artículo 9° de la ley N° 19.200, vigente a la fecha en que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones solicite la información señalada en el inciso segundo del artículo 3°.

Para este efecto se entenderá por:

a) Pensión de vejez líquida. Es aquella pensión de vejez otorgada según el decreto ley N° 3.500, de 1980, a que pueda tener derecho el personal afecto a la presente ley, descontadas las cotizaciones obligatorias de salud. Además, a dicha pensión se le sumará cualquiera otra pensión y jubilación líquida que estuviere percibiendo por alguna de las ex -cajas de previsión del antiguo régimen previsional fusionadas en el Instituto de Normalización Previsional, por la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, y por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, con excepción de las pensiones de viudez y de sobrevivencia, contempladas en cualquiera de los regímenes previsionales.

Para efectos del párrafo anterior de este literal, la estimación del monto de la pensión de vejez líquida corresponderá al menor valor entre la proyección de:

i. La primera anualidad de la modalidad de retiro programado establecida en el decreto ley N° 3.500, de 1980. Dicha proyección se efectuará considerando el Fondo de Pensiones en que se encontraren las cotizaciones obligatorias. Sin embargo, si éstas estuvieren en los Fondos de Pensiones Tipo A y B, la proyección deberá efectuarse en el Fondo de Pensiones Tipo D. Con todo, en la estimación de dicho monto se descontará el valor presente de la cuota mortuoria, calculada con los mismos parámetros utilizados en la estimación de la pensión de vejez señalados precedentemente, o

ii. Una renta vitalicia inmediata del decreto ley N° 3.500, de 1980, sin condiciones especiales de cobertura, considerando la edad, el grupo familiar y el total del saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual, que el beneficiario tenga a la fecha en que la Administradora de Fondos de Pensiones solicite la información a que se refiere el inciso segundo del artículo 3° de la presente ley. Para este cálculo se utilizará la tasa de interés promedio implícita en las rentas vitalicias de vejez, otorgadas de conformidad al decreto ley N° 3.500,



de 1980, en los últimos seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se efectúe la referida solicitud.

Lo dispuesto en el párrafo precedente, es sin perjuicio de la modalidad de pensión de vejez a que opte el beneficiario del bono al momento de pensionarse. Para lo anterior, la administradora de fondos de pensiones considerará el saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual incluido el Bono de Reconocimiento a que tenga derecho el trabajador, al último día del mes en que la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones le solicitó la información a que se refiere el inciso segundo del artículo 3°. No se incluirán en dicho monto las cotizaciones voluntarias, los depósitos de ahorro previsional voluntario, ni los depósitos convenidos a que se refiere el artículo 20 del decreto ley N° 3.500, de 1980.

b) Remuneración promedio líquida. Es el promedio de las remuneraciones mensuales percibidas durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de información señalada en el inciso primero del artículo 3°, actualizadas según la variación del índice de precios al consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, respecto de las cuales se hubieren efectuado cotizaciones obligatorias, descontadas estas últimas. Sin embargo, en los casos que a continuación se indican, la remuneración promedio líquida se calculará considerando el promedio de las remuneraciones mensuales percibidas durante los 36 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de información indicada en el inciso anterior, respecto de las cuales se hubieren efectuado cotizaciones obligatorias, descontadas estas últimas, las que se actualizarán de conformidad a lo dispuesto en el inciso anterior:

i) Respecto de aquellos funcionarios a contrata que en los tres últimos años anteriores a la fecha de la solicitud de información indicada en el inciso anterior hayan cambiado la calidad jurídica de su designación, pasando en un mismo servicio desde un cargo de planta a un empleo a contrata.

ii) Respecto de los funcionarios a contrata que en los tres últimos años anteriores a la fecha de solicitud de información antes indicada hayan cambiado de grado. Lo anterior, no será aplicable en los casos de cambios de calidad jurídica desde la contrata a la planta, o de aumentos de grados por promoción o ascenso.



iii) Respecto de los trabajadores afectos al Código del Trabajo que en los tres últimos años anteriores a la fecha de solicitud de información antes señalada hayan aumentado sus remuneraciones, y ese aumento no tenga su origen en reajustes generales de remuneraciones otorgados al sector público o en alguna otra ley.

iv) Respecto de los trabajadores que durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de información antes indicada no hubieren percibido remuneraciones mensuales por encontrarse designados en comisión de servicio o con permiso sin goce de remuneraciones.

c) Tasa de reemplazo líquida. La expresión porcentual del cociente que resulte de dividir el monto mensual de la pensión de vejez líquida determinado de conformidad con la letra a) precedente, por la remuneración promedio líquida calculada según la letra b) anterior.

4. Tener cumplidos 65 años de edad en el caso de los hombres y 60 años de edad tratándose de las mujeres.

5. Cesar en el cargo o terminar el contrato de trabajo, en las instituciones señaladas en el artículo 1º, sea por renuncia voluntaria, por obtener pensión de vejez de conformidad con el decreto ley N° 3.500, de 1980, por supresión del empleo o por aplicación del inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, dentro de los 12 meses siguientes de cumplirse las edades señaladas en el número anterior, según corresponda.

El personal que preste servicios por jornadas parciales deberá renunciar al total de horas que sirvan en las entidades mencionadas en el artículo anterior.

Podrá acceder al bono el personal que cese en sus funciones o termine su contrato de trabajo, por las causales señaladas en el número anterior hasta el 31 de diciembre de 2024.

3. Situación con la publicación de Ley N° 21.306:

Con la dictación de la Ley N° 21.306, de fecha 30 de diciembre de 2020, en su artículo 80 se genera un nuevo plazo de postulación al disponer lo siguiente:



“Artículo 80.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3 de la ley N° 20.305, otórgase, por única vez, el plazo de un año contado desde la publicación de esta ley para impetrar el bono de la ley N° 20.305, a los exfuncionarios y exfuncionarias que, cumpliendo los requisitos legales para acceder a él, no presentaron la solicitud para impetrar dicho bono o que habiéndolo solicitado no hubiesen accedido al bono por motivos no imputables a ellos. En este caso, se deberá postular en la institución empleadora y el bono se devengará a contar del día primero del mes siguiente de la fecha del acto administrativo que lo concede.

Asimismo, podrán acogerse al plazo especial antes señalado aquellos funcionarios y funcionarias que, en el momento del cese de funciones en el servicio respectivo, se acogieron a los beneficios de leyes de incentivos al retiro voluntario que contemplaron plazos y/o edades distintos de los señalados en los numerales 4 y 5 del artículo 2 y en el artículo 3 de la ley N° 20.305, tales como la ley N° 20.374 y la ley N° 20.135, siempre que cumplan los demás requisitos para acceder al bono de la ley N° 20.305. En este caso, se deberá postular en la institución empleadora y el bono se devengará a contar del día primero del mes siguiente de la fecha del acto administrativo que lo concede.

Para los efectos del cómputo de los años de servicio a que se refiere la ley N° 20.305, se considerará el tiempo servido en la ex-corporación que administró el Hospital Clínico San Borja Arriarán (Ex-Paula Jaraquemada) del Servicio de Salud Metropolitano Central”.

Las otras leyes de incentivo al retiro del resto de los profesionales funcionarios públicos contemplan la siguiente compatibilidad: “El personal regido por las presente Ley N° XXXX que postule al incentivo al retiro, tendrá derecho a presentar la solicitud para acceder al bono establecido en la ley N° 20.305, en la misma oportunidad en que comunique su fecha de renuncia voluntaria. Para tal efecto, se considerarán los plazos y edades establecidos en la presente ley, sin que sean aplicables a su respecto los plazos de doce meses señalados en los artículos 2 número 5, y 3 de la ley N° 20.305”.



4. Dictamen N° 312586 de febrero de 2023:

Contraloría luego de pedir informes respectivos determinó en el presente año, en síntesis, lo siguiente:

“Corresponde mencionar que la ley N° 20.986 -que concede una bonificación por retiro voluntario a los profesionales funcionarios que indica, no contempla ninguna prerrogativa expresa para acceder a ese beneficio y al referido bono post laboral con reglas distintas a la general señalada por la ley N° 20.305, razón por la que se infiere que, para acceder a ambos estipendios, los interesados deben verificar, entre otros requisitos, los plazos de postulación, edad y cese de servicios que cada una esas normativas prevén (aplica criterio contenido en el dictamen N° 31.526, de 2019, de este origen).

De este modo, no procede que quienes obtuvieron la bonificación por retiro de la ley N° 20.986 perciban el bono post laboral en plazos y con edades distintas a las de la ley N° 20.305, por aplicación de lo previsto en el inciso segundo del artículo 80 de la ley N° 21.306, puesto que este último precepto solo se refiere a la situación en que la propia ley de incentivo al retiro dispone expresamente de plazos y edades diferentes a la regla general de la ley N° 20.305, lo que no ocurre en el caso de la ley N° 20.986.

5. Conclusiones:

Se hace imprescindible efectuar una modificación legal agregando el siguiente artículo que señale: “El personal médico regido por las presente Ley N° 20.986 (o la que fije el nuevo incentivo al retiro) que postule al incentivo al retiro, tendrá derecho a presentar la solicitud para acceder al bono establecido en la ley N° 20.305, en la misma oportunidad en que comunique su fecha de renuncia voluntaria. Para tal efecto, se considerarán los plazos y edades establecidos en la presente ley, sin que sean aplicables a su respecto los plazos de doce meses señalados en los artículos 2 número 5, y 3 de la ley N° 20.305”.



XVI. LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SERVICIOS DE SALUD Y EL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

Docentes: Gabriel Nieto M., abogado Jefe UDELAM y Pablo Pérez O., Abogado UDELAM

LOS PROGRAMAS DE ESPECIALIZACIÓN MÉDICA DE LA LEY 19.664.

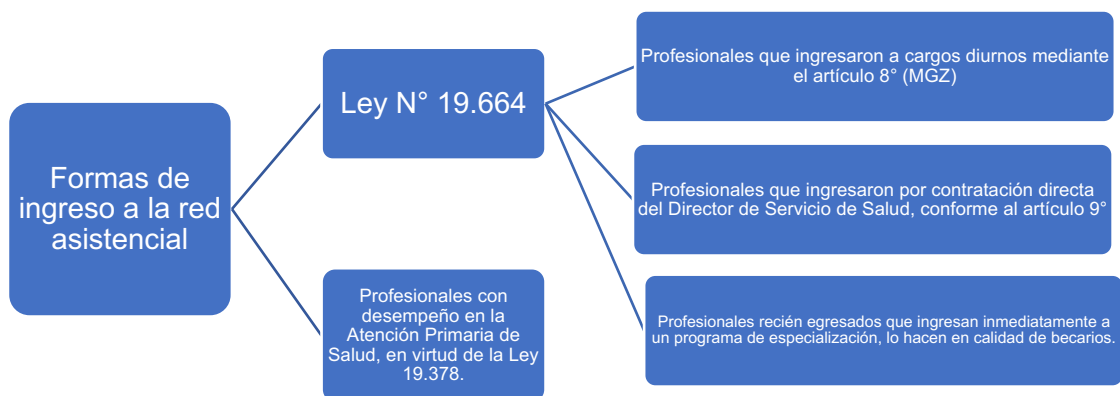
1. Generalidades

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

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



2. Formas De Ingreso



3. Acceso A Programas De Especialización De Médicos Que Ingresaron A La Edf Por El Proceso De Selección Contemplado En El Artículo 8° De La Ley 19.664

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

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

1°.- Haberse desempeñado previamente, por un lapso no inferior a tres años, en el nivel primario de atención de uno o más Servicios de Salud o en establecimientos de salud Municipal. Tratándose de profesionales funcionarios dependientes de los Servicios de Salud, se considerará como desempeño en atención primaria aquel realizado en Hospitales Tipo 3 y 4, consultorios, postas rurales u otras unidades semejantes de igual complejidad de atención. Con todo, respecto de profesionales de Hospitales Tipo 3, el Subdirector Médico del respectivo Servicio de Salud certificará el tiempo durante el cual dichos servidores se hubieren desempeñado en labores de esa naturaleza.

A mayor abundamiento, debemos agregar que, establecimientos de atención primaria de salud, son aquellos de complejidad baja, con una alta cobertura de población y de atención ambulatoria. Se comprenden acá, los consultorios generales urbanos, que son aquellos cuya población asignada no puede llegar hasta los 30.000 habitantes; consultorios generales



rurales, esto es, los que atienden localidades que poseen entre 2.000 y 5.000 habitantes, teniendo como límite 20.000 habitantes. Estos consultorios entregan atención ambulatoria en el nivel primario, pero con una dotación menor de recursos. Dependen de un consultorio urbano u hospital Tipo 4. Se comprenden acá, los Centros de Atención Familiar (CESFAM), el Centro Comunitario de Salud Familiar (CCSF), el Centro de Salud Rural (CSR), el Centro de Salud Urbano (CSU), el consultorio de Salud Mental (COSAM), el Servicio de Atención Primaria de Urgencia (SAPU), las postas rurales (PR) y las Estaciones Médico Rurales (EMR); establecimientos de salud municipal.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

5. Comisionados De Estudio

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

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



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

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

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

6. Becarios

Becarios son los profesionales que gozan de una beca de especialización, en cumplimiento del programa respectivo, en algún establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud o de las Universidades. En ningún caso son funcionarios públicos, por lo que sus derechos y obligaciones se encuentran en el artículo 43 de la Ley 15.076 y los reglamentos contenidos en los D.S 507 del año 1990 y D.S. N° 91 de 2001, ambos del Ministerio de Salud y por el convenio que firmen.

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



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

6.1. Derechos De Los Becarios

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

Estos derechos son los siguientes:

a) Pago de estipendios

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

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

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



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

b) Pago durante la inducción

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

c) Feriado Legal

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

d) Pago de la Asignación de cambio de Residencia.

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

e) Derechos Previsionales.

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



f) Licencia médica por enfermedad.

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

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

En esta materias, se aplican e las normativas que expresamente se señalan en el 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 -ratificado por Chile, el que en su artículo 9 dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, precisando el reconocimiento especial de protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, debiendo concederles a las que trabajen, licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. En ese mismo sentido se adoptó el Convenio N° 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad ratificado por Chile..



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

Tal presupuesto no puede ser obstáculo para dar cumplimiento a las garantías y principios protectores reconocidos universalmente, como acontece con la protección a la maternidad y restringirla solamente a lo indicado en el Decreto N°507 ya referido.

Bajo ese entendido, deben ser extensibles los derechos referidos a la protección de la maternidad, actualmente contenidos en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo, entre ellos el fuero maternal, a las becarias.

h) Facilidades para que el médico pueda finalizar su beca

Si durante los dos últimos meses de la beca el becario debiera rendir pruebas o exámenes, el Director del establecimiento asistencial otorgará los permisos y facilidades pertinentes.

i) Reconocimiento del tiempo realizado en beca.

Los becarios además tendrán derecho a que el tiempo servido en las becas, sea reconocido por los empleadores para los efectos del goce de trienios de la ley 15.076. Asimismo, los turnos realizados durante los programas de formación, serán considerados para efectos de liberación de guardia nocturna, días domingo o festivo, regulado en el artículo 44 del DFL N° 1 de 2001.-



6.3. Deberes Del Becario

a) Cumplir con las obligaciones docentes asistenciales.

Dentro de este deber, se encuentra el deber de cumplir la jornada de 44 horas y con los turnos nocturnos, sábados, domingos y festivos que deba cumplir, de acuerdo con las regulaciones del programa.

Asimismo, deberá cumplir con las actividades asistenciales en el o los campos clínicos de acuerdo al programa de formación aprobado para dicha especialidad.

b) Cumplir con las obligaciones administrativas.

Deben de Acatar las normas y disposiciones que regulan el funcionamiento de los establecimientos donde desarrollan su programa de formación.

El becario dependerá administrativamente del Director del campo clínico al cual haya sido destinado, y en el ámbito docente, al centro formador respectivo, los que supervisarán el cumplimiento del programa, y para cuyo efecto designará un tutor o director de beca para cada uno de los becarios.

Se entenderá como parte de las obligaciones administrativas de los becarios, cumplir con un sistema de control horario que permita registrar y controlar su asistencia a las actividades definidas en el programa, tanto en el centro formador como en los campos clínicos donde le corresponda desempeñarse.

c) Recuperar el tiempo en el que hizo uso de licencia.

El reglamento señala que el centro formador podrá fijar plazos de recuperación, de lo cual se desprende el deber del becario de recuperar el tiempo de formación perdido al estar haciendo uso de licencia médica. Por su parte la autoridad deberá disponer de la prórroga del período de beca.



d) Otorgar caución.

La última modificación al Reglamento Becario mantuvo el deber jurídico de que, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del becario y profesional en PAO, se deberá constituir previamente una garantía, la que consistirá en una póliza de seguro, boleta bancaria o cláusula penal constituida mediante escritura pública. A juicio exclusivo del jefe superior de la entidad beneficiaria, se podrá aceptar otra garantía suficiente.

Esta garantía deberá garantizar el total de los gastos que se originen con motivo de la ejecución del programa, incluidas las matrículas y aranceles del centro formador y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%. Cuentan con las potestades para hacer la estimación de los desembolsos que se deriven del incumplimiento, el Director de Servicio o el Subsecretario de Redes Asistenciales en su caso y el límite de la estimación que estos realicen no podrá exceder de un tercio de los gastos ocasionados con motivo de la ejecución de los programas.

El incumplimiento del período asistencial obligatorio, inhabilitará al médico a postular para ser contratado o designado en cualquier cargo de la administración del Estado, hasta por un lapso de seis años; sin perjuicio de hacérsele efectiva por la autoridad correspondiente la garantía, administrativamente y sin más trámite.

De acuerdo a la normativa vigente y con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de desempeño, el profesional deberá constituir previamente, cuando corresponda, una garantía equivalente a los gastos originados con motivo de la ejecución del programa y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%.

7. Sobre ejecución de programas de formación en subespecialidad, en calidad de ¿becarios o comisión de estudios?

Se ha planteado la situación de que un Servicio de Salud ha otorgado a sus médicos cirujanos, recientemente terminando beca de especialidad primaria, una carta de apoyo para financiar programa de subespecialidad. Luego, se les comunica que, atendido el hecho de que no pueden ser asimilados a la planta superior no pueden ser enviados a dicha formación en calidad de funcionarios en comisión de servicios, sino que, en calidad de



becarios, manteniendo las mismas condiciones que han detentado hasta este momento.

A este respecto, precisa señalar que, el artículo 46 de la ley N° 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 N° 45.042, de 2004, de la Contraloría General de la República, puntualizó que el citado artículo permite disponer comisiones para asistir a los eventos que indica a todos los profesionales funcionarios, ya sea que pertenezcan a la Etapa de Destinación y Formación o a la de Planta Superior, puesto que en este punto la norma no distingue. Además, previene que dicha preceptiva no establece restricciones en cuanto a la naturaleza de las actividades que pueden ser objeto de una autorización de esa especie, por lo que se extiende a las subespecializaciones. Sin embargo, el mismo dictamen hizo presente que las comisiones reguladas en el mencionado artículo 46 difieren de las señaladas en el artículo 10 de la ley N° 19.664, el cual, como se ha dicho, se aplica exclusivamente a quienes integran la Etapa de Destinación y Formación, toda vez que, de conformidad con las disposiciones contempladas en el decreto N° 91, de 2001, del Ministerio de Salud -reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización-, estas últimas poseen un estatuto jurídico particular (para los médicos generales de zona).

De este modo, se advierte que el artículo 46 de la ley N° 19.664 es una norma general que beneficia, a los profesionales funcionarios incorporados a la Etapa de Destinación y Formación en todos aquellos casos en que, en virtud del principio de especialidad, no sean aplicables sus artículos 10 y 11.

Así las cosas, la situación en que un profesional funcionario solicita voluntariamente acceder a un programa sin someterse a un concurso y, en cuyo favor, se dispone una comisión, resultaría irregular, pues, se encuentra impedido de acceder por esa vía a tal beneficio y sin cumplir con los requisitos que la normativa exige para tal fin, como lo es el desempeño previo en el nivel primario de atención de uno o más servicios de salud o en establecimientos de salud municipal.



A mayor abundamiento, necesario es puntualizar que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 7° de la Ley N° 19.664, pertenecen a la Etapa de Destinación y Formación los profesionales funcionarios que se encuentran en período de perfeccionamiento y desarrollo de sus competencias y que sean contratados por los Servicios de Salud para desempeñar preferentemente funciones de carácter asistencial.

Ahora bien, según lo prescrito por el artículo 8° del indicado texto legal, el ingreso a la indicada etapa se efectúa mediante un proceso de selección a nivel nacional, sin perjuicio que, conforme lo dispone el artículo 9° del mismo cuerpo de normas, los directores de los Servicios de Salud pueden contratar directamente profesionales funcionarios en la Etapa de Destinación y Formación, cuando circunstancias fundadas lo justifiquen en razón de necesidades del servicio, en forma transitoria y por períodos determinados.

Luego, es menester hacer presente que el artículo 10° de la referida ley establece, en lo que interesa, que el ingreso a los programas de especialización de los profesionales funcionarios de la Etapa de Destinación y Formación, incorporados a ella a través del proceso de selección señalado en el artículo 8° (generales de zona), se dispondrá mediante comisiones de estudio, y que tales programas de especialización no podrán tener, en forma continuada o por acumulación de períodos, una duración inferior a un año ni superior a tres.

A su turno, el artículo 11 del mismo texto legal dispone que los demás profesionales de la indicada etapa, esto es, los que no ingresaron a aquélla mediante el referido proceso de selección, también pueden optar a programas de especialización que ofrezcan los Servicios de Salud o el Ministerio de Salud, en los términos establecidos en el artículo 43 de Ley N° 15.076, norma esta última que trata de las becas que pueden ofrecer los aludidos servicios y las universidades, destinadas al perfeccionamiento de una especialidad médica, las que tienen una regulación jurídica diversa de las comisiones de estudio antes referidas.

Expuesto lo anterior, cabe expresar que el ordenamiento jurídico no ha precisado, ni de forma general ni de manera específica para la materia que ahora nos ocupa, el concepto de especialidad, de manera que tal expresión debe entenderse referida en términos amplios, comprensiva tanto



de las especialidades como de las subespecialidades, especialidades derivadas o de segundo grado.

Por lo demás, lo antes expresado se encuentra en armonía con lo manifestado por la Contraloría General mediante el *Dictamen N° 12.848, de 1996*, el cual precisó, en el ámbito de los concursos convocados para proveer cargos de profesionales funcionarios, que atendido que la ley no ha señalado lo que debe entenderse por especialización o especialidad, ha de estarse a lo preceptuado en tal sentido *por el artículo 5° del Decreto N° 110, de 1963, del Ministerio de Salud, según el cual las especialidades y, por ende, las especializaciones correspondientes, se dividen en especialidades de primer grupo y de segundo grupo y, siendo estas últimas las derivadas de las primeras, sólo cabe entender que las especialidades del segundo grupo equivalen a las subespecialidades o especialidades derivadas.*

Luego, para los fines de lo establecido en los artículos 10° y 11 de Ley N° 19.664, debe colegirse que tales preceptos legales, al referirse a los programas de especialización, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza, *comprenden tanto las especializaciones como las subespecializaciones.*

De lo anterior se concluye que los profesionales de la Etapa de Destinación y Formación *pueden acceder a programas de subespecializaciones, bajo la modalidad que corresponda según la forma de ingreso a la señalada etapa, conforme lo expresado, en razón de que, como ya se anotó, las normas antes citadas no distinguen en cuanto al tipo de especialidad que se pretende obtener con los programas de que se trata.*

Las normas contenidas en los artículos 10° y 11 de Ley N° 19.664 no se refieren a los profesionales de la Etapa de Planta Superior, sino que, tal como ya se expresó, a quienes pertenecen a la etapa formativa de la carrera funcionaria.

De esta forma, los profesionales funcionarios, independientemente de la planta a que pertenecen y de la modalidad de acceso a las actividades de especialización o subespecialización, *deberán cumplir con los requisitos de ingreso a tales programas fijados por las entidades que los impartan, lo que podrá significar que los postulantes a aquéllos deban poseer, además del título profesional pertinente, alguna especialidad previa, dependiendo de la normativa que cada entidad haya establecido para tales efectos.*



8. Explicaciones Sobre Las Modificaciones Al Decreto Supremo N° 507, Que Aprueba Reglamento De Becarios De La Ley N° 15.076, En El Sistema Nacional De Servicios De Salud

En el año 1990, se dictó por la Autoridad Competente, el Reglamento de Becarios, que en definitiva, vino a estructurar los programas de formación de especialistas que eran financiados por el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Redes Asistenciales o, por los diversos Servicios de Salud del país.

Este mecanismo de financiamiento, tiene un fin último, que es que los médicos cirujanos, una vez que adquieran una especialidad primaria o derivada, permanezcan por un tiempo determinado prestando sus servicios en la red asistencial de alguno de los Servicios de Salud del país, con el objeto de 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.

Así las cosas, conviene puntualizar, en cuanto a la modalidad de desempeño del profesional durante su formación, la existencia de la siguiente clasificación:

1ª. Médicos que realizan su programa de formación en calidad de becarios: aunándose en esta categoría, aquellos a que se refiere el artículo 11 de la ley 19.664 (demás profesionales funcionarios, a saber, quienes ingresaron previamente al Servicio de Salud por contratación directa del Jefe Superior del Servicio o los médicos APS municipal) y recién egresados que postulan a los respectivos concursos, conforme al numeral 1º del artículo 18 del Decreto 507, de 1990, del Ministerio de Salud.

2ª. Médicos que ejecutan su programa en comisión de estudios: subsumiéndose en este grupo, especialmente, los profesionales funcionarios que antes de realizar el programa de formación, ingresaron a la Etapa de



Destinación y Formación como funcionarios públicos en razón de un concurso público convocado para tal efecto. Son los llamados médicos generales de zona. Ellos, deben estar a lo menos tres y a lo más seis años, para poder ingresar a un programa.

3ª. Médicos que ejecutan su formación en misión de estudios: aquellos médicos que desempeñándose previamente en los establecimientos de APS municipal, acceden a los concursos para misiones de estudio, conforme al artículo 43 de la ley 19.378.

Teniendo presente lo anterior, necesario es comentar que en este informe, nos referiremos a la primera clasificación de profesionales, a saber, los becarios.

Visto lo anterior, es menester destacar la importancia de este Reglamento, en razón de que el mismo, establece que la Beca no constituye ni cargo ni empleo, y no les son aplicables ni las normas del Estatuto Administrativo respectivo, ni de la ley 15.076. De esta forma, el Decreto 507, constituye precisamente el Estatuto Especial que regulará, específicamente, la relación particular que existe entre estos profesionales y la Administración del Estado, pues, los aspectos académicos, si bien, son mencionados por el Reglamento que nos atañe, son principalmente regulados por los Reglamentos Internos de cada Facultad o Escuela de Medicina en que se desempeñen los profesionales.

El Reglamento, presenta algunos nuevos conceptos, con el fin de precisar el lenguaje técnico que contextualiza la situación de estos profesionales, agrega expresamente la obligación de registrar horario de los profesionales, establece expresamente una excepción a la duración máxima del programa, regula la interrupción del programa y establece de manera correcta que se mantienen las inhabilidades del artículo 11, establece especiales casos de duración del tiempo del compromiso asistencial obligatorio y, además, regula las consecuencias de renunciar, ser eliminado del programa de formación, haciendo la clara diferenciación en relación a aquellos que terminando el programa de formación, incumplen total o parcialmente su obligación de permanencia en el Sistema Público de Salud.

En ese entendido, es sumamente importante destacar el hecho de que esta modificación de Reglamento responde a una inminente necesidad de palear con una problemática general dentro del Estado y sobre lo que



mucho se ha escrito, que es la precarización del empleo público y, aunque de acuerdo a lo mencionado por el reglamento, la beca no constituye empleo, de todas formas, ello no obsta a que dicha precarización no alcance a los becarios.

Además y, tal como lo manifestó el Ministerio de Salud para fundar su Decreto, la realidad nacional ha cambiado considerablemente en los últimos 28 años, en cuanto a la cantidad de usuarios del sistema y de profesionales que se forman, así como el reconocimiento general de derechos fundamentales de los servidores, de manera que, ajustar la normativa a esta realidad, es muy atinente.

Visto todo lo anterior, procederemos a observar el nuevo texto del Reglamento y, posteriormente a analizar las modificaciones más importantes, en lo que nos atañe como Unidad de Defensa Laboral.

Análisis De Las Modificaciones Más Importantes Del Decreto Supremo 507, De 1990, Del Minsal

1. El nuevo inciso tercero del artículo 2°.

Como hemos observado, el nuevo inciso reza lo siguiente: **“Se entenderá como parte de las obligaciones administrativas de los becarios, cumplir con un sistema de control que permita registrar y controlar su asistencia a las actividades definidas en el programa tanto en el centro formador como en los campos clínicos donde les corresponda desempeñarse.”**

Sobre el particular, conviene puntualizar que de acuerdo a la regulación actual, la beca no constituye cargo o empleo y, por ello, no son aplicables las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2006, del Ministerio de Hacienda, que establece el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, ni las normas del Estatuto especial que rige a los médicos, entre otros profesionales de la salud.

Así las cosas, debemos tener presente que los profesionales que cumplan un programa de especialización en los establecimientos dependientes del Sistema Nacional de Servicios de Salud, cualquiera sea la institución responsable del desarrollo de dicho programa, estarán obligados a acatar



las normas y disposiciones que regulan el funcionamiento de tales establecimientos.

Por su parte, tal como señala el artículo 7° del Reglamento de Becarios, estos profesionales, dependerán administrativamente del Director del campo clínico al cual haya sido destinado, y en el ámbito docente, del centro formador respectivo, los que supervisarán el cumplimiento del programa, y para cuyo efecto designará un tutor o director de beca para cada uno de los becarios.

En este punto, es dable considerar si dentro de esas normas internas a las que quedan sujetos los becarios, también se ven consignadas las de registrar el horario como los demás funcionarios del servicio.

Al efecto, precisa señalar que, la ley establece precisamente el deber que tienen los funcionarios de cumplir cabalmente con su jornada de trabajo, prestando personalmente los cargos que han de desempeñar y, además, se ha establecido el deber que tienen los Jefes Superiores de los Servicios de velar por el cumplimiento íntegro de esa obligación funcionaria, debiendo disponer al efecto los medios idóneos para controlar la hora de llegada y salida de los funcionarios que se desempeñan en el establecimiento respectivo.

Por su parte, es necesario considerar que la ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, establece en sus artículos 61, letra d), y 65, inciso tercero, respectivamente, la obligación de todo funcionario de cumplir con la jornada de trabajo y de desempeñar su cargo en forma permanente durante dicho período.

Enseguida, el artículo 72 del citado Estatuto Administrativo, se refiere a las consecuencias jurídicas que acarrea para el empleado tanto la inobservancia del cumplimiento efectivo de la jornada prevista para el ejercicio de sus labores, como los atrasos y ausencias reiteradas, sin causa justificada.

Ahora bien, de las referidas disposiciones, puede apreciarse que todos los servidores, sin distinción alguna, están sujetos al deber de cumplir con la jornada y el horario establecido para el desempeño de su trabajo.



Conviene puntualizar que, a los becarios no pueden aplicarse las normas legales mencionadas precedentemente, por cuanto, por expresión misma del artículo 1° de su especial estatuto, se encuentran excluidos de la aplicación de la mencionada normativa. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, el artículo 10 de su respectivo reglamento señala que, la jornada de desempeño del becario será de 44 horas semanales, sin perjuicio de los turnos nocturnos, sábados, domingos y festivos que deba cumplir, de acuerdo con las regulaciones del programa. Además, agrega el precepto que, las actividades asistenciales que, debidamente supervisadas, deba cumplir el becario, se desarrollarán fundamentalmente en el campo clínico al cual ha sido destinado, sin perjuicio de los que deba cumplir en otros campos clínicos, de acuerdo al programa de formación aprobado para dicha especialidad.

Así las cosas, observamos que el reglamento que complementa el artículo 43 de la ley 15.076 establece, en ese sentido, la obligación de cumplir jornada de 44 horas por parte del becario y, además, la obligación de permanencia en el establecimiento. Ahora bien, la misma reglamentación entrega al Director del campo clínico al que ha sido destinado el becario, la facultad de supervisar, fiscalizar o, como se quiera, controlar el cumplimiento de las diversas obligaciones que se establecen para los becarios, entre las cuales, puede encontrarse la de controlar el cumplimiento de la jornada establecida en el mentado artículo 10.

Por otro lado, una de las principales preocupaciones de los médicos cirujanos que detentan la calidad de becarios, es el hecho de que la misma Contraloría establece la posibilidad de ejecutar descuentos a los mismos, en caso de atrasos, ausencias injustificadas, etcétera.

De esta forma, debemos considerar que, como ya se ha expuesto en reiteradas ocasiones en el presente informe, los becarios han sido excluidos expresamente de las normas del Estatuto Administrativo, de forma tal que, sólo les son aplicables las reglas de su propio reglamento y el artículo 43 de la ley 15.076.

La posibilidad de ejercer descuentos a las remuneraciones de los funcionarios públicos se encuentra contemplada en el artículo 72 del Estatuto Administrativo que establece *“Por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones,*



salvo que se trate de feriados, licencias, permiso postnatal parental o permisos con goce de remuneraciones, previstos en el presente Estatuto, de la suspensión preventiva contemplada en el artículo 136, de caso fortuito o fuerza mayor. Mensualmente deberá descontarse por los pagadores, a requerimiento escrito el jefe inmediato, el tiempo no trabajado por los empleados, considerando que la remuneración correspondiente a un día, medio día o una hora de trabajo, será el cociente que se obtenga de dividir la remuneración mensual por treinta, sesenta y ciento noventa, respectivamente.”

La regla legal transcrita precedentemente NO resulta aplicable a los becarios, por lo que ya hemos explicado a lo largo de este informe y, revisadas particularmente las disposiciones que sí les son aplicables, no se encuentra alguna que establezca estos descuentos, de forma que, no existe un sustento para que la dirección del establecimiento los realice.

Sin embargo, conviene puntualizar, que ello no obsta al hecho de que sí se aplique una sanción más grave al becario que no cumpla con sus obligaciones de cumplir la jornada del programa, pues, como hemos visto, el reglamento concede a la autoridad la facultad de observar e informar el cumplimiento de las obligaciones docentes asistenciales de los becarios y, en caso de que se observe un incumplimiento a dichas normas, implicará que se ponga término a la beca, dentro del marco de la juridicidad respectiva. Además, el no cumplir la jornada puede considerarse como una inobservancia al principio de probidad al que están sujetos todos los servidores públicos, incluidos los becarios, pues, no puede concebirse dentro de un Estado de Derecho, a personas que se encuentren excluidas de cumplir con un recto obrar dentro de la administración.

Por último, debemos señalar que, la ley y el reglamento no establecen qué mecanismo debe utilizarse precisamente para efectos de controlar la jornada de los servidores—entre los cuales se encuentran los becarios—, quedando ello entregado a la discreción, en este caso concreto del Director del campo clínico: de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, 35 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que establece que la administración superior y control del Establecimiento corresponderán al Director, 36 letra c) del mismo Decreto con fuerza de ley que otorga al director del establecimiento la facultad de



organizarlo internamente, el Jefe Superior del Hospital es el único que puede establecer el mecanismo de control de.

Visto lo anterior, la jurisprudencia administrativa ha sido conteste en este punto, señalando al efecto que:

(...)

*“Puntualizado lo anterior, y en lo que respecta a la posibilidad de establecer para una clase de servidores un mecanismo distinto que controle su jornada de trabajo, cabe indicar que, atendido que **las normas legales referidas no regulan el sistema que debe necesariamente implementarse para dicho objeto, tal aspecto es parte de las materias que le corresponde definir y establecer al jefe superior del servicio**”.* (El énfasis es nuestro). En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los oficios N°s 16.598, de 1991; 12.550, de 1996; y 26.022, de 2002, al precisar que corresponde a las autoridades superiores de los organismos implementar el o los procedimientos que estimen convenientes para asegurar la asistencia al establecimiento y su permanencia, como, asimismo, adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva las responsabilidades por su inobservancia.

Al efecto, la autoridad correspondiente, mediante documento formal dictado para tal efecto, puede disponer uno o más mecanismos internos de fiscalización, que sean eficaces y pertinentes, para verificar la asistencia y puntualidad en el trabajo de los empleados adscritos a cada uno de éstos, teniendo en consideración las diversas tareas que ejecuta el personal del establecimiento, cuando atendida la clase y la forma en que se realizan dichas labores aparece razonable establecer distinciones al respecto.

2. El nuevo inciso primero del artículo 6°.

La disposición establece **“las becas estarán divididas en periodos anuales, renovables cuando su duración sea superior a un año. La duración total no podrá exceder de tres años, salvo los casos previstos en el artículo primero de la ley 20.816. Este periodo se desarrollará en forma continuada o por acumulación de períodos discontinuos, pudiendo interrumpirse solamente, por resolución de la Subsecretaría de Redes Asistenciales o de la Dirección del Servicio de Salud, según corresponda, previa solicitud fundamentada del**



becario y la autorización formal del Centro Formador, caso en el que el becario dejará de percibir el estipendio asociado a la formación durante el tiempo de interrupción, sin perjuicio de mantenerse la inhabilidad señalada en el artículo 11.”

En el precepto reglamentario, podemos observar dos particularidades que no se encontraban contempladas en el Decreto original, a saber, la posibilidad de que el programa de formación se extienda más allá de tres años para el particular caso que indica y, además, regula de manera más detallada algunos puntos relativos a la interrupción del periodo de formación (no del periodo asistencial obligatorio, como podría pensarse, lo que se encuentra en otra disposición, según se verá).

Sobre el particular, el artículo 1º de la ley 20.816 establece la situación de programas que pueden durar hasta cuatro años. Indica: *“Respecto de los profesionales funcionarios a que se refieren los artículos 8º y 11 de la ley Nº19.664, que ingresen a programas y becas de perfeccionamiento o especialización a contar del 1 de enero de 2015 o en una fecha posterior, no regirá la limitación relativa a la duración de tales programas y becas establecida en el inciso segundo del artículo 43 del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2001, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 15.076; ni lo dispuesto en el artículo 10 de la ley Nº 19.664, respecto de la duración máxima de las becas de perfeccionamiento o programas de perfeccionamiento o especialización, pudiendo autorizarse becas o programas de hasta cuatro años de duración.*

Mediante resolución del Subsecretario de Redes Asistenciales, que además deberá ser visada por el Director de Presupuestos, se indicará anualmente las especialidades a las que se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior.”

En efecto, a la limitación máxima a que se refiere la norma, era la de tres años que contemplaba la disposición legal recientemente mencionada, que derogó de forma tácita para los casos que indica, en ese aspecto al artículo 43 de la ley 15.076.

En la práctica, bien sabemos, que hay algunas Facultades de Medicina que impartían programas de formación de hasta cuatro años de duración, por lo que se reguló la materia, primero, legalmente y ahora, para armonizar la normativa, se estampa en el reglamento.



Un segundo aspecto que refiere la disposición, es la posibilidad de solicitar *la interrupción de la beca*. Para ello, el reglamento establece los siguientes requisitos:

a) Que, se esté cursando efectivamente un programa de formación de especialistas regulado por la normativa respectiva;

b) Debe hacerse por escrito debidamente fundado en virtud de razones que justifiquen suficientemente la solicitud. Esto quiere decir que no basta con indicar que se necesita interrumpir la beca o, enunciar solamente, como suele hacerse muchas veces "por razones o necesidades personales", sino que el becario deberá explicar detalladamente el por qué requiere suspender temporalmente su programa, acompañando los antecedentes que funden su requerimiento, en lo posible, y explicar de qué forma el continuar en ese momento en la beca le impide resolver sus problemas inminentes. A modo de ejemplo, podemos señalar como razones fundadas: una determinada enfermedad, la de un familiar que no sea permanente y que no impida la prosecución definitiva de la beca, el hecho de cursar alguna pasantía en el extranjero que requiere de tal interrupción, etc.

c) La autorización formal del Centro Formador. Llama la atención en este punto, que el reglamento confirió solamente la facultad de autorizar la interrupción, a la autoridad competente de cada Universidad que imparte el programa de postgrado conducentes a la obtención de una especialidad. Anteriormente dicha interrupción, debía ser requerida, tanto en el campo formador, como al Director del Servicio de Salud con el que el becario había celebrado el respectivo convenio.

Ahora bien, hay algunos aspectos que, si bien, no menciona la norma, se hace necesario destacar:

a) Las formalidades, lugar de presentación y autoridad del campo formador que deben resolver la solicitud, serán las que establezcan los reglamentos de postgrado u otros, de cada Facultad o Escuela de Medicina.

b) Si bien, la regla no menciona que deba dirigirse alguna comunicación al Director del Servicio de Salud con el que existe el convenio, se aconseja encarecidamente que de todas formas, el becario replique en fotocopia, el escrito presentado en la Universidad y dé el aviso respectivo al mencionado Director. Asimismo, una vez que la Universidad resuelva definitivamente si



acoge la solicitud, se recomienda que el mismo becario, consiguiendo copia de la misma resolución, comunique tal circunstancia al Director del Servicio, atendiendo al hecho de que deben detener el pago de los estipendios. Si bien, la Universidad debería hacerlo, hacemos esta recomendación, en virtud del principio de probidad administrativa, a fin de evitar que el becario perciba emolumentos de parte de la Administración del Estado que por reglamentación no le corresponderán.

Por último, cabe destacar, también como manifestación del principio de probidad administrativa—que implica un recto obrar del servidor—el hecho de que se mantiene la inhabilidad del becario contenida en el artículo 11.

En efecto, debemos considerar que el mencionado artículo 11 establece: *“La calidad de becario será incompatible mientras dure el período de formación con cualquier empleo o cargo de profesional funcionario, en los términos establecidos en el artículo 13 de la ley 15.076.”*

El artículo 13 de la ley 15.076 establece que *“Los cargos y remuneraciones de los profesionales funcionarios son compatibles hasta los máximos indicados en el artículo 12°.*

Además, son compatibles con el desempeño de cargos docentes hasta un máximo de doce horas semanales, sin perjuicio del cabal cumplimiento de la jornada contratada.

Las compatibilidades e incompatibilidades a que se refiere el inciso precedente, sólo serán aplicables respecto de cargos y horarios contratados por las instituciones señaladas en el inciso segundo del artículo 1°.

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

En efecto, lo que se quiso evitar con este precepto, es el hecho de que se burle por el profesional el fin que tiene la interrupción de la beca, el cual, debe atender a razones graves, fundadas, que hagan inminente la misma. En ese entendido, no puede interrumpirse la beca para trabajar en otro cargo o empleo público.



Esto lleva a preguntarnos ¿Puede el profesional becario que ha interrumpido su programa, ejercer labores a honorarios, por ejemplo, en las mismas horas en que ejercía el programa de formación? Entendemos que no, porque la ficción que realiza la nueva norma es que el becario, aunque suspendido, sigue ejerciendo para estos efectos su especialización, sino, sería injusto respecto de aquellos que sí se encuentran cursando regularmente el programa.

3. El nuevo inciso segundo del artículo 12.

El inciso agregado prescribe: *“Para efectos del goce del derecho contemplado en el artículo 44 del DFL N° 1, se considerarán los tiempos que el becario haya prestado durante la realización de la beca, en guardias nocturnas y en días festivos, en los términos que establece el inciso tercero de la norma indicada.”*

Este artículo replica lo que se agregó durante el año 2016, al artículo 43 de la ley 15.076.

Ello resulta interesante, por cuanto, al tramitarse el beneficio de liberación de guardia nocturna, la resolución afecta concediendo el beneficio dictada por la autoridad competente (Director del Establecimiento en el que el profesional realiza los turnos), debe ser tomada de razón por la Contraloría General de la República.

Así las cosas, por años, los profesionales que consideraban dentro del cómputo de 20 años para acceder al beneficio, los turnos realizados durante una beca, no accedían al mismo, pues, el Ente de Control representaba las resoluciones que creaban estos cargos en extinción en sus respectivos casos, aduciéndose al efecto que, al no constituir cargo o empleo la beca, no podía considerar dentro de las dos décadas mencionadas.

De esta forma, a fin de 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 19.230, los profesionales funcionarios de planta y a contrata de los Servicios de Salud, que cumplan con los requisitos necesarios para acogerse a la liberación de guardia contemplada en el artículo 44 de la ley 15.076, esto es, los profesionales que en forma continua y permanente, durante 20 o más años hayan prestado servicios de guardia nocturna y en días festivos, y deseen ser liberados de esta obligación, deberán solicitar este beneficio a la autoridad competente antes del 31 de agosto de cada año. Posteriormente por resolución de la autoridad competente reconocerá este beneficio.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



En caso que no exista copia del programa, el solicitante deberá presentar un certificado en original, suscrito por la autoridad universitaria respectiva, en el cual conste que dicho programa consideraba la realización de turnos, señalando expresamente los periodos en que se desarrollaron, y si estos fueron rotativos, permanentes y en unidades que atiendan todos los días del año.

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

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

4. El nuevo artículo 13.

El artículo indica: ***“Las becarias y becarios, cuando corresponda, gozarán del beneficio establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, siempre que las becas sean financiadas por el Ministerio de Salud o por los servicios de Salud, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 43 del DFL N° 1, de 2001.”***

A lo que se refiere este nuevo artículo, es al beneficio de Sala Cuna.

Es necesario aclarar a los Directores de los Servicios de Salud, Jefes de Servicio, de Unidades y a Encargados de Departamento de Personas de los Hospitales, Servicios de Salud, municipalidades y demás órganos de la Administración del Estado encargados de velar por la salud de la población, que la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar no son aplicables solamente a los trabajadores del ámbito privado o sujetos a un contrato de trabajo, sino que, a todos los que se desempeñan en los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración pública, de las municipalidades, entre otras. Se aclara además que, las disposiciones de protección ya mencionadas, benefician a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, comprendidos



aquellos que trabajan en su domicilio y, en general, a todos los que estén acogidos a algún sistema previsional.

El deber de protección consiste en la exigencia que hace el Código del Trabajo al empleador para que este adopte todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también otorgue los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Asimismo, debe prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores, en caso de accidente o emergencia, puedan acceder de forma oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y/o farmacéutica.

El deber de protección de maternidad consiste en un conjunto de obligaciones que se impone a los empleadores para proteger la maternidad, buscando que no se condicione la contratación de las trabajadoras, su permanencia, renovación de contrato, promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni que se exija para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si la persona se encuentra o no en estado de gravidez.

Este deber de protección comienza desde el inicio del embarazo hasta aproximadamente un año y tres meses después del parto, tiempo durante el cual la trabajadora goza de permisos, subsidios y fueros que permiten su estabilidad en el empleo.

De esa manera, es obligación del Servicio, siempre y cuando ocupen veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras esté en el trabajo.

Además, en virtud de lo dispuesto por el Código del Trabajo, deben observar las siguientes condiciones:

a) Las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad necesarias para su buen funcionamiento. En el caso de las instituciones de la Administración del Estado que se encuentren en una misma área geográfica, podrán (lo que es facultativo), previo informe favorable de la



Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cuna para la atención de los niños de las trabajadoras de todas ellas.

b) En periodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas.

c) Cuando se trate de construir o transformar salas cunas, los propietarios de los establecimientos respectivos deberán someter previamente los planos a la aprobación de la comisión técnica del plan nacional de edificaciones escolares del Ministerio de Educación Pública.

d) El mantenimiento de las salas cunas será de costo exclusivo del órgano de la Administración del Estado o, en su caso, el Fisco, quien deberá tener una persona competente a cargo de la atención y cuidado de los niños, la que deberá estar preferentemente, en posesión del certificado de enfermería otorgado por la autoridad competente.

Es preciso destacar también, se entiende que se cumple con esta obligación si se pagan los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años. Pero, en este caso, es el empleador quien designará la sala cuna, de entre aquellas que cuenten con la autorización de la JUNJI. También, en este caso, el empleador es quien deberá asumir el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento.

Por último, se aclara, que este derecho beneficia a quienes se les haya conferido el cuidado personal de un menor de edad, por sentencia judicial.

Respecto a las trabajadoras que realizan turnos nocturnos, no existe duda que también les asiste tal derecho, por cuanto, la ley no hace distinción alguna, razón por la cual, los órganos de la administración del Estado deberán proveer los medios necesarios para que esta exigencia se cumpla como es debido, habilitando incluso salas cunas de funcionamiento nocturno para el cumplimiento de dicho fin.

No obstante, lo anterior, no procede sustituir el beneficio legal de sala cuna por una suma de dinero, para contratar una persona idónea a fin de que cuide, en su hogar, al hijo menor de una funcionaria que cumple turnos



nocturnos en un hospital, pues no existe norma legal que así lo faculte.

La ley ha sido expresa en señalar las formas cómo es posible cumplir la obligación de proporcionar sala cuna, a saber, implementando por parte del empleador salas anexas e independientes del local de trabajo, o construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos los establecimientos de los servicios que se encuentren en una misma área geográfica o, finalmente, pagando los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve sus hijos menores de dos años, todo ello, según el artículo 203 del Código del Trabajo.

Las trabajadoras que desempeñen turnos de noche tienen derecho al beneficio de sala cuna igual que aquellas que cumplen horario diurno, pues el Código Laboral no formula ninguna distinción en cuanto al horario de funcionamiento de las salas cunas, ni de desempeño de las funcionarias, por lo que el empleador está obligado a adoptar las medidas que permitan proveer del servicio de sala cuna en alguna de las formas que expresamente ha previsto la ley, a las servidoras que laboran en horario nocturno.

Sólo en los casos en que el hijo de la funcionaria titular de este derecho presente una condición de salud que requiera cuidados que resulten incompatibles, en términos absolutos y permanentes, con su estadía en una sala cuna, procede excepcionalmente, que el servicio empleador cumpla esta obligación a través de un medio equivalente, entregando directamente a la funcionaria la suma de dinero que, de acuerdo a su presupuesto institucional ha fijado para financiar esta prestación por niño. Ello, en el evento en que, además, la JUNJI certifique que en la ciudad respectiva no existen salas cunas que otorguen atención domiciliaria.

Para tales efectos, el servicio empleador deberá emitir una resolución exenta autorizando este cumplimiento alternativo del derecho de que se trata, la que deberá ser remitida a esta Entidad Fiscalizadora.

De este modo, cuando el menor beneficiario de esta franquicia, presente problemas de salud debe considerarse si su condición de salud resulta compatible con los cuidados que otorga una sala cuna, en cualquiera de las modalidades en que se presta este servicio.



Así, si el estado de salud del menor es compatible con los cuidados que provee una sala cuna, pero por disposición médica debe permanecer en su casa, por encontrarse aquejado de una enfermedad, la entidad empleadora podrá celebrar un convenio con una sala cuna que otorgue atención domiciliaria, en los términos revisados. En cambio, cuando la condición de salud permanente del hijo de la funcionaria sea de tal gravedad que no requiera de los cuidados propios de una sala cuna, sino que de atención de salud especial, corresponderá que la repartición que deba cumplir esta obligación, la solucione a través de un medio equivalente, bajo las exigencias a que se ha hecho referencia.

5. Agregación realizada al inciso primero del artículo 14.

El artículo 14 del Reglamento establece que, *“El becario tendrá derecho al feriado que corresponde a los profesionales funcionarios afectados a la ley N° 15.076. Sin perjuicio de lo anterior, el becario no podrá acumular períodos del feriado legal referido.”*

El artículo 102 del Estatuto Administrativo establece que: *“Se entiende por feriado el descanso a que tiene derecho el funcionario, con el goce de todas las remuneraciones durante el tiempo y bajo las condiciones que más adelante se establecen.”*

Cabe destacar que el feriado sólo aprovecha a quienes tiene la condición de funcionarios públicos y mientras la mantengan, esto implica que si sus funciones expiraron o terminó su desempeño, sin haber gozado del feriado, dicho funcionario no podrá reclamar el derecho a hacer uso de él ni exigir su compensación pecuniariamente.

De esta forma, excepcionalmente, se tuvo que establecer en el Reglamento una norma que de manera expresa confiriera este derecho a los becarios.

Ahora bien, para entender a qué se refiere la norma con “acumulación del feriado”, debemos remitirnos al Decreto Supremo N° 110, de 1963, del Ministerio de Salud, que fija el Reglamento de la ley N° 15.076. Así las cosas, el artículo 27 del mencionado Decreto indica: *“El profesional que desee acumular su feriado devengado al del año siguiente o siguientes, en los casos a que se refiere el inciso 1° del artículo 27° de la ley, lo hará presente por escrito al solicitar la acumulación. En todo caso, cuando se trate de*



acumular el feriado a que se refiere el artículo 26° de la ley, el profesional deberá fundamentar su solicitud."

Así las cosas, el artículo recientemente mencionado, refiere al artículo 27 de la ley 15.076, actualmente el 24 (considerando que el Reglamento es del año '63, no se refundió con la ley) que señala que los feriados son de uso obligatorio y podrán acumularse sólo para realizar cursos o estudios de perfeccionamiento en el país o en el extranjero. El inciso segundo de la disposición anotada establece que, Si las necesidades del Servicio impidieren a un profesional funcionario el uso del feriado durante el año correspondiente, sea total o parcialmente, tendrá no obstante, el derecho a gozarlo o a completarlo el año siguiente.

Las anotadas hipótesis legales, no son aplicables a los becarios, en razón de que, en efecto, no requieren hacer cursos de perfeccionamiento—ya están en uno—y, además, al no ejercer un cargo o empleo, no pueden estar llamados a cubrir las necesidades del servicio, sino que, solamente estar en pos al programa de formación de manera estricta.

6. Modificación al inciso primero del artículo 15 del Reglamento.—

Se hace presente que, como es sabido, el becario tiene derecho a hacer uso de licencia médica, gozando del descanso por enfermedad y todos los beneficios pecuniarios que ello conlleva, es decir, el recibir un subsidio y el pago íntegro de sus cotizaciones previsionales.

La norma se ajusta a lo dispuesto en el Decreto 3, de 1984, del Ministerio de Salud.

Para una acertada inteligencia, debemos considerar que, una licencia médica es el derecho que tiene el trabajador (en este caso, el becario) de ausentarse o reducir su jornada, durante un determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona, en adelante "el o los profesionales", según corresponda, reconocida por su empleador en su caso, y autorizada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, en adelante "Compin", de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, en adelante "Seremi", que corresponda o Institución de Salud Previsional según corresponda, durante cuya vigencia podrá gozar de subsidio de incapacidad laboral con cargo



a la entidad de previsión, institución o fondo especial respectivo, o de la remuneración regular de su trabajo o de ambas en la proporción que corresponda.

La agregación señala **“remitirla, dentro de los plazos legales, a la Dirección del Servicio de Salud que corresponda y comunicar a los Directores del campo clínico y del Centro formador.”**

En consecuencia, como la relación se mantiene con la administración del Estado, debe estarse a lo dispuesto en el 11 del Decreto 3 ya enunciado, que indica: *“Tratándose de trabajadores dependientes, el formulario de licencia, con la certificación médica extendida en la forma señalada en los artículos precedentes, deberá ser presentado al empleador dentro del plazo de dos días hábiles, en el caso de trabajadores del sector privado y tres días hábiles, respecto de trabajadores del sector público, en ambos casos, contados desde la fecha de iniciación de la licencia médica.”*

Por lo tanto, el plazo legal para remitir la licencia médica al Servicio de Salud, será de 3 días hábiles contados desde la fecha de iniciación de la licencia. Se hace presente que los días sábados, domingos y demás festivos, no cuentan para efectos de este plazo. Sin embargo, no debe confundirse esa circunstancia con el hecho de que la duración de reposo es de días corridos, por lo que, en tal caso sí se cuentan los mencionados días.

Es importante hacer esta aclaración, en razón de que si no se presenta la licencia dentro de los plazos legales, puede ser rechazada y puede generar problemas por ausentismo al programa cuya justificación se tornará discutible.

Además, se hace presente que no es necesario que el becario sea quien personalmente tenga que ir a presentar la licencia, puede remitirla con un tercero, pero debe asegurarse que el Servicio le entregue el comprobante de recepción.

Se recomienda, sacar copia de la licencia, ya que, es el becario quien debe franquear la remisión de la información a la Universidad y al campo clínico en el que se desempeña, pues, en estos últimos deberá arbitrar posteriormente la recuperación del programa.



7. Agregación del inciso segundo del artículo 17 del Reglamento.

Conviene puntualizar, que el artículo 17 se refiere al periodo asistencial obligatorio que deben ejecutar los becarios una vez terminada la formación.

Se advirtió en la realidad que, gran parte de los profesionales que debían realizar su periodo asistencial obligatorio en zonas extremas pedían el traslado del lugar donde debían ejercer este último o, no lo completaban, o no postulaban a los cupos relativos a esos Servicios de Salud, de forma tal que se consideró como una forma de incentivar la toma de esos cupos, el establecer un tiempo menor de duración de la obligación.

Así las cosas se señalan ***“Excepcionalmente, para zonas geográficas o niveles de atención donde exista una especial necesidad de especialistas, la Subsecretaría de Redes Asistenciales, en el mismo acto que aprueba las bases de selección del concurso para el otorgamiento de las becas, podrá definir un periodo de devolución asistencial menor al citado en el inciso anterior. Asimismo, podrá definir un periodo menor para especialidades que sean declaradas en falencia. Con todo, tales periodos en ningún caso podrán ser inferiores al tiempo de formación.”***

Se hace presente que se ha entregado la facultad plena de definir esta situación, a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, de forma tal que, esta es la única que de oficio, puede dictar el acto administrativo debidamente motivado o fundado, para determinar un periodo asistencial obligatorio menor, lo cual, se hace en el acto de definir las bases del concurso.

8. Modificación del artículo 18 del Reglamento.

Se reemplazó el antiguo numeral 2° por lo siguiente: ***“Podrán postular a estas becas para acceder a programas de especialización:***

2°.- Los profesionales con más de cuatro y menos de seis años de ejercicio profesional. Si se tratare de profesionales titulados fuera del país, el plazo se contará desde la fecha en la que dicho título ha sido revalidado en Chile.”

Se eliminó la exigencia de edad máxima para postular a programas de formación, sin embargo, se establece tiempo máximo y mínimo de ejercicio



profesional, no distinguiendo si dicho ejercicio profesional se ha realizado en el sector público o privado de salud.

Llama la atención la redacción de la norma, pues, la regla es que se computa el plazo de ejercicio profesional, es decir, que efectivamente el médico haya trabajado en el ejercicio de la medicina. Entendemos, por el sentido de la norma, que no basta que el médico titulado en el extranjero revalide el título, sino que, además, debe ejercer profesionalmente la medicina en Chile para poder postular, no computándose el tiempo trabajado en un país foráneo.

9. Modificación del artículo 19.

El artículo 19 establece el deber del becario suscribir un convenio con la Subsecretaría de Redes Asistenciales o con el respectivo Director del Servicio de Salud, en el que constarán sus derechos y obligaciones.

Se agrega el inciso segundo que indica: ***“Durante el primer mes de iniciada la beca, la Subsecretaría de Redes Asistenciales o la Dirección del Servicio de Salud, según corresponda, aprobará mediante resolución el convenio antes mencionado, el cual, contendrá además, el programa de formación y señalará expresamente los periodos que desempeñará en sistema de turnos.”***

Es destacable que se haya impuesto a la Subsecretaría o al Servicio el aprobar dentro de un plazo determinado el convenio, pues, en la práctica pasan años, incluso los tres para recién exigir a los becarios la firma del convenio so pena de, a esas alturas, inhabilitarlos. Es más, incluso actualmente, hay médicos terminando el periodo asistencial obligatoria y recién les hacen firmar las escrituras a esas alturas para regularizar la situación.

En ese entendido, nos parece un buen avance el hecho de que se fije un plazo para que las Direcciones de Servicio o la Subsecretaría deba aprobar los convenios.



10. Modificación al artículo 21.

Resulta interesante este artículo, por cuanto regula la jornada en la que debe realizarse el Periodo Asistencial Obligatorio.

Hasta antes de la modificación del reglamento, el periodo asistencial obligatorio debía realizarse en jornada completa, la cual, conforme al primer inciso del artículo 12 de la ley 15.076, es de 44 horas semanales.

Así las cosas, se hace presente que, que la única posibilidad de reducir la jornada de desempeño en el ejercicio de esta obligación, era que se asumiera otro cargo público compatible, y el límite era de 22 horas.

Ahora, con la modificación, si bien, aun rige el límite de reducción de hasta 22 horas semanales, sí se agrega una alternativa, a saber, el hecho de que el ex becario pueda solicitar la reducción, sin necesidad de asumir otro cargo y extender proporcionalmente el periodo de desempeño obligatorio. Esto opera, de acuerdo a la normativa de la siguiente forma:

a) Es a solicitud de parte: de acuerdo a la regla, el médico es quien solicitará al **Director del Servicio** (no del Hospital CESFAM, etc.), por escrito, la reducción de horario y extensión del Periodo Asistencial. Para ello, debe fundamentar su solicitud, pues, ante todo, debe conciliarse su solicitud con el interés general, más que el particular, atendiendo al principio de probidad administrativa, de forma tal que, no puede ser una razón meramente personal, sino de aquellas que justifiquen el cambio y que no quede más alternativa que ejecutar la obligación bajo ese modo.

b) Es discrecional del Director del Servicio: el Director debe resolver ajustado a derecho, revisar los antecedentes, y su decisión, positiva o negativa, siempre debe estar fundada, atendiendo al principio de imparcialidad de los procedimientos administrativos, que exigen siempre exponer las razones de hecho y de derecho en que se funda una decisión de la autoridad. Ahora bien, se hace presente que no es obligatorio para el Director, es decir, no por el hecho de que el ex becario haga la solicitud, deba necesariamente accederse a ella, por lo que, no se constituye con esta modificación un derecho para el profesional, sino que, una facultad para la Administración.



c) Además, debe tenerse presente que debe observarse siempre las necesidades del servicio, si éstas son tales, que no es posible acceder a la solicitud, puede denegarse. Por ello, es importante que el profesional funcionario, al momento de pedir la reducción de horario y extensión del tiempo de devolución, debe tener presente las condiciones en las que se desempeña, las necesidades de los usuarios, entre otros.

11. Modificación al artículo 24.

El anterior inciso primero del artículo 24 del Reglamento, establecía que podía ponerse término a la beca, inhabilitar y cobrar la totalidad de la garantía constituida por el becario, al incumplir "cualquier deber en el programa de formación", de forma tal que, la norma daba a luz a las mayores arbitrariedades y medidas desproporcionadas por parte de los Encargados de Formación de los servicios, que presionaban a los becarios para aceptar cualquier condición, so pena de sancionarlos. Por ejemplo, médicos que debían firmar los convenios, al no estar de acuerdo con una de las cláusulas escritas en los mismos, se oponían y buscaban su modificación. Los Servicios de Salud, negaban tal modificación, y presionaban a los médicos para firmar la escritura. Frente a ello, se les exigía sin más la firma y, pese a estar en desacuerdos, finalmente el médico terminaba suscribiendo el instrumento, por cuanto, le llegaban correos amenazándolos con que serían inhabilitados y les cobrarían toda la multa, si no cumplían con el deber de firmar. Esto, resulta una solución práctica y genera una mayor igualdad de condiciones al momento de negociar y revisar que los convenios se ajusten a la ley.

Por otro lado, esta modificación, se concilia con el artículo 25 del Reglamento, el cual, establece sanciones y reembolsos, sólo en casos calificados y no por cualquier incumplimiento, sin más.

12. Modificación al artículo 25 del Reglamento.

Esta creemos, es una de las modificaciones más importantes que ha sufrido el Decreto Supremo N° 507, al responder a un clamor que desde hace ya un par de años se estaba realizando, en torno al principio de proporcionalidad reconocido en la aplicación de sanciones administrativas, cuestión que se



encuentra ampliamente aceptada en nuestra jurisprudencia y que, resulta un gran avance que se plasme en las normas legales y reglamentarias.

El nuevo artículo 25, distingue diversas situaciones que nosotros mismos ya veníamos alegando, pues, no podemos sancionar con el mismo rigor a quien lamentablemente no puede aprobar un programa de formación, frente a aquel que habiéndolo completado, no se presenta a cumplir su periodo asistencial obligatorio, dejando a la red asistencial desprovista de sus servicios, sin justificación suficiente.

Lo primero que debemos destacar, es que creemos que el inciso primero del artículo 25 que señala **“No habrá obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo cuando él o ella no cumpla con su programa de especialización o éste termine anticipadamente.”**

Resulta evidente, porque nadie puede estar obligado a lo imposible de ejecutar. Pero además, porque resulta ser que el artículo 12 de la ley 19.664, establece que, el profesional tiene la obligación de hacer el periodo asistencial obligatorio y que el incumplimiento de “esa obligación” implica la sanción, de forma tal que, la modificación reglamentaria anotada, aclara un tema obvio, pero además, se concilia de mejor manera con la ley.

Visto lo anterior, veamos las distintas hipótesis que contempla el artículo:

- a) Renuncia del Becario;**
- b) Eliminación por rendimiento;**
- c) Eliminación por incumplimiento de las normas del centro formador;**
- d) Eliminación por falta de aptitudes requeridas para continuar con el programa.**

Analícemos cada una de ellas:

1.- Renuncia del Becario.

Una definición que se ajusta al contexto que nos encontramos desarrollando, es la del Estatuto Administrativo que establece que, “La



renuncia es el acto en virtud del cual el funcionario manifiesta a la autoridad que lo nombró la voluntad de hacer dejación de su cargo."

En ese entendido, podríamos decir que, la renuncia del becario es el acto en virtud del cual, éste manifiesta al Centro Formador, su decisión de no continuar asistiendo al programa de formación, haciendo dejación de su calidad de alumno regular.

Ni la ley ni el reglamento regulan el procedimiento que debe seguirse ante la renuncia del becario, sin embargo, para ello, sólo que debe ser presentada ante la Subsecretaría de Redes Asistenciales o Dirección del Servicio, según corresponda. Así las cosas, obviamente, la renuncia debe ser por escrito y presentarse en la oficina de partes del órgano de la administración respectivo, dirigida a la superioridad del Servicio.

Por su parte, se recomienda fundar la renuncia, no decir solamente que se debe a problemas personales, como suele hacerse en algunos casos, pues, ello no dará lugar a discutir la culpabilidad o no en la acción cometida.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de acceder a otro programa de formación, después de renunciar, antiguamente, sólo podía hacerse si el becario presentaba esa renuncia dentro de los 30 días posteriores al inicio de la beca. Ahora, se amplió la posibilidad y el tiempo para renunciar, manifestándose en la norma ***"El becario que renuncie a su programa de especialización podrá volver a postular a un nuevo programa siempre que haya presentado su renuncia antes del inicio del tercer semestre."***

Por último, la regla general, es que la renuncia del becario implique la obligación de restituir los fondos desembolsados para su formación. En ese entendido, de acuerdo al inciso segundo del artículo 25 se establece que debe reembolsar:

- a) gastos con motivo de ejecución del programa: incluyendo aranceles, matrículas y estipendios;
- b) gastos derivados del incumplimiento (un tercio de los gastos con motivo de ejecución del programa; y
- c) todo lo anterior, incrementado en un cincuenta por ciento.

La diferencia con la antigua reglamentación, es que en estos casos, todo el cálculo se hará en razón de lo que efectivamente se gastó, es decir, si el



becario estuvo un año, será un arancel, una matrícula y doce estipendios, la base de cálculo de todo lo anterior.

No se inhabilitará al profesional.

No es renuncia durante el periodo asistencial obligatorio.

2. Eliminación de la beca, por rendimiento, por incumplimiento de las normas del centro formador o por falta de aptitudes.

Queda a criterio del Centro Formador, de acuerdo a su normativa interna evaluar estos aspectos y, en casos de que el becario no cumpla con los supuestos impuestos por el mismo, debe ser eliminado. El centro formador se limitará a informar dicha expulsión al director del Servicio de Salud o a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, según corresponda.

Con el mérito de ese informe, el Director o Subsecretario, deberá dar inicio a un procedimiento administrativo, conforme a las normas de la ley 19.880, con el fin de esclarecer la veracidad de los hechos, a saber, conocer los reales motivos de la eliminación y dar lugar al profesional para que ejerza su derecho a defensa, de forma tal que, así, legalmente dicte un acto terminal ordenando el reembolso en los 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 tiene obligación de ejecutar este compromiso, de acuerdo a las razones que ya se han explicado.

Sin embargo, aquellos médicos que completen su etapa formativa y, con ello, se hace actualmente exigible la obligación de realizar un periodo



asistencial obligatorio, de forma tal que, su incumplimiento en cualquier momento acarreará como consecuencia, la ejecución de la totalidad de reembolsos y garantía constituida y, además, será inhabilitado por hasta seis años para acceder a la Administración del Estado, es decir, respecto de ellos, se mantiene como siempre, las sanciones administrativas.

Se hace presente que, el periodo asistencial obligatorio debe ejecutarse sin interrupción alguna y, aunque se esté, por ejemplo, en el quinto año del mismo y se incumple, la sanción será la misma que la que se aplique a aquel que no se presentó a cumplirlo jamás, pues, la modalidad de la obligación es de ejecución completa, es decir, no se entiende cumplida sino, hasta que se haya llegado al doble del tiempo de la formación, no admitiéndose cumplimientos parciales.

9. Explica retroactividad de las modificaciones reglamentarias más importantes, al decreto supremo n° 507, de 1990, del ministerio de salud.

En ese entendido, procederemos a revisar si las principales modificaciones operan con efecto retroactivo:

A.- Normas que rigen hacia el futuro, pero que se aplican a todos los becarios y profesionales en PAO, pues, no distinguen.

1.- Artículo 6. Establece la posibilidad de que la beca (no el periodo asistencial obligatorio) pueda interrumpirse por resolución de la Subsecretaría de Redes Asistenciales o el Director del Servicio de Salud, según corresponda, previa solicitud fundada del becario y la autorización formal del Centro Formador.

2.- Numeral 2° del artículo 18. Elimina el requisito de edad y establece que pueden postular a las becas, los profesionales con más de cuatro y menos de seis años de ejercicio profesional.

3.- Artículo 19. Se agrega el deber de que se apruebe el convenio para la formación y que contenga el programa y los periodos en que deben hacerse turnos.

4.- Artículo 13. Reconoce el derecho para los becarios y las becarias, para acceder al beneficio de sala cuna, siempre que la beca sea financiada por el Ministerio o algún Servicio de Salud.



5.- Artículo 21. Establece que el periodo asistencial obligatorio debe hacerse en jornada completa, pero que la jornada puede reducirse hasta 22 horas, siempre que el profesional asuma otro cargo público. Ahora bien, se agregó que también esta jornada puede reducirse hasta 22 horas, sin necesidad de que se asuma otro cargo público, pero extendiendo proporcionalmente el PAO, atendiendo las necesidades del Servicio.

Aquí, no es necesario preguntarse si las normas operan o no con efecto retroactiva, porque la posibilidad de pedir la interrupción de la beca, los requisitos para ingresar a becas, el deber establecido en el artículo 19, son situaciones futuras que deben quedar encasilladas bajo el alero de la nueva normativa.

En relación al artículo 21, se había señalado que sólo regiría para el futuro en el sentido de que no sería aplicable a los profesionales que iniciado su periodo asistencial obligatorio antes de la modificación reglamentaria, situación que no tiene asidero alguno, porque la norma no hace distinción y, el profesional puede pedir en cualquier momento de ejecución del PAO, el cambio de modalidad. Por ejemplo, si hoy hay un profesional que le queda un año para devolver, no hay nada que le prohíba el pedir reducir su jornada a 22 horas y en vez de uno, devolver dos años, siempre considerando, en todo caso, que es una facultad del Director, atendiendo las necesidades de su Servicio, acceder a esta solicitud.

B.- Los preceptos que establecen beneficios especiales para los interesados, sí operan con efecto retroactivo, conforme al artículo 52 de la ley 19.880.

1.- Artículo 12. Considera como útil el tiempo desempeñado como becario para efectos de computar el plazo para el beneficio de guardia nocturna, siempre que la beca sea financiada por el Ministerio o algún Servicio de Salud.

Esta norma especial, si bien, ya estaba en la ley 15.076, si opera con efecto retroactivo para situaciones anteriores, es decir, para aquellos que antes de la modificación hizo la beca y ahora quieren postular al beneficio de liberación de guardia nocturna, por ser una norma más beneficiosa para los interesados.



C.- Preceptos que establecen las sanciones por renuncia, mal rendimiento académico, sí operan con efecto retroactivo.

El nuevo artículo 25, distingue diversas situaciones. Lo primero que debemos destacar, es que creemos que el inciso primero del artículo 25 que señala *“No habrá obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo cuando él o ella no cumpla con su programa de especialización o éste termine anticipadamente.”*

Resulta evidente, porque nadie puede estar obligado a lo imposible de ejecutar. Pero además, porque resulta ser que el artículo 12 de la ley 19.664, establece que, el profesional tiene la obligación de hacer el periodo asistencial obligatorio y que el incumplimiento de “esa obligación” implica la sanción, de forma tal que, la modificación reglamentaria anotada, aclara un tema obvio, pero además, se concilia de mejor manera con la ley.

Visto lo anterior, veamos las distintas 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.

Analícemos cada una de ellas:

1. —Renuncia del Becario.

En cuanto a la posibilidad de acceder a otro programa de formación, después de renunciar, antiguamente, sólo podía hacerse si el becario presentaba esa renuncia dentro de los 30 días posteriores al inicio de la beca. Ahora, se amplió la posibilidad y el tiempo para renunciar, manifestándose en la norma *“El becario que renuncie a su programa de especialización podrá volver a postular a un nuevo programa siempre que haya presentado su renuncia antes del inicio del tercer semestre.”*

Por último, la regla general, es que la renuncia del becario implique la obligación de restituir los fondos desembolsados para su formación. En ese



entendido, de acuerdo al inciso segundo del artículo 25 se establece que debe reembolsar:

- a) gastos con motivo de ejecución del 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 el programa. Los demás, no.

No se inhabilitará al profesional.



¿Por qué debe operar con efecto retroactivo?

En primer lugar, debemos destacar que el “operar con efecto retroactivo”, implica que aquellos profesionales que fueron sancionados por resoluciones anteriores (con inhabilitación y cobro total de la multa), y cuyas sanciones no han sido ejecutadas o se encuentran en vías de ejecución, pueden verse beneficiados por las reglas señaladas precedentemente.

Visto lo anterior, debemos destacar:

1°.- Sobre el particular, el artículo 3° de la ley 19.880, aplicable a la materia por disposición del artículo 2° del mismo texto legal, establece que: *“Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.*

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia.”

2°.- El Decreto supremo N° 507, efectivamente resulta ser un acto administrativo, como asimismo el que lo modifica.

3°.- Que, como acto administrativo y al no existir otra norma que establezca lo contrario, necesario es hacer presente que el artículo 52 de la ley 19.880 establece que *“Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.”* Así las cosas, tratándose de derecho administrativo sancionador, se debe tener en cuenta el *principio pro reo*, es decir, al haberse establecido una sanción más favorable, debe aplicarse ésta frente a la que antiguamente se pretendía.

4°.- Que, luego, debe estimarse que el acto administrativo en comento sólo establece que debe reembolsarse los gastos de formación en proporción a lo que se alcanzó a formar el profesional.



5°.- El artículo 61 de la ley 19.880 establece que, los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado. Dogmáticamente la revocación se concreta en una resolución administrativa destinada a poner término a los efectos jurídicos producidos por un acto administrativo regular, cuando la Administración estima conveniente hacerlo cesar por exigirlo el interés general. De este modo, la clave de la potestad revocatoria estriba en la tensión que se origina entre el interés público que exige la modificación de una situación jurídica existente y la seguridad jurídica del particular sobre la mantención de su statu quo intangible, derivado de la regularidad jurídica del acto administrativo que se pretende revocar.

6°.- Nuestra jurisprudencia judicial entiende la potestad revocatoria como aquella destinada a derogar o dejar sin efecto un acto administrativo por razones de mérito, oportunidad o conveniencia: "(...) ante nuevos escenarios fácticos o necesidades públicas cambiantes, aparece razonable dotar a la Administración de una especial potestad revocatoria que sea de su exclusiva y discrecional competencia, a fin de eliminar los efectos inconvenientes o inoportunos de un acto administrativo" (Corte Suprema, 23 de junio de 2011, Rol N° 6379-2011).

7°.- Que el motivo o causa de la revocación dice relación con la inconveniencia, inoportunidad o carencia de mérito de los efectos jurídicos derivados de un acto administrativo válido respecto del interés público, es decir, el resultado de una nueva apreciación sobre una determinada situación que tiene como conclusión una inadecuación de la misma con el interés público. Ello es consecuencia de un juicio realizado hoy sobre lo que se produjo antes, determinando que la decisión tomada antaño no conviene en la actualidad a los intereses administrativos.

8°.- De esta forma, conviene puntualizar que, los cambios que implica el reglamento consisten, primero, en establecer que los becarios que, entre otros aspectos, son eliminados de los programas de formación o renuncian, no tienen obligación de realizar un periodo asistencial obligatorio, se omitió para ellos la sanción de inhabilitación y el pago total de la garantía constituida, pasando a solventar solamente los gastos efectivos de la formación.



Por esta razón, es procedente, a la luz de la nueva normativa que puede operar retroactivamente y deben revocarse las sanciones que, como se indicó, se encuentran en plena ejecución, pues, es más beneficioso para los interesados.

10. Becas FOREAPS O FOREBAS

En Octubre del año 2013, la contraloría General de la República, mediante el Dictamen N° 65651N13, referido a este programa de especialización, señaló respecto de FOREBAS que: *“no se ajusta a la normativa legal que regula la materia...y...deberá arbitrar las medidas para que no se efectúen nuevas convocatorias a este programa de formación en tanto no se regularice su modalidad de desarrollo...”* Es decir, ya se gestaba desde hace tiempo cuestionamientos hacia este programa de formación, en cuanto a su duración, personas que podían postular y tiempo de devolución.

Estas becas contemplaban un programa de especialización de seis años o cuatro años, en donde se destinaba cierta cantidad de horas para realizar la formación y otras para realizar inmediatamente la práctica asistencial obligatoria, de manera que, completados los seis años, los médicos beneficiados no tendrían que continuar el ejercicio del periodo asistencial obligatorio.

Para mejor entendimiento, debe tenerse en consideración que el objetivo general del programa de especialización en cuestión, contemplaba, en definitiva, que los profesionales contribuyan a mejorar la resolutiveidad de los establecimientos del nivel primario de atención de salud, fortaleciendo además la interacción entre los Componentes del sistema público de atención y la vinculación social de las Facultades de Medicina y de los hospitales con la comunidad.

Ahora bien, debe tenerse presente, que conforme a los lineamientos planteados en el concurso público FOREAPS, se estableció que la ejecución de los periodos asistenciales se efectuaría en centros de salud de atención primaria de salud. Por su parte, se estableció que la Escuela de Postgrado de cada facultad participante propone la periodicidad y fechas de los intercambios, entre el Hospital y Consultorio, de acuerdo a las respectivas



realidades, para la mejor implementación posible del programa en sus componentes académicos y asistenciales. Así las cosas, el tiempo dedicado al consultorio debe ser considerado como una actividad docente-asistencial, esencial en el plan de especialización: del total de 44 horas semanales de contrato, el tiempo destinado en los consultorios a labores asistenciales directas corresponderá a 22 horas semanales, con un rendimiento de 4 consultas por hora en medicina interna. Las restantes 22 horas se distribuirán en 11 horas para actividades de promoción y prevención de salud; visitas domiciliarias; y 11 horas de actividades académicas de formación clínica y en Salud Pública, actividades administrativas, de trabajo con los tutores, de capacitación del equipo de salud y de investigación y estudios.

Como vemos entonces, contemplando todo ese programa de horas, se terminaba la beca y nada había que “devolver”.

Sin embargo, la Contraloría General de la República intervino, ante la consulta de un médico en la Región de la Araucanía y desestimó la posibilidad de que haciendo los seis años de formación se entendía todo cumplido, ordenando, en definitiva, que los médicos debían completar, además, tres años adicionales de “periodo de práctica asistencial obligatoria”, para completar los presupuestos legales. Todo se suscita con Dictamen de la CGR 65651 de 2013 que reza:

“La Contraloría Regional de La Araucanía ha remitido a esta Sede Central la presentación de doña XXXXXX y don XXXXX, participantes del “Programa de Formación de Médicos Especialistas en la Atención Primaria en el Sistema Público de Atención de Salud”, por medio de la cual consultan sobre la procedencia de hacerles exigibles el deber de realizar un periodo asistencial de tres años de duración al finalizar la etapa de formación, que fue incorporado con posterioridad a su ingreso en calidad de becarios.

Requerido su informe, el Servicio de Salud Araucanía Sur manifestó que se solicitó a los profesionales que habían accedido a dicho plan de perfeccionamiento en el año 2012, la modificación de los convenios celebrados por ellos con dicha repartición, a fin de incluir la obligación que ahora cuestionan, por cuanto ella se encuentra contemplada en la resolución exenta N° 563, de 23 de mayo de 2012,



del Ministerio de Salud, que aprobó el programa al que se han adscrito los reclamantes.

Por su parte, esa Secretaría de Estado señaló que si bien la exigencia de que se trata se añadió a través del anotado acto administrativo - dictado luego del ingreso de los interesados a la referida especialización-, ésta se encontraba establecida en normas vigentes con anterioridad a la creación de ese plan de estudios, como son las disposiciones de la ley N° 19.664 y del decreto N° 507, de 1990, de esa cartera, que cita.

Asimismo, el Ministerio reconoce que en la implementación del plan al que se refiere la consulta, no se observó lo dispuesto por el artículo 11 de la recién citada ley, en orden a que quienes accedan a programas de especialización deben haberse desempeñado previamente durante tres años en el nivel primario de atención, señalando que considera que dicho error no puede devenir en fuente adicional de provecho para los recurrentes, liberándolos de la obligación de desempeño posterior a la beca que le impone el ordenamiento jurídico, a pesar de que ésta no se encontraba formalmente incorporada al programa, ni a los convenios que suscribieron para su cumplimiento.

Finalmente, expresa que la mencionada iniciativa ha tenido un impacto positivo en el nivel de atención primaria de salud, pues no sólo produjo ahorros y múltiples externalidades positivas en el buen uso de recursos humanos y materiales disponibles en los niveles de mayor complejidad de atención que la red de establecimientos públicos puede ofrecer a su población usuaria, sino que, además, permitió poner en ejecución un mecanismo de atracción eficaz para que los médicos optaran por desempeñarse en ese nivel, pudiendo de esa manera proveer de atención en áreas de especialidad que no existían antes de su implementación.

Al respecto, cabe considerar que por medio de la resolución exenta N° 57, de 2011, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, se aprobó el Programa de Formación de Médicos Especialistas en la Atención Primaria en el Sistema Público de Atención de Salud, al amparo del



cual los peticionarios fueron seleccionados para cursar sus respectivas becas.

Éste previó, en lo medular, que, para su implementación, los servicios de salud suscribirían convenios con los municipios de conformidad al artículo 23, letra l), del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y contratarían profesionales en la etapa de destinación y formación, con jornadas de 44 horas semanales y remuneraciones de la ley N° 19.664, quienes se desempeñarían en atención primaria de salud y alternadamente desarrollarían sus periodos de formación, combinándolos en partes iguales, durante un periodo igual a seis años, sin que se alterase el programa académico con respecto a su diseño en tiempo completo, esto es, durante tres años y no estableciendo otro requisito de postulación que el tener la calidad de médico, preferentemente recién egresado.

A su turno, la resolución exenta N° 563, de 2012, del Ministerio de Salud, dictada, como se adelantó, con fecha 23 de mayo de dicha anualidad, aprobó un nuevo programa de formación en la materia, en el cual se contempla, además de las condiciones mencionadas anteriormente, que finalizada la etapa de formación, los profesionales ingresados al programa a contar del año 2012 deberían cumplir con una fase de período asistencial obligatorio (PAO) de tres años de duración, prioritariamente en alguno de los centros asistenciales del Servicio de Salud al que pertenecen.

Sobre la materia, es útil expresar que la letra l) del artículo 23 del anotado decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, confiere al Director de los Servicios de Salud, la facultad de celebrar convenios con las respectivas municipalidades para contratar profesionales funcionarios en la etapa de destinación y formación, con desempeño en establecimientos de atención primaria de salud municipal.

A su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la ley N° 19.664, los profesionales funcionarios de la etapa de destinación y formación que no han ingresado como resultado del proceso de selección contemplado en el artículo 8° del mismo texto legal, podrán acceder a programas de perfeccionamiento o especialización que ofrezcan los Servicios de Salud o el Ministerio, en los términos



establecidos en el artículo 43 de la ley N° 15.076, siendo necesario, para acceder a ellos, haberse desempeñado en el nivel primario de atención en uno o más Servicios de Salud o en establecimientos de salud municipal, por un lapso no inferior a tres años.

De otro lado, el inciso primero del referido artículo 43 de la ley N° 15.076 previene, en lo pertinente, que los Servicios de Salud y las Universidades del Estado o reconocidas por éste podrán otorgar becas destinadas al perfeccionamiento de una especialidad médica, dental, químico farmacéutica o bioquímica. Añade su inciso segundo, en lo que interesa, que la duración de las becas no podrá ser inferior a uno ni superior a tres años.

Luego, el artículo 17 del decreto N° 507, de 1990, del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento de becarios de la referida ley N° 15.076, preceptúa que el término de la beca implica el compromiso u obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial, a continuación del período formativo, en calidad de funcionario, en algún establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, por un lapso igual al doble del de la duración de la beca.

En el mismo orden de ideas, el artículo 18 del decreto N° 91, de 2001, del Ministerio de Salud, Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización a que se refiere la ley N° 19.664, dispone que los profesionales funcionarios que no han ingresado a través del proceso de selección del artículo 8° de la ley, que accedan a programas de especialización en calidad de becarios, tendrán la obligación de desempeñarse por un tiempo equivalente al doble del período de duración de los programas.

Pues bien, de la normativa citada se desprende, en concordancia con lo manifestado por ese Órgano de Control en el dictamen N° 10.864, de 2013, que el programa al que se refiere la consulta no se ajusta a la normativa legal que regula la materia, toda vez que, entre otros vicios, permite acceder a becas de especialización como profesionales funcionarios a quienes no cumplen los requisitos para ello.

Sin embargo, y dado que tales facultativos ya se encuentran cursando su especialización en tal calidad, corresponde aplicarles su estatuto



jurídico, debiendo concluirse que a tal efecto han de considerarse dentro de la categoría de aquellos que no han sido seleccionados en conformidad al artículo 8° de la ley N° 19.664, dado que no fueron sometidos al proceso que se contempla en dicho precepto, por lo que inequívocamente se encuentran sujetos a la obligación de desempeñarse por un lapso equivalente al doble que el de la duración de la beca, y que, habida consideración que a pesar de encontrarse repartido en seis años, el programa académico corresponde sólo a tres, se encuentra ajustada a derecho la exigencia de realizar un período asistencial de tres años de duración al finalizar la etapa de formación, con la cual se completa el duplo exigido por dicha normativa.

No obstante lo indicado, es dable también colegir que dicha obligación resulta aplicable no sólo a aquellos que iniciaron su especialización a partir del año 2012, como prevé el programa aprobado por la resolución exenta N° 563, del mismo año, antes referida, sino respecto de todos los que se encuentren cursando en tal calidad dicho programa de formación, cualquiera sea el año en que se hubiere iniciado.

Ahora bien, en relación con los argumentos que el Ministerio de Salud expone en abono del Programa de Formación de Médicos Especialistas en la Atención Primaria en el Sistema Público de Atención de Salud, debe recordarse que de conformidad con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los organismos públicos se encuentran sujetos al principio de juridicidad, en virtud del cual sólo pueden ejercer aquellas potestades que expresamente se les han conferido por el ordenamiento jurídico, por lo cual, las razones de mérito que se esgrimen para justificar su implementación al margen de las normas que regulan la materia, no liberan a dicha Cartera de Estado de su deber de someterse a esa preceptiva.

En razón de lo expresado, esta Entidad Fiscalizadora cumple con manifestar que el organismo reclamado deberá arbitrar las medidas para que no se efectúen nuevas convocatorias a este programa de formación en tanto no se regularice su modalidad de desarrollo.”



Como vemos, efectivamente la Contraloría impugnó la legalidad de estos programas, lo cual, en efecto es correcto si nos atenemos al estricto rigor de la ley. Sin embargo, por un tema de justicia, tampoco podemos desconocer que sería un enorme perjuicio dejar a estos médicos desprovistos de sus especializaciones en curso.

Efectivamente, tal como señala la contraloría, todo este proceso “no se ajusta a la normativa legal que regula la materia, toda vez que, entre otros vicios, permite acceder a becas de especialización como profesionales funcionarios a quienes no cumplen los requisitos para ello”, de manera tal que la autoridad, no se ha ajustado a la normativa vigente, violándose con ello lo dispuesto en el artículo 6° y 7° de la Constitución, ya vistos más arriba, razón por la cual, el acto que dio lugar a las becas FOREBAS, adolece de vicios administrativos que dan lugar a su nulidad.

Los actos administrativos adolecen del vicio de ilegalidad o violación de la ley cuando el objeto de ellos está en contradicción con las normas jurídicas a las cuales deben conformarse. Es una violación de la ley del fondo. Y una variante del vicio de ilegalidad se refiere al motivo del acto, es decir, al conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que lo justifican. A su vez esta variante puede referirse a una errada o falsa aplicación de la norma jurídica por error en la naturaleza o existencia de los elementos fácticos, y también por suposición dolosa o intencional de los elementos fácticos que debieran darse para justificar el acto.

De esa manera, el incumplimiento de las exigencias que el ordenamiento jurídico dispone para la validez de los actos administrativos implica, en definitiva, *la conculcación de dicho ordenamiento*, y en tal caso, este mismo establece sanciones para aquel incumplimiento, las cuales varían según la gravedad de la infracción.

11. Proceso De Habilitación Por Parte De Universidades:

El proceso de habilitación corresponde a una instancia de selección de médicos cirujanos para acceder a los cupos de programas de especialidades médicas, practicados por las universidades, en donde en general existe una revisión de antecedentes curriculares y académicos de



los postulantes, entrevistas personales y evaluación de aptitudes y habilidades para el ingreso al respectivo programa de formación.

Sobre el particular, conviene mencionar que con fecha 1 de diciembre de 2017, se suscribió entre la Subsecretaría de Redes Asistenciales, las Facultades de Medicina, el Colegio Médico, la agrupación de Médicos Generales de Zona y ASEMECH un protocolo de acuerdo en el cual, se indica que las universidades haciendo uso de su autonomía, podrán decidir aplicar o no, procesos de habilitación para el ingreso a la especialidad. En caso de que la entidad decida realizar el proceso, éste deberá considerar tres etapas:

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 contar en una rúbrica.

Visto lo anterior, conviene puntualizar que el artículo 1º de la ley 21.091 establece que la educación superior es un derecho, cuya provisión debe estar al alcance de todas las personas, de acuerdo a sus *capacidades* y *méritos* sin discriminaciones arbitrarias, para que puedan desarrollar sus talentos; asimismo, debe servir al interés general de la sociedad y se ejerce conforme a la Constitución, la ley y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.



Los principios que la ley establece y que deben observar las Casas de Estudio son el de *autonomía*, esto es, que el sistema reconoce y garantiza la autonomía de las instituciones de educación superior, entendida ésta como la potestad para determinar y conducir sus fines y proyectos institucionales en la dimensión académica, económica y administrativa, dentro del marco establecido por la Constitución y la ley. Asimismo, las instituciones de educación superior deben ser independientes de limitaciones a la libertad académica y de cátedra, en el marco de cada proyecto educativo, orientando su ejercicio al cumplimiento de los fines y demás principios de la educación superior, buscando la consecución del bien común y el desarrollo del país y sus regiones.

Por su parte, el artículo 11 de la referida ley 21.091, establece un sistema de acceso a las instituciones de educación superior, el cual, debe ser transparente y objetivo y debe considerar, entre otros, la diversidad de talentos, capacidades o trayectoria previa del estudiante. Ahora bien, establece la ley que *la determinación de los requisitos y criterios de admisión de cada carrera y programa de estudios para la selección de los postulantes siempre será efectuada por la institución de educación superior respectiva, de conformidad a la normativa vigente.*

De esa forma, observamos que la ley permite que las instituciones de educación superior pueden desarrollar instrumentos específicos complementarios para la admisión de sus estudiantes, los cuales, en todo caso, deben respetar los principios que rigen el sistema de acceso y no puede impedir la ejecución de instrumentos de admisión de aplicación general. Los principios que debe observar son los de no discriminación arbitraria, transparencia, objetividad y accesibilidad universal.

Ahora bien, podemos observar que estos instrumentos particulares que tienen las casas de estudios, son permitidos por el legislador expresamente por lo que su utilización y aplicación se ajusta a derecho.

No obstante lo anterior y, teniendo presente que esta clase de instrumentos nacen de la mencionada autonomía universitaria, quisiera hacer una breve reflexión sobre el concepto a la luz de la jurisprudencia.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha cumplido una función importante en la determinación del contenido de la autonomía universitaria. La línea jurisprudencial actualmente vigente en la materia está marcada por



el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional, 2.731 de 2014. Dicha sentencia, identifica los elementos nodales de la configuración actual de la autonomía universitaria. Para los efectos de lo que aquí importa, es necesario destacar sus principales argumentos:

- El TC reconoce que la autonomía universitaria no se encuentra reconocida expresamente por la Constitución, aunque se desprende de ella (c. 27);
- Tanto la libertad de enseñanza como la autonomía universitaria están destinadas a garantizar el ejercicio del derecho constitucional a la educación; por esta razón, el ámbito eventualmente objeto de protección es solo el “adecuado” para la consecución de sus fines, especialmente vinculados a la educación, razón por la cual se trata de una autonomía limitada. En definitiva, la libertad de enseñanza no sería un fin en sí misma, sino que está concebida para garantizar el derecho a la educación, razón por la cual si la autonomía se hace incompatible con el derecho a la educación, cede frente a éste (c. 14);
- Es el Legislador el órgano constitucionalmente competente para determinar la forma en que una universidad debe cumplir con el ordenamiento vigente, señalando cuales son las condiciones y deberes que debe cumplir; en el ejercicio de dicha función, el Legislador reconoce como límite el contenido esencial de la autonomía universitaria que, en conformidad con lo establecido en el art. 104 de la Ley General de Educación, radica en la autonomía académica de la universidad. Así, el ámbito de intervención que le cabe al Legislador en la regulación de la autonomía financiera y administrativa, siendo todavía limitado, es algo mayor (c. 30);
- Reconoce que la autonomía universitaria puede ejercerse en virtud de lo que la ley disponga e, incluso, en ausencia de regulación legal; pero nunca contra la ley. A juicio del Tribunal Constitucional, es evidente que la autonomía universitaria tiene límites y que estos se 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 (c. 31).



Desde tal punto de vista, esta autonomía no puede erigirse como una puerta que permita la entrada de irregularidades y arbitrariedades por parte de las universidades, de modo que, si bien, como hemos visto, pueden valerse de estos procesos de habilitación para el ingreso de estudiantes a programas de especialización, siempre que respeten los principios mencionados en este informe y no cometan violación de los derechos fundamentales en los procesos de entrevistas, como se venía haciendo hace tiempo.

Ahora bien, debe tenerse claro que no es óbice a la aplicación de estos instrumentos de selección, el concurso al que convoca el ministerio de salud mediante su subsecretaría de redes asistenciales o los servicios de salud, pues, la oposición de antecedentes tiene una finalidad distinta, en donde, en general, lo que se mide principalmente es el desempeño previo en la administración del Estado. Lo que se puede repetir es la carpeta académica del postulante, pero, ello no implica una ilegalidad.

12. Análisis De Las Modificaciones Establecidas Por Decreto 6, De 22 De agosto Del Año 2018, Del Ministerio De Salud (para comisionados de estudios)

Con fecha 22 de agosto del año 2018, se publicaron en el Diario Oficial, los Decretos N° 6 y N° 7° del Ministerio de Salud. Ambos cuerpos normativos vienen a consagrar una serie de reformas y modificaciones que intentan establecer un equilibrio entre las potestades conferidas a los distintos Servicios de Salud, y los derechos de los becarios y comisionados de estudios.

El presente capítulo intentará reproducir y explicar las modificaciones más importantes contenidas en el Decreto N° 6 del 22 de agosto del año 2018, el cual viene en modificar el Decreto N° 91, que aprueba el Reglamento sobre Acceso y Condiciones de Permanencia en Programas de Especialización a que se refiere la ley 19.664. En otras palabras, se intentará explicar las modificaciones que por el Decreto N° 6 experimentó el Reglamento N° 91, con aplicación y vigencia para los Médicos en Etapa de Destinación y Formación (EDF) de la ley N° 19.664, que acceden Programas de Perfeccionamiento a través de una comisión de servicios o de estudios.



1. DEFINICIONES: Para efectos de comprensión e interpretación adecuada del Decreto N° 91, se incorporan en el artículo 1° un nuevo inciso tercero, el cual contempla definiciones de suma relevancia que serán de utilidad para la comprensión del cuerpo normativo. Así las cosas, se otorga una definición legal a los conceptos de:

-Año Académico: Periodo de tiempo habilitado en que los centros formadores desarrollan las actividades académicas y docentes asistenciales en un programa de formación, que no necesariamente coincide con el año calendario.

-Campo Clínico: Establecimiento de salud en el cual se desarrolla parte de un programa de formación para la obtención de una especialidad.

-Centro Formador: Universidad que imparte programas de postgrado conducentes a la obtención de una especialidad.

-DFL 1, de 2001: Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2001, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.076.

-Sistema Nacional de Servicios de Salud: Organismos dependientes del Ministerio de Salud, señalados en el artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.

2. OBLIGACION DE INFORMAR: Se establece una nueva obligación para el Director del campo clínico en el cual el profesional funcionario esté desarrollando el programa de especialización, consistente en el deber de informar a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, a la Dirección del Servicio de Salud correspondiente y al centro formador respectivo, de los casos en los cuales el profesional funcionario en periodo de formación, no esté dando debido cumplimiento a las normas internas del respectivo campo clínico, para la adopción de las medidas pertinentes por parte de la autoridad. Esto pone de relieve la importancia del cumplimiento de las normas internas del campo clínico, pues de lo contrario, el incumplimiento de estas, o el incumplimiento de las normas docentes asistenciales o administrativas



por parte del profesional funcionario, pueden dar pie a que la Dirección del Servicio de Salud respectivo, ponga término a la comisión de estudios mediante resolución fundada.

3. CONTROL HORARIO: Tal como se ha podido advertir, las modificaciones del Decreto N° 6 ponen énfasis en el cumplimiento de obligaciones docente asistenciales y de obligaciones administrativas. Dentro de estas últimas se incorpora con la modificación legal del 22 de agosto de 2018, como parte integrante de dichas obligaciones administrativas, el cumplimiento estricto el nuevo inciso segundo del artículo 13 del Decreto N° 91 establece que: “ Se entenderá como parte de las obligaciones administrativas de los profesionales funcionarios, cumplir con un sistema de control horario que permita registrar y controlar su asistencia a las actividades definidas en el programa, tanto en el centro formador como en los campos clínicos donde le corresponda desempeñarse”. De esta manera, el eventual incumplimiento de la obligación administrativa del control horario se eleva a la categoría de obligación administrativa dentro del proceso de formación académica, y su incumplimiento podría llevar al término de la comisión de estudios, en conformidad a lo prescrito en el inciso primero del artículo 13° del Decreto N° 91.

4. CAUSALES DE TÉRMINO ANTICIPADO DEL PROGRAMA FORMADOR. SANCION ESPECÍFICA: Donde se innova de manera favorable para los profesionales funcionarios en Etapa de Formación, es en el reconocimiento de las denominadas causales de término anticipado del programa de formación académica. Estas causales son las siguientes

- a) Renuncia del profesional funcionario al programa de formación,
- b) Falta de aptitudes requeridas continuar con el programa de formación,
- c) Eliminación por rendimiento académico



La innovación de que introduce la reforma legal del Decreto 6 al Decreto 91 en esta materia dice relación, además de consagrar estas causales como causales legales de término anticipado de beca, con el establecimiento de una sanción única y específica y de derecho estricto aplicable a estos tres casos de término anticipado, cual es la obligación de reembolso. En este orden de ideas, el inciso primero del artículo 14° del Decreto 91 señala expresamente: “Además de la causal prevista en el artículo anterior, el programa de formación podrá terminar anticipadamente por renuncia del profesional funcionario, por falta de aptitudes requeridas para continuar con el mismo, o por eliminación a causa de rendimiento académico. **En estos casos el profesional funcionario deberá reembolsar los gastos por concepto de matrículas y aranceles que haya efectuado el Servicio de Salud por el tiempo de permanencia en el respectivo programa**”.

Esta norma zanja a favor del profesional funcionario, una situación que muchas veces era utilizada judicialmente por los distintos Servicios de Salud, cual es el cobro de la garantía por incumplimiento del programa de formación académica. En efecto, antes de la modificación del 22 de agosto del año 2018, muchos Servicios de Salud, al existir una reprobación académica del profesional funcionario (término anticipado), y de esta forma, al verse el mismo en la imposibilidad de terminar el programa y de iniciar, consecuentemente, el periodo Asistencial Obligatorio, demandaban judicialmente al profesional funcionario, solicitando al tribunal la aplicación de dos sanciones exorbitantes, a saber, la ejecución total de la cláusula de garantía contemplada en los convenios de formación académica y, por otra parte, la inhabilitación del funcionario para ejercer en el sistema público de salud por 6 años, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto N° 507, Reglamento General de Becarios, el cual establece la sanción administrativa de inhabilitación del becario a ser contratado en cualquier cargo de la Administración del Estado, hasta por un lapso de seis años; sin perjuicio de hacerse efectiva por la autoridad correspondiente la garantía, en el caso de incumplimiento del Periodo Asistencial Obligatorio. Se aplicaba el razonamiento por parte de la autoridad de que el profesional funcionario, al renunciar o ser reprobado académicamente, no podría llevar a cabo la devolución o periodo asistencial obligatorio, y de esta forma se buscaba la aplicación de la garantía y la inhabilitación por 6 años para desempeñarse laboralmente al interior del sistema público de salud.



Con la modificación del artículo 14 del Decreto N° 91, se establece expresamente que todos los casos de término anticipado de programas de formación académica (renuncia, falta de aptitudes o eliminación) tiene una única, exclusiva y excluyente sanción administrativa, cual es el reembolso o devolución del dinero efectivamente gastado o financiado por parte del Servicio de Salud respectivo, esto es: arancel y matrícula por el tiempo de permanencia en el respectivo programa por parte del profesional funcionario. No procede entonces, la aplicación de garantía ni de inhabilitación alguna en contra del comisionado.

Finalmente, en materia de renuncia, contempla el inciso final del artículo 14° el derecho a solicitar a la autoridad administrativa, la posibilidad de eximirse del pago o reembolso. ¿Cuándo? Sólo respecto de renunciaciones al programa de especialización fundadas en situaciones de salud que afecten al profesional funcionario o a alguno de sus familiares que dependan de él, y que sean incompatibles con las actividades de formación académica. ¿Ante quien se presenta esta solicitud? Esta solicitud de eximición del pago o reembolso se presenta sólo ante la Subsecretaría de Redes Asistenciales, quien fallará y determinará, caso a caso, la pertinencia y procedencia del beneficio de eximir al profesional funcionario de la obligación de reembolso.

5. **PROCEDIMIENTO DE RENUNCIA. NUEVA POSTULACIÓN A PROGRAMAS:**

Junto con establecer el detalle de las causales de término anticipado al programa de formación académica, quiso el legislador del Decreto N° 6 detenerse en regular la renuncia a los programas de formación académica, como también sus consecuencias.

En primer término, en relación con el procedimiento administrativo de renuncia, se establece expresamente por el reglamento, que el órgano competente para la recepción de las solicitudes de renuncia de cada profesional será la Subsecretaría de Redes Asistenciales o la Dirección del Servicio de Salud, según corresponda.

En segundo término, un elemento de suyo favorable para cada profesional funcionario es la consecuencia aparejada con la renuncia, cual es el hecho de que el profesional funcionario que renuncie a su programa de especialización podrá volver a postular a un nuevo programa de especialización financiado por el Ministerio de Salud, siempre que haya



presentado su renuncia antes del tercer semestre. También podrá volver a postular el funcionario declarado sin las aptitudes suficientes para continuar con el programa. Esta posibilidad de volver a postular a un nuevo programa de formación académica marca una diferencia notable, respecto de aquellos profesionales eliminados por razones académicas de los distintos programas de formación, o de quienes hayan incumplido las obligaciones administrativas o docentes asistenciales, quienes por expreso mandato legal, no podrán volver a postular a un programa de especialización que ofrezca el Servicio o el Ministerio de Salud.

6. PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO DE EXCEPCION: Finalmente, la última norma a destacar dentro de las modificaciones introducidas por el Decreto N° 6 del año 2018, fue el establecimiento de dos beneficios relacionados con el ejercicio del Periodo Asistencial Obligatorio:

A) El establecimiento de un Período Asistencial Obligatorio

Excepcional Reducido: Se consideró por parte del legislador beneficiar e incentivar al profesional funcionario que ejecute, al término de su periodo de formación, un periodo asistencial obligatorio reducido o excepcional a la regla general en cuanto a la extensión, para aquellos casos donde la devolución vaya a ser materializada en zonas geográficas niveles de atención donde exista una especial necesidad de especialistas. En efecto, prescribe el inciso segundo del artículo 18° del Decreto N° 91: *“Excepcionalmente, para zonas geográficas o niveles de atención donde exista una especial necesidad de especialistas, la Subsecretaría de Redes Asistenciales, en el mismo acto que aprueba las bases de selección del concurso para el otorgamiento de las becas, podrá definir un período de devolución asistencial menor al citado en el inciso anterior, Asimismo, podrá definir un período menor para especialidades que sean declaradas en falencia. Con todo, tales períodos en ningún caso podrán ser inferiores al tiempo de formación”*.



- B) **El derecho a solicitar de solicitar rebaja de la jornada de devolución a 22 horas semanales:** Esta segunda alternativa, corresponde a un derecho creado por la modificación legal introducida por el Decreto N° 6 del año 2018, que a su vez permite al profesional funcionario no someterse a la clásica jornada semanales de devolución de 44 horas semanales, pudiendo a partir del año 2018, solicitar la devolución en una jornada parcial de 22 horas semanales, con el consecuente aumento del periodo (años) de devolución. En este sentido, el inciso cuarto del artículo 18° del Decreto N° 91 establece que: *"Excepcionalmente, el compromiso de desempeño podrá cumplirse en jornadas de hasta 22 horas semanales, cuando el interesado asuma otro cargo público. También podrá cumplirse en jornadas de 22 horas semanales, cuando la Dirección del Servicio lo determine, a solicitud del profesional, considerando las necesidades de la red, extendiendo el periodo asistencial por el tiempo proporcional restante"*. De esta forma, como se advierte de la lectura de la norma en comento, se permite la solicitud de rebaja del funcionario al Servicio de Salud respectivo, lo cual permite mayor flexibilidad al profesional funcionario y a la propia Administración del Estado, respecto del ejercicio y ejecución del periodo de devolución.



EL PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO.

El término de la beca, implica el compromiso u obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo, dejando la calidad de becario, para adquirir la de funcionario.

Como ya anunciamos, el becario debe cumplir un Periodo Asistencial Obligatorio del doble de tiempo de duración de la beca. Generalmente, un programa de formación tiene una duración máxima de tres años, por lo que, en tal caso, el becario, deberá cumplir un compromiso de seis años.

Lugar de Cumplimiento del Periodo Asistencial Obligatorio

Debe cumplirse en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Redes Asistenciales o el Director del Servicio de Salud respectivo.

En tal circunstancia, no es vinculante para la administración del Estado cualquier cláusula que señale que el profesional debe realizar su fase asistencial en éste o aquel establecimiento, pues, de acuerdo a las facultades de la autoridad, ésta puede destinar al funcionario a donde sea necesario.

Por ejemplo, si el profesional funcionario debe devolver su beca en el Servicio de Salud de Concepción y, se pactó en el convenio de beca que el PAO se realizaría en el Hospital Regional de Concepción, el Director puede meses antes del inicio del mencionado periodo, cambiar la destinación al Hospital San José de Coronel, sin que exista derecho adquirido que reclamar.

Aviso del Lugar de Devolución.

Sí, El reglamento establece que debe avisarse el lugar de destinación del profesional, a lo menos, con seis meses de anticipación al inicio del PAO.

Sin embargo, el reglamento dice "a lo menos", por lo que el mencionado plazo no es obligatorio para el Director, pues, puede señalar el lugar de destinación incluso en un tiempo menor.



A mayor abundamiento, durante el curso del PAO, el Director fundadamente puede cambiar nuevamente el lugar de destino de sus funcionarios, quienes deben acatar de inmediato esa decisión, por ser un deber funcionario, sin perjuicio de su derecho a oponerse a esa determinación, pero la oposición no implica que el funcionario no deba acatar.

¿El PAO debe ser presencial?

Generalmente se ha consultado si parte de la jornada que deben cumplir los médicos en PAO, puede ejecutarse en horas “semipresenciales”, informando, por ejemplo, de manera remota exámenes.

Sobre el particular, cabe señalar que el término de la beca, implica el compromiso por parte del becario de efectuar una fase asistencial, a continuación del periodo formativo, por un tiempo igual al doble de su duración. Este periodo asistencial obligatorio deberá cumplirse en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Salud o el Director del Servicio de Salud correspondiente, y para tales efectos, el ex becario será contratado en jornada completa—esto es, 44 horas semanales, la que sólo podrá reducirse hasta 22 horas semanales en las hipótesis que permite el reglamento.

Ahora bien, considerando que la preceptiva que regula el periodo asistencial obligatorio que debe cumplir el ex becario, no contempla disposición alguna que permita desempeñarlo de manera “semipresencial”, cabe concluir que se está impedido de acceder a una solicitud como ésta; salvo los casos contemplados para otorgar teletrabajo producto de la pandemia actual, conforme al dictamen N°3610, de 2020, de Contraloría General de la República.

¿Cuál es la jornada que debe cumplir el funcionario en cumplimiento de su PAO?

La regla general es que, para efecto del cumplimiento del periodo asistencial obligatorio, el ex becario será contratado con jornada completa, esto es, 44 horas semanales.



¿Se puede rebajar la jornada en que se ejerce el PAO?

Sí. Excepcionalmente, la jornada puede reducirse en dos hipótesis:

1) Cuando el profesional funcionario asuma otro cargo público compatible y, en tal caso, puede rebajarse hasta 22 horas semanales. De esta forma, el profesional podría ejercer cargos:

- 22-22
- 22-28
- 33-11

2) Cuando la Dirección del Servicio lo determine, a solicitud del profesional, en atención a las necesidades de la red, extendiendo el periodo asistencia obligatorio por el tiempo proporcional restante.

¿La reducción de la jornada del PAO, opera para casos en que médicos hayan iniciado su fase asistencial con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones del Reglamento de Becarios?

Se ha cuestionado constantemente por los Servicios de Salud el hecho de que esta segunda hipótesis no operaría con efecto retroactivo, es decir, para aquellos profesionales que iniciaron su fase asistencial obligatoria con anterioridad a la publicación del Decreto N°7, de 2018, del Ministerio de Salud. De esta forma, sostienen que las solicitudes de reducción de jornada que se presentan a contar del 22 de agosto de 2018, fecha de publicación del citado decreto, deben rechazarse.

Como cuestión previa, cabe precisar que el Decreto N°507, en su redacción original disponía que, para el efecto del cumplimiento del periodo asistencial obligatorio, el ex becario será contratado en jornada completa. Esta jornada sólo podía reducirse hasta 22 horas semanales, cuando el interesado asuma otro cargo público.

Ahora bien, el decreto N°507, de 2018, del Ministerio de Salud, modificó, entre otros preceptos del Reglamento de Becarios, la norma antes señalada, que actualmente dispone: "Para el efecto del cumplimiento del periodo asistencial obligatorio a que se refieren los artículos anteriores, el ex becario



será contratado con jornada completa.” “Excepcionalmente, esta jornada podrá reducirse hasta 22 horas semanales, cuando el interesado asuma otro cargo público. También podrá reducirse la jornada, cuando la Dirección del Servicio de Salud lo determine, a solicitud del profesional, en atención a las necesidades de la red, extendiendo el periodo asistencial por el tiempo proporcional restante.”

La aludida modificación entró a regir desde su publicación en el Diario Oficial, esto es, el 22 de agosto del 2018.-,.

Asimismo es dable expresar, que la citada disposición no distingue para su aplicación entre profesionales cuyo PAO no se ha iniciado de aquellos que se encuentran desarrollándolo, por lo que es forzoso concluir que los profesionales que comenzaron a dar cumplimiento a ese deber de desempeño antes de la reseñada modificación, pueden igualmente requerir la reducción de su jornada en los términos del nuevo texto de ese precepto.

¿La reducción de la jornada a 22 horas semanales, de acuerdo al nuevo texto del artículo 21 del Reglamento de Becarios, es un derecho para el profesional?

No. La reducción de la jornada procede cuando la dirección del servicio así lo determine, a solicitud del profesional, teniendo presente las necesidades de la red, de manera que fundadamente puede rechazarse la solicitud por parte del Director del Servicio de Salud respectivo. El derecho consiste en hacer la petición, pero el acceder a ello no lo es.

¿Puede rebajarse el tiempo de duración del periodo asistencial obligatorio?

Excepcionalmente sí. Los profesionales funcionarios que no han ingresado a través del proceso de selección del artículo 8° de la ley 19.664, que acceden a programas de formación en calidad de becarios, tendrán la obligación de desempeñarse por un tiempo equivalente al doble del periodo de duración de los programas. Sin embargo, éstos podrán hacer valer para tales efectos el 50% de tiempo de permanencia en la Etapa de Destinación



y Formación del respectivo Servicio de Salud, cumplido con anterioridad al acceso a los programas.

Ahora bien, como se dijo, el ordenamiento jurídico establece expresamente el periodo que se puede hacer valer para rebajar el tiempo del correspondiente PAO, a saber, el lapso que el servidor beneficiado con el pago de su especialización ya permaneció en la propia entidad que la financió o le concedió el cupo para ello, y en la cual ha desarrollado sus labores en la apuntada etapa.

De tal modo, la normativa en examen establece que sólo se puede computar para la finalidad consultada un porcentaje de tiempo en que los interesados se desempeñaron en la EDF con anterioridad al acceso al pertinente programa de especialización en el propio servicio de salud que ha desembolsado los recursos necesarios para su realización o que le ha dado el cupo para acceder a ese beneficio.

¿Se puede interrumpir el PAO?

Excepcionalmente sí. La regla general es que no debe haber discontinuidad en el periodo comprendido entre la iniciación de la beca y el término del periodo asistencial obligatorio posterior.

La interrupción de esta continuidad sólo podrá ser autorizada por la Subsecretaría de Redes Asistenciales o por el Director del Servicio de Salud correspondiente, siempre que interesado acredite razones excepcionales o de fuerza mayor.

En este caso, se debe tener presente que el derecho consiste en pedir la interrupción, pero no a que efectivamente se acceda a ello, pues, será facultad del Director del Servicio establecer la excepcionalidad de la razón esgrimida o la fuerza mayor invocada. De esta manera, el caso fortuito o fuerza mayor debe provenir de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes y ser imprevisible, esto es, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios y corrientes; e irresistible, es decir, que no se haya podido evitar, ni aun en el evento de oponerse las defensas idóneas para lograr tal objetivo.



De ello se sigue, que un problema personal previsto, el hecho de querer realizar una nueva especialización, no han de ser razones suficientes para interrumpir el PAO, por ejemplo.

¿Cómo se garantiza el cumplimiento del PAO y de la BECA?

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del profesional, deberá constituir previamente una garantía equivalente al total de los gastos que se originen con motivo de la ejecución del programa, incluidas las matrículas y aranceles del centro formador y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%.

Para estos efectos, el Director del Servicio de Salud el Subsecretario de Redes Asistenciales en su caso, hará una estimación de los gastos derivados del incumplimiento los que no podrán exceder de un tercio de los gastos ocasionados con motivo de la ejecución de los programas.

De acuerdo al Ministerio de Salud, esta es la fórmula de cálculo de la referida caución:

| Variables | Descripción |
|-----------|--|
| A | SUMA DE LOS ESTIPENDIOS SE PERCIBIRAN DURANTE LA BECA (36 MESES) |
| B | SUMA DE LOS ARANCELES QUE SE CANCELARAN DURANTE LA BECA (3 AÑOS) |
| (A+B) | COSTO TOTAL DE LA FORMACION |
| C | FACTOR x1.33 = COSTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO, que significa las actividades asistenciales que deajo de realizar el especialista que nunca volvió, por lo que se debió buscar solucionar de otras formas los servicios no realizados. |
| D | FACTOR x1.5 = INCREMENTO LEGAL, para los pacientes no tiene precio y es un daño irrecuperable para la salud pública. Daño Moral. |



| | |
|----------|--------------------------------------|
| E | TOTAL GARANTIA |
| FORMULA: | $E = [(A+B) \times C \times D] / UF$ |

¿En qué puede consistir la caución?

La caución podrá consistir en una póliza de seguro, boleta bancaria o cláusula penal constituida mediante escritura pública. A juicio exclusivo del jefe superior del servicio podrá aceptar otra garantía suficiente.

¿Cuándo el profesional es inhabilitado para reingresar a la Administración del Estado?

Sólo el profesional que no cumpla con el periodo asistencial obligatorio, quedará inhabilitado para postular o ser contratado o designado en cualquier cargo de la Administración del Estado, hasta por un lapso de seis años, sin perjuicio, de hacersele efectiva la garantía.

¿Puede ser el periodo de inhabilitación menor a seis años?

Sí. Es facultativo para la autoridad fijar un tiempo menor, por cuanto, la preceptiva al hablar de "hasta", permite que pueda ser menor la sanción.

¿Es obligatorio para el profesional ejecutar el PAO cuando termina anticipadamente el programa de formación?

No habrá obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo cuando él o ella no cumpla con su programa de especialización o éste termine anticipadamente.

¿Cuándo se entiende que el programa de formación termina anticipadamente?

Se entiende que el programa de formación termina anticipadamente, cuando el profesional:



- a) Renuncia;
- b) Es eliminado por rendimiento académico;
- c) Es eliminado por incumplimiento de las normas del centro formador;
- d) Es eliminado por falta de aptitudes requeridas para continuar con el programa.

¿A qué se refiere la preceptiva cuando trata de falta de aptitudes requeridas para continuar el programa?

Se refiere a las cualidades personales del becario, las cuales, son periódicamente evaluadas por el centro formador para determinar si posee las actitudes necesarias para obtener el certificado de la especialidad que está cursando.

¿Qué ocurre con el becario que termina anticipadamente su programa de formación?

Si bien, no queda inhabilitado, en todos los casos, deberá reembolsar los gastos con motivo de la ejecución del programa de formación, incluidos estipendios, matrículas y aranceles que haya efectuado el Ministerio o el Servicio de Salud, según corresponda, y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%, por el tiempo de permanencia en el respectivo programa.

De acuerdo al Ministerio de Salud, esta es la fórmula de cálculo de la referida caución:

| Variables | Descripción |
|-----------|--|
| A | SUMA DE LOS ESTIPENDIOS SE PERCIBIRAN DURANTE LA BECA (MESES DE PERMANENCIA EN EL PROGRAMA) |
| B | SUMA DE LOS ARANCELES QUE SE CANCELARAN DURANTE LA BECA (TIEMPO DE PERMANENCIA EN EL PROGRAMA) |
| (A+B) | COSTO TOTAL DE LA FORMACION |



| | |
|----------|---|
| C | FACTOR x1.33 = COSTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO, que significa las actividades asistenciales que dejo de realizar el especialista que nunca volvió, por lo que se debió buscar solucionar de otras formas los servicios no realizados. |
| D | FACTOR x1.5 = INCREMENTO LEGAL, para los pacientes no tiene precio y es un daño irrecuperable para la salud pública. Daño Moral. |
| E | TOTAL GARANTIA |
| FORMULA: | $E = [(A+B) \times C \times D] / UF$ |

Se hace presente que, respecto a los **comisionados de estudios**, conforme al artículo 14 del Decreto Supremo N°91, sólo se encuentran obligados a reembolsar los gastos de aranceles y matrículas, sin más recargos, ni tampoco procede en su caso, la devolución de las remuneraciones percibidas durante el programa.

¿En todos los casos de término anticipado del programa, se puede volver a postular?

No. Sólo en algunos casos y con los límites que establece el reglamento:

- a) En caso de renuncia: puede volver a postular a un nuevo programa de formación, siempre y cuando, haya presentado su renuncia antes del inicio del tercer semestre.
- b) Eliminado por falta de aptitudes: puede volver a postular a un nuevo programa de formación; salvo aquellos que hayan sido exmatriculados por esta causal con posterioridad al inicio del segundo semestre.
- c) Eliminado por rendimiento académico: NO puede volver a postular a un programa de especialización que ofrezca el Servicio o la Subsecretaría de Redes Asistenciales.
- d) Eliminado por incumplimiento de las normas internas del campo formador: NO puede volver a postular a un programa de especialización que ofrezca el Servicio o la Subsecretaría de Redes Asistenciales.



¿Existe algún caso en que el ex becario quede exento de pagar?

Sí, solamente en el caso de renunciaciones al programa de especialización por situaciones de salud que afecten al becario o a alguno de sus familiares que dependan de él que sean incompatibles con las actividades académicas de aquel. En tal circunstancia, será la Subsecretaría de Redes Asistenciales quien estará facultada para ponderar los hechos y podrá poner término a la beca sin restitución de fondos.

¿Puede el Becario que renuncie al programa de formación por razones de salud propia o de familiares y que se haya aceptado su renuncia sin sanciones, volver a postular a un programa de formación financiado por el Ministerio o Servicio de Salud?

Sí. Puede volver a postular a un nuevo programa que ofrezcan las entidades mencionadas, sin que se estime para tal caso, el tiempo en que presentó la renuncia.

Para el pago de la garantía, ¿Pueden pactarse pagos en parcialidades?

No. Tratándose de Fondos Públicos, no es posible pactar el pago de la garantía en cuotas.

Suele ocurrir que los Servicios de Salud celebran contratos de transacción con los ex becarios o profesionales que han incumplido el PAO, pactando, en especial, condiciones de pagos diversas para solventar la deuda que los profesionales tienen por el incumplimiento.

Sin embargo, la Contraloría General de la República ha precisado en sus dictámenes, que es de la esencia del contrato de transacción que las partes se hagan concesiones recíprocas, entendiéndose por tales, la renuncia al menos parcialmente a las pretensiones respectivas y que exista un derecho dudoso, actualmente controvertido o susceptible de serlo. La simple renuncia de un derecho que no se disputa no puede ser objeto de transacción.



¿Puedo cambiarme de Servicio de Salud para la ejecución del PAO?

La normativa precisa que los profesionales podrán solicitar cumplir su PAO en un servicio distinto de aquel con el cual se encuentran obligados, para lo cual, se requerirá el acuerdo de los respectivos directores de servicios de salud de origen y de destino, quienes “podrán otorgarlo” sólo en casos calificados mediante resolución fundada.

Para dicha finalidad, los profesionales funcionarios deberán presentar una solicitud fundada ante el Director del Servicio de Salud del que dependan para cumplir su PAO en un servicio distinto de aquel con el cual se encontraren obligados.

¿Cuáles son las causales por las cuales se puede solicitar el traslado de PAO?

- Razones de salud en la persona del profesional o de familiares directos, fehacientemente acreditadas, cuyos tratamientos requieran del cambio o se vean facilitados por el mismo.
- Situaciones personales relevantes, calificadas por el Director, que obliguen al cambio.
- Cambio en las condiciones de trabajo profesional en el Servicio de Salud por razones ajenas al interesado, debidamente acreditadas.
- Situaciones de carácter socioeconómico o familiares graves que afecten en forma directa al profesional o a su familia directa, comprobadas fehacientemente.

¿Son las causales que señala el artículo 20 del Decreto Supremo N°91, las únicas que permiten solicitar el Traslado de PAO?

No. Las que enumera la preceptiva son a modo ejemplar. Cualquier causal fundada, razonable puede dar lugar para que el Director del Servicio las pondere y pueda acceder a la solicitud.



¿Qué pasa si el profesional debe iniciar el PAO y aún no se resuelve su solicitud de traslado de PAO?

En tal caso, deberá presentarse de todas maneras a cumplir su PAO original, pues, la solicitud de traslado no suspende su respectiva obligación.

¿Puedo solicitar mi Traslado de PAO más de una vez?

Sí. La normativa no establece número límite para solicitar el Traslado de PAO. Es más, siempre que existan razones fundadas para ello, el profesional puede hacer su solicitud, pues, le asiste el derecho de petición ante la autoridad. Sin embargo, no le asiste el derecho a que la autoridad acepte su solicitud, pues, la aceptación depende plenamente de la discreción del Director del Servicio respectivo.

¿Se requiere un procedimiento disciplinario para declarar inhábil al profesional que incumpla su periodo asistencial obligatorio?

No se requiere un procedimiento disciplinario, pues, no se trata aquí de alguna de las sanciones disciplinarias que deba ser dispuesta como consecuencia de un sumario o investigación sumaria, sino que es una medida que una ley especial—como lo es la ley 19.664—contempla como una consecuencia ante el incumplimiento de una obligación particular, cual es, dar cumplimiento al PAO.

Sin perjuicio de lo expuesto, dictámenes de la Contraloría sostienen que los Servicios de Salud deben, antes de imponer la inhabilidad de que se trata, otorgar al interesado la posibilidad de formular sus descargos.

No obstante ello, el profesional que no se presenta deliberadamente a cumplir su PAO, no puede desconocer las consecuencias que se siguen de ello.





COLEGIO MÉDICO
DE CHILE



FALMED



FALMED
UDEGEN

UNIDAD DE
DEFENSA
DE GÉNERO



FALMED
UDELAM

UNIDAD DE
DEFENSA
LABORAL MÉDICA