



Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes
e Informes en Derecho
E36990(335)2023

1004 . . 32

DICTAMEN N°: _____ / _____

ACTUACIÓN:

Deniega reconsideración de Dictamen N°218/9 de 08.02.2023.

MATERIA:

Improcedencia de recurso de reposición y, en subsidio, recurso jerárquico en contra de Dictamen N°218/9 de 08.02.2023.

RESUMEN:

No resultan procedentes el recurso de reposición y, en subsidio, el jerárquico regulados en el artículo 59 de la Ley N°19.880 para impugnar Dictamen N°218/9, de 08.02.2023, sin perjuicio de lo expuesto en el presente oficio.

ANTECEDENTES:

- 1) Asignación de 28.02.2023.
- 2) Presentación de 15.02.2023 de [REDACTED]
- 3) Dictamen N°218/9 de 08.02.2023.

FUENTES:

- 1.- Ley N°21.308 artículo único.
- 2.- Decreto N°5, de 2021, del Ministerio de Salud.
- 3.- Ley N°19.880 artículos 3° y 59.
- 4.- DFL N°2 de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, artículos 1°, inciso 2°, letra b) y Artículo 5°, letra b).
- 5.- Artículo 2° DL 3.551, de 1981, del Ministerio de Hacienda.

CONCORDANCIA:

Dictamen N°484/18 de 03.04.2023. Dictamen N°1915/48 de 04.11.2022. Ordinario N°1934 de 03.08.2021. Ordinario N°3492 de 01.08.2017. Dictamen N°4402/219 de 18.07.1995. Dictamen N°4536/100 de 02.11.2007.

SANTIAGO,

21 JUL 2023

DE: DIRECTOR DEL TRABAJO

A:

SECRETARIA GENERAL (S)

CORPORACIÓN DE DESARROLLO SOCIAL DE PROVIDENCIA

Mediante presentación del antecedente 2), Ud. ha interpuesto un recurso de reposición y, en subsidio, un recurso jerárquico, en base a lo regulado por el artículo 59 de la Ley N°19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado, impugnando el Dictamen N°218/9 de 08.02.2023.

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

En forma preliminar y sin entrar al análisis del fondo de la solicitud, lo que se efectúa más adelante, cabe expresar que la misma resulta improcedente por cuanto interpone recursos de reposición y jerárquico lo que es inaplicable en este caso. En efecto, el artículo 1º, letra b) del DFL N°2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, establece que a este Servicio le corresponderá, entre otras funciones, fijar de oficio o a petición de parte, por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo.

Por su parte, el artículo 5º, letra b) de este mismo cuerpo legal señala:

“Al Director le corresponderá especialmente:

b) Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros servicios u organismos fiscales, salvo que el caso esté sometido al pronunciamiento de los Tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento.”

En relación con el ejercicio de la facultad interpretativa antes indicada la reiterada doctrina de esta Dirección ha señalado, entre otros, mediante Dictamen N°1915/48, de 04.11.2022 y Ordinario N°1934, de 03.08.2021, que son improcedentes los recursos de reposición y jerárquico de la Ley N°19.880 para impugnar pronunciamientos jurídicos de la Dirección del Trabajo.

Sobre este particular, el Ordinario N°3492, de 01.08.2017, expresa que: *“Precisado lo anterior, cabe señalar que la reiterada y uniforme jurisprudencia*

administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N°110/11, de 09.01.2004 y ordinario N°926, de 07.03.2014, ha concluido que la facultad de interpretar la legislación y reglamentación social, se materializa en un acto que no se enmarca en ninguno de los conceptos de acto administrativo que contiene el artículo 3º de la ley N°19.880, toda vez que se trata de una potestad normativa reguladora, cuyo ejercicio corresponde que sea desempeñado únicamente por este Servicio. La conclusión expuesta se sustenta en la doctrina emanada de la Contraloría General de la República, contenida en Oficio N°39.353, de 10.09.2003, dirigida al Servicio de Impuestos Internos, entidad fiscalizadora de igual naturaleza jurídica que esta Dirección del Trabajo, ergo, plenamente aplicable a este Servicio. En efecto, el referido oficio en su parte pertinente, dispone: "El uso de la atribución del Servicio de Impuestos Internos de fijar normas e impartir instrucciones, se materializa en un acto que no se enmarca en ninguno de los conceptos de acto administrativo que contiene el artículo 3º de la ley N°19.880, toda vez que se trata de una potestad normativa, reguladora, cuyo ejercicio corresponde que sea ponderado exclusivamente por el Servicio."

Por consiguiente, los recursos de reposición y jerárquico contemplados por el artículo 59 de la Ley N°19.880 no resultan procedentes en contra del ejercicio de la facultad interpretativa de la normativa laboral que el legislador le reconoce a la Dirección del Trabajo y que, en la especie, se plasmó en el pronunciamiento impugnado.

A mayor abundamiento, el inciso 4º del artículo 59 de la Ley N°19.880 dispone que, entre otros casos, no procederá el recurso jerárquico en contra de los actos de los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados, calidad que detenta esta Dirección del Trabajo. Así lo corrobora Dictamen N°19.889, de 16.04.2009, que señala que en el caso de un jefe superior de un servicio descentralizado éste carece de superior jerárquico que es un requisito para la procedencia de este recurso.

Sin perjuicio de lo antes expuesto esta Dirección procederá a efectuar un nuevo análisis de la doctrina contenida en el Dictamen N°218/9, de 08.02.2023, que en lo pertinente señaló que no resulta procedente que el llamado a concurso interno dispuesto por la Ley N°21.308 se efectúe en relación a cargos determinados de profesionales o técnicos sino que en base a las horas de la respectiva dotación contratadas a plazo fijo.

Como ya se ha señalado una de las principales funciones de esta Dirección es la de fijar el alcance de las leyes del trabajo, entre ellas, de la Ley N°21.308 respecto del personal regido por la Ley N°19.378 que se desempeña en una Corporación Municipal de Derecho privado, como es el caso de la especie.

Ahora bien, en ejercicio de esta facultad y en virtud de una solicitud de pronunciamiento sobre la materia realizada por la Asociación de Funcionarios de Salud Municipalizada de Providencia, se procedió a emitir el pronunciamiento ya citado. La referida asociación planteaba en su solicitud de pronunciamiento que el llamado a concurso interno dispuesto por la Ley N°21.308 que había realizado la Corporación de Desarrollo Social de Providencia, se había efectuado sobre una selección de profesiones y estamentos y no sobre el total de las horas de las

categorías, situación que impedía que pudieran postular quienes, cumpliendo con los requisitos legales, no contaban con estudios afines a las plazas respecto de las cuales se llamaba a concurso.

Por su parte, la Corporación de Desarrollo Social de Providencia en su solicitud señala para fundamentarla que si en el concurso interno no se consideraran los cargos requeridos y solo se atiende a las horas contratadas a plazo fijo, la entidad administradora podría verse obligada a contratar a plazo indefinido a funcionarios que se encuentran contratados a plazo fijo en programas de salud temporales y cuyos servicios no sean requeridos de forma permanente.

Sobre este particular, la Corporación no acompaña documentación que acredite los funcionarios que podrían estar en esta situación hipotética limitándose la entidad a señalar que ello eventualmente podría ocurrir. Siguiendo esta misma lógica argumentativa también podría ocurrir que se llamara a concurso sólo para un cargo específico dentro de la categoría, y que el funcionario que ejerciera dicho cargo renunciara a la dotación durante la realización del concurso dejando sin poder participar a otros funcionarios que detentaran otros cargos y sin dar cumplimiento a lo ordenado por la ley, lo que no acontecería si el llamado a concurso se hace por horas y no por cargos.

En relación a este argumento cabe señalar que tanto el inciso 2º del artículo único de la Ley N°21.308 como el artículo 8º, letra b) del Decreto N°5, de 2021, del Ministerio de Salud, exigen al funcionario haber trabajado en la respectiva entidad administradora durante a lo menos tres años, de forma continua o discontinua.

Esta condición ya es una primera limitante que dificultaría la postulación de quienes se desempeñan en programas temporales en perjuicio de otros funcionarios toda vez que los programas de estas características, como su denominación lo indica, son de corta duración.

Además de la consideración anterior, el inciso 2º del artículo 14 del Decreto N°5 ya citado señala, para la etapa de evaluación, que sólo se considerarán como factores de evaluación la calificación de los postulantes, su experiencia y capacitación. El artículo 16 de este Decreto se refiere al factor experiencia y el artículo 17 se refiere al factor capacitación, de suerte tal que estas normas también permitirían una mejor posibilidad de obtener un cupo a aquellos postulantes que no están en un programa temporal.

Por último, como se explicará más adelante con mayor amplitud, porque con dicho argumento de la presentación se podría producir una situación peor que la planteada por la recurrente, cual es que a funcionarios que cumplan los requisitos para participar del concurso se les impida postular.

En segundo término, la citada Corporación agrega como argumento que mediante sentencia de 29 de abril de 2022, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, sobre recurso de protección, rol N°2647-2021, en su considerando octavo, se señala que el objetivo de la Ley N°21.308 es ajustar la dotación de personas que prestan servicios bajo la modalidad de contrataciones a plazo fijo, en los departamentos de salud primaria municipal, al máximo de un 20%

de su dotación de horas, que se autoriza contratar por el artículo 14 de la ley N°19.378, ajuste que sólo puede hacerse respecto de lo que excede de dicho 20%, siendo “claro que no todos los contratos a plazo fijo pueden pasar a ser a contrato indefinido, previo concurso interno”, agregando que “todos quienes reunían los requisitos pueden concursar, pero ello no implica que tengan un cupo asegurado.”

Sobre este argumento no se advierte de qué forma dicho considerando del fallo citado apoya la solicitud de la recurrente, el que más bien, reafirma la doctrina de este Servicio pues no se refiere a “cargos” sino que a la “dotación de horas”, tal y como señala el dictamen, concordando esta Dirección con lo que en él se expresa.

Dicho considerando precisamente indica: “*todos quienes reunían los requisitos pueden concursar, pero ello no significa que tengan un cupo asegurado*”, lo que concuerda plenamente con lo señalado por esta Dirección que pretende que todos quienes cumplan los requisitos tengan la posibilidad, al menos, de postular lo que no significa en caso alguno que sean en definitiva seleccionados. Vale decir, una situación es permitir la postulación de quien cumpla con los requisitos, estar contratado a plazo fijo y contar con una antigüedad de, a lo menos, tres años, y otra situación es la selección del postulante.

A mayor abundamiento de lo antes expuesto, esta Dirección, en relación a otro concurso interno de similares características al presente, dispuesto en su oportunidad por la Ley N°20.157, mediante Dictamen N°4536/100, de 02.11.2007, señaló que: “*Las entidades administradoras podrán incorporar en calidad de contratados indefinidos en los términos previstos por la ley 20.157, a todos los funcionarios sujetos a plazo fijo, si con ello se ajusta al límite de 20% de la dotación que exige el artículo 14 de la ley 19.378, o podrán incorporar en calidad de contratados indefinidos solo a algunos de esos funcionarios, si en este caso igualmente se cumple con el límite porcentual indicado.*”

Por el contrario, si la postulación solo se limita a determinados cargos específicos, como sostiene la recurrente y no a horas, de lo que no trata el considerando citado, ello implica la limitación de la posibilidad de postular de quienes cumplan con los requisitos señalados por la ley lo que resulta contrario tanto a la finalidad perseguida por ella- disminuir la brecha de los contratados a plazo fijo- como a lo explicitado en el referido considerando.

De esta manera el considerando en cuestión no contradice lo señalado por esta Dirección sino que lo confirma toda vez que si se permitiese sólo postular a determinados cargos, algunos funcionarios podrían quedar en situación de ni siquiera poder intentarlo, lo que los privaría de su legítimo derecho de participar en este concurso, contradiciendo con ello la expresión utilizada por el fallo en el sentido de que todos quienes reúnan los requisitos pueden concursar.

Por último, en relación a su argumentación referida a que el inciso 5º, letra a) del artículo único de la Ley N°21.308, que señala que, en caso de empate, se seleccionará a los funcionarios que estén desempeñando las funciones del cargo al que postulan lo que significaría, según su parecer, que se deben considerar los cargos existentes, cabe indicar que el artículo único de la Ley N°21.308 en sus incisos 1º, 2º y 7º, dispone:

“Con el fin de ajustarse a lo preceptuado en el artículo 14 de la ley N°19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, las entidades administradoras de salud municipal que, al 30 de septiembre de los años 2021 al 2023, tengan un porcentaje superior al 20 por ciento de su dotación de horas en calidad de contratados a plazo fijo, deberán llamar a concurso interno para contratarlos de forma indefinida.

Tendrán derecho a participar en dichos concursos internos aquellos funcionarios contratados a plazo fijo que, a la fecha del llamado a concurso, pertenezcan a la dotación de la respectiva entidad administradora de salud municipal y que hayan trabajado en ella durante a lo menos tres años, de forma continua o discontinua, con anterioridad a dicha fecha.

Las entidades administradoras de salud municipal deberán informar anualmente a la Subsecretaría de Redes Asistenciales y al respectivo Servicio de Salud, el número de horas de su dotación contratadas a plazo fijo, para conocer el estado de cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 14 de la ley N°19.378. Para estos efectos deberán indicar las categorías y niveles de la carrera funcionaria de su personal, su antigüedad y remuneraciones. El reglamento señalado en el inciso anterior determinará la forma y condiciones en que se remitirá dicha información”.

Por su parte, el inciso 3º del artículo 14 de la Ley N°19.378 establece:

“Asimismo, se consideran funcionarios con contrato a plazo fijo, los contratados para realizar tareas por períodos iguales o inferiores a un año calendario. El número de horas contratadas a través de esta modalidad no podrá ser superior al 20% de la dotación.”

A su vez, el artículo 3º del Decreto N°5, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento sobre concurso interno para la contratación indefinida del artículo único de la Ley N°21.308 señala:

“Concurso interno. Las entidades administradoras de salud municipal que, al 30 de septiembre de los años 2021, 2022 y 2023, tengan un porcentaje superior al 20% de su dotación de horas en calidad de contratados a plazo fijo, deberán llamar a concurso interno para contratarlos de forma indefinida.”

De las normas anteriores se desprende que tienen derecho a participar de estos concursos internos los funcionarios contratados a plazo fijo que, a la fecha del llamado a concurso, pertenezcan a la dotación de la entidad administradora y que con anterioridad a esta fecha hayan trabajado en ella durante, a lo menos, tres años ya sea de forma continua o discontinua.

Ahora bien, del análisis de la historia fidedigna de la ley N°21.308, se desprende claramente que la intención del legislador fue obligar a las entidades administradoras que a las fechas indicadas en ella tengan un porcentaje superior al 20% de su dotación de horas en calidad de contratados a plazo fijo a llamar a concurso interno a fin de contratarlos de forma indefinida.

Se persigue con ella lograr una adecuada implementación de la Ley N°20.858 dado que esta última no logró que se regularizara completamente la situación de muchos funcionarios de la atención primaria de salud contratados a plazo fijo, buscando con aquella ley darles estabilidad laboral, en la medida que se disminuya la brecha en el porcentaje del personal contratado a plazo fijo.

De esta manera, para un adecuado entendimiento de la doctrina señalada en el Dictamen N°218/9 cabe tener en especial consideración este objetivo que persigue la Ley N°21.308.

Para lograr el cumplimiento de este objetivo preciso perseguido por el legislador resulta necesario que todos los funcionarios que cumplan con los requisitos puedan, al menos, postular al concurso interno dispuesto por esta ley.

En este contexto, una interpretación que atienda exclusivamente al tenor literal de la norma invocada por la entidad administradora llevaría a la conclusión de que el llamado a concurso interno debe hacerse para cargos específicos dentro de la categoría lo que resulta contradictorio con la finalidad perseguida por esta normativa.

Pretender que la función de interpretación de la legislación laboral que la ley ha encomendado a esta Dirección consiste en una interpretación que se agota en la pura gramática de las normas sería sostener que el cometido de esta institución se agota en la comprensión filológica de los textos y no en su interpretación jurídica, cuestión que resulta del todo extraña a la tarea de interpretación, pues el Juez o el intérprete deberá buscar el sentido y alcance de la norma en la ley y el derecho y, si las palabras del legislador han sido insuficientes para transmitir su intención, de modo que el texto resulta confuso, oscuro y no permite su adecuada inteligencia, corresponde a aquellos establecer cuál es el verdadero sentido de la norma. Así se ha pronunciado esta Dirección mediante Dictamen N°4402/219, de 18.07.1995.

De esta manera, para evitar esta contradicción entre el alcance literal del inciso 5° del artículo único de la ley en cuestión y la finalidad perseguida por la ley resulta forzoso entender que esta norma tiene un alcance limitado al caso puntual de que exista empate entre los postulantes, pero que no puede tener un alcance más general que impida la postulación de funcionarios que, cumpliendo con los requisitos, tienen un legítimo derecho de participar en el concurso que les permitirá pasar a la contratación indefinida.

De este modo y a vía ejemplar, si existiesen 150 horas que la entidad administradora debe regularizar en la categoría a) del artículo 5° del Estatuto de Salud y sólo se permitiera postular a quien detente el cargo de cirujano-dentista, los demás profesionales de dicha categoría, esto es, médico cirujanos, farmacéuticos químico-farmacéuticos y bioquímicos no podrían postular, impidiéndose con ello su legítimo derecho a poder participar en este concurso, tal y como plantea la Asociación de Funcionarios que solicitó el pronunciamiento en su presentación.

Por el contrario, si el llamado se efectúa señalando solo las horas y la categoría respecto de la cual se debe producir la regularización ordenada por la ley

Nº21.308, todos los integrantes de la categoría podrán, al menos, postular al concurso, lo que resulta acorde con la finalidad perseguida con la dictación de la ley. Sobre este particular cabe tener presente que la dotación se expresa en un número de horas cronológicas y no en una nómina de cargos.

Es necesario consignar, por otra parte, que si bien en el caso de un concurso público de antecedentes, el llamado puede señalar cargos determinados ello obedece a que el objetivo que se persigue con dicho procedimiento es el ingreso de un determinado tipo de funcionarios que la entidad administradora requiere para cumplir su cometido pero distinta es la situación del llamado a concurso interno dispuesto por la Ley Nº21.308, que persigue como objetivo adecuar el porcentaje de funcionarios contratados a plazo fijo, y por consiguiente, en este caso se trata de funcionarios que ya se encuentran contratados por la entidad y que deben, por mandato del legislador, pasar de estar contratados a plazo fijo a estarlo de forma indefinida.

De esta manera, de las normas antes citadas se colige que lo que le interesa al legislador es la cantidad de horas contratadas a plazo fijo por categoría funcionaria y no los cargos correspondientes.

Efectuada esta precisión, no corresponde darle el alcance extensivo que pretende la recurrente a dicha disposición. En efecto, en el contexto ya señalado se trata de una norma que sirve para resolver en caso de empate de puntaje entre los participantes del concurso no pudiendo tener un alcance general sino que particular de la situación específica a que se refiere.

De este modo, la norma en cuestión, que fija uno de los criterios a aplicar en caso de empate, y que señala que se preferirá al funcionario que está desarrollando funciones en el cargo al que postula, hace referencia a un criterio práctico, posterior al llamado a concurso, para decidir la función que se requerirá atender, pero que no tiene la fuerza de exigirlo como requisito del llamado a postulación.

De esta manera no existen antecedentes suficientes que permitan reconsiderar la doctrina contenida en el Dictamen Nº218/9 de 08.02.2023.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales y doctrina administrativa citadas, cumple con informar a Ud. que no resultan procedentes el recurso de reposición y, en subsidio, el jerárquico regulados en el artículo 59 de la Ley Nº19.880 para impugnar el Dictamen Nº218/9, de 08.02.2023, sin perjuicio de lo expuesto en el presente oficio.

Saluda atentamente a Ud.,



PABLO ZENTENO MUÑOZ
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO



NPS/LBP/MSGC/msgc

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín Oficial
- Departamentos y Oficinas Nivel Central
- Sr. Subdirector
- XVI Regiones
- Inspecciones Provinciales y Comunales
- Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo