

N° 71.668 Fecha: 08-IX-2015

La Contraloría Regional del Maule ha remitido a esta sede central las presentaciones de los señores Eduardo Fuentes Campos, Álvaro Ortega Verdugo, Osvaldo Flores Belkerbach, Javier Pinochet Santoro y las señoras Gabriela Fuentes Galleguillos, Rosa Astorga Álvarez y Andrea Bravo Castro, profesionales funcionarios dependientes del Servicio de Salud Maule, quienes solicitan un pronunciamiento acerca de la posibilidad de rectificar las resoluciones que los designaron en el mes de abril de los años que cada una de ellas indica. Lo anterior ya que esa institución dispuso sus contrataciones durante su primer mes de desempeño en virtud del artículo 9° de la ley N° 19.664, debiendo haberlas fundado en su artículo 8°, por cuanto ingresaron por diversos concursos públicos para proveer las vacantes de los cargos de médicos en la Etapa de Destinación y Formación.

Agregan que dicho error tiene gran relevancia toda vez que el Ministerio de Salud, en adelante MINSAL, anualmente realiza concursos para postular a cupos de especialización, cuyas bases exigen, al mes de abril de cada año, haber ingresado a la Etapa de Destinación y Formación en virtud del artículo 8° de la ley N° 19.664 y haber permanecido en esa etapa durante a lo menos 3 años (36 meses).

Por lo anterior, su designación en el artículo 9° no les sirve para efectos de computar el plazo de 36 meses que exigen las bases, debiendo esperar un año más para postular a los referidos cupos, lo que les produce un evidente perjuicio.

Además, en esas convocatorias se otorga un puntaje adicional por cada mes adicional de permanencia en esa etapa y bajo la referida normativa, y por lo tanto el primer mes de desempeño de los ocurrentes tampoco es considerado para estos efectos, cuestión que también los perjudica.

Por otra parte, don Rodrigo Avendaño Castañeda, como Presidente Regional EDF Maule solicita se dejen sin efecto las resoluciones primitivas que designaron a los recurrentes y se dicten nuevos actos administrativos mediante los cuales se subsane el error en que habría incurrido ese centro asistencial.

Requerido informe al Servicio de Salud Maule, manifiesta que cuando los ocurrentes ingresaron al servicio en abril de los años que indica, los cupos no estaban disponibles y por ese motivo los contrató durante el primer mes en virtud del artículo 9° de la ley N° 19.664, designándolos a partir de mayo en base a su artículo 8°.

Luego, mediante sus resoluciones N°s 595, 596, 597, 598, 599, 600, y 601, todas de 2014, modificó las designaciones de los profesionales funcionarios recurrentes, en el sentido de establecer que las contrataciones se hacían en virtud del artículo 8° de la citada ley.

Sin embargo dichos documentos fueron representados por la Contraloría Regional respectiva debido a que conforme al principio de irretroactividad de los actos administrativos, estos solo pueden surtir efectos para el futuro, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros, condiciones que estimó no se cumplían en la especie.

El referido centro asistencial añade que dicha alteración solo persigue favorecer a los requirentes e igualar sus antecedentes en relación a los profesionales funcionarios de otras regiones, sin que ello cause perjuicio alguno a terceros.

Por su parte, la Subsecretaría de Redes Asistenciales informó que los recurrentes debieron ser contratados desde un inicio por el artículo 8° de la ley N° 19.664, ya que ganaron los respectivos concursos, cuyas bases establecían que serían designados en virtud de esa disposición. Agrega que

lo contrario contraviene la normativa legal y además los perjudica de la forma que aquellos denuncian.

Sobre el particular, el artículo 8° de la ley N° 19.664 indica que “El ingreso a la Etapa de Destinación y Formación se efectuará mediante un proceso de selección objetivo, técnico e imparcial, que se desarrollará a nivel nacional a lo menos una vez al año.”.

A continuación, el inciso primero de su artículo 10 preceptúa, en lo que interesa ahora destacar, que los profesionales funcionarios que pertenezcan a la Etapa de Destinación y Formación, ingresados a través del proceso de selección establecido en el artículo 8°, gozarán de igualdad de oportunidades para acceder a los programas de perfeccionamiento o especialización que ofrezca el Servicio o el Ministerio de Salud. Sin embargo, será requisito esencial para acceder a programas de especialización 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.

Continúa su inciso segundo señalando que estos profesionales accederán a dichos programas mediante comisiones de estudio.

Por su parte, su artículo 9° previene que los Directores de los Servicios de Salud estarán facultados para contratar directamente profesionales funcionarios en la Etapa de Destinación y Formación, cuando circunstancias fundadas lo justifiquen en razón de necesidades del Servicio, en forma transitoria y por periodos determinados.

Luego, su artículo 11 establece, en lo pertinente, que los profesionales funcionarios que no hayan ingresado en virtud del artículo 8° podrán acceder a los 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, es decir, mediante becas.

De lo anterior se sigue que la normativa contempla dos formas de ingreso a la Etapa de Destinación y Formación: la primera de ellas en virtud del artículo 8° de la ley en comento, mediante un proceso de selección objetivo, técnico e imparcial; y la segunda directamente, en base a las facultades de los Directores de los Servicios de Salud respectivos, de conformidad a su artículo 9°, modalidades diferentes y que tienen relevancia al momento de postular a los programas de especialización.

Así, quienes se han desempeñado en esa etapa durante a lo menos 3 años, podrán acceder a cupos de especialidad luego de los procesos concursales respectivos, siendo designados en comisión de estudios y manteniendo su condición de funcionarios públicos. Por el contrario, quienes ingresan contratados directamente por el Director del Servicio de Salud, también pueden acceder a programas de especialidad pero mediante becas, las que no constituyen cargos públicos en virtud del artículo 1° del decreto N° 507, de 1990, del MINSAL, que aprueba el Reglamento de Becarios, con todas las implicancias que ello trae aparejado.

En este contexto normativo, y en concordancia con las disposiciones previamente reseñadas, cada año el MINSAL convoca a los médicos cirujanos que se han desempeñado en la Etapa de Destinación y Formación de los Servicios de Salud en virtud del artículo 8° de la ley N° 19.664 a participar en el respectivo proceso de selección para acceder a cupos de especialización, aprobando las consiguientes bases concursales.

Dichas bases exigen -en lo que interesa ahora destacar-, haberse desempeñado previamente como médico en la referida etapa bajo el artículo 8°, por un lapso no inferior a tres años (36 meses), a la fecha de ingreso al programa de especialización, en el nivel primario de atención de uno o más

Servicios de Salud o Establecimientos de Salud Municipal, agregando que las postulaciones que no cumplan con ese requisito, serán declaradas inadmisibles.

Además, ese pliego de condiciones otorga puntaje adicional, por cada mes de desempeño en esa etapa, siempre que se haya desarrollado en virtud del aludido artículo 8°.

Ahora bien, en los antecedentes que obran en poder de esta Entidad de Control consta que, luego de los procesos de selección respectivos, los recurrentes ingresaron a la Etapa de Destinación y Formación en el Servicio de Salud Maule, en los años 2011, 2012 y 2013.

Sin embargo, por un error del Servicio de Salud Maule, dichos profesionales fueron contratados durante su primer mes de desempeño -esto es, en abril de cada una de esas anualidades-, en virtud del artículo 9° de la ley N° 19.664, siendo designados en esa etapa en base al artículo 8° de la normativa señalada solo a partir de mayo, situación que no se ajustó a derecho, toda vez que, por una parte, las bases de las respectivas convocatorias señalaron expresamente que ingresarían por esta última disposición, y por otra no se cumple la hipótesis del referido artículo 9°, esto es, designación directa por decisión del director del centro asistencial, en los casos y bajo las condiciones que ahí se indican.

Dicha irregularidad genera un perjuicio a los profesionales funcionarios recurrentes al momento de postular a los cupos de especialidad ya que, como se dijo, las bases respectivas exigen como requisito de admisibilidad, a lo menos 36 meses en la etapa mencionada habiendo ingresado por el artículo 8° de la ley N° 19.664, no siendo computable para estos efectos el primer mes de desempeño en virtud de su artículo 9°. Además ese error implica que no pueden acceder a la bonificación adicional en sus puntajes por cada mes de desempeño en virtud del artículo 8°, cuestión que también los deja en una situación de desventaja.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control ha precisado que cuando existe un error de la Administración como el de la especie, que genera una situación de menoscabo que no resulta imputable a los recurrentes, no procede que estos soporten dicho perjuicio (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s34.279, de 1996, 42.649, de 2008, 59.273, de 2012, y 31.950, de 2015, de este origen).

Lo contrario significaría perjudicar a esos funcionarios, quienes han sido víctimas de un error de la Administración en la situación en comento, y que se encontraban en el convencimiento de que las pertinentes actuaciones se ajustaban a derecho, sin haber intervenido de modo alguno en la configuración de la aludida irregularidad o tenido alguna responsabilidad en ello, lo que pugna además con los principios generales del derecho como la buena fe y la confianza legítima (aplica criterio contenido, entre otros, en el dictamen N° 68.113, de 2014, de esta Contraloría General).

Por lo anterior, el mes de desempeño en virtud del artículo 9° de la ley N° 19.664 en el Servicio de Salud Maule, debe contabilizarse para efectos de los concursos para postular a los cupos de especialización para médicos cirujanos contratados por su artículo 8° en la referida etapa.

No desvirtúa la conclusión anterior el artículo 52 de la ley N° 19.880, que dispone que “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”, toda vez que, en la especie, el reconocimiento con efecto retroactivo de la calidad jurídica en que los afectados debieron ingresar al servicio desde un inicio, persigue, precisa y únicamente, beneficiarlos.

Tampoco se observa que la regularización en comento pudiera lesionar derechos de terceros, ya que esta busca únicamente igualar las condiciones de postulación de los recurrentes a cupos de

especialización menoscabadas por la Administración de la forma descrita, sin ocasionar perjuicios a otros profesionales funcionarios.

En este sentido, conviene destacar que no puede considerarse que otros profesionales funcionarios que tengan un legítimo interés en postular a los referidos procesos de selección, sean titulares de un derecho adquirido sobre el cupo de especialización que se concursa, comoquiera que los postulantes a una convocatoria como la referida solo tienen una mera expectativa de acceder a los beneficios a los cuales concursan (aplica criterio contenido, entre otros, en el dictamen N° 64.956, de 2014, de este origen).

Ahora bien, para los efectos de resolver las distintas situaciones de hecho en que se encuentran cada uno de los profesionales funcionarios recurrentes, es preciso realizar ciertas distinciones.

En primer lugar, esta Contraloría General estima que, respecto de quienes en años anteriores postularon a las mencionadas convocatorias y erróneamente quedaron fuera de bases, al tratarse de procesos que se encuentran cerrados, y constituyendo situaciones de hecho consolidadas, resulta imposible actualmente subsanarlas, sin perjuicio de computarse el mes de que se trata en las hipótesis que siguen.

En segundo término, a los ocurrentes que en el futuro postulen a los referidos cupos de especialidad, para los efectos del cumplimiento del requisito mínimo de desempeño en la Etapa de Destinación y Formación habiendo ingresado por el artículo 8° de la ley N° 19.664, se les deberá considerar el primer mes de desempeño en ese centro asistencial como servido en virtud de ese artículo, y no del artículo 9° como se señala en las resoluciones que los designaron.

En tercer y último lugar, a quienes ostenten más de 36 meses de desempeño en la referida etapa en ese servicio de salud y presenten sus antecedentes para efectos del anotado concurso para obtener cupos de especialización, se les deberá contabilizar el primer mes de desempeño en dicho lugar para los efectos del puntaje adicional por cada mes servido.

Finalmente, en atención a lo expuesto y a los criterios de esta Contraloría General enunciados, corresponde que el Servicio de Salud Maule modifique las designaciones hechas en virtud del aludido artículo 9° de la ley N° 19.664, disponiéndolas en cumplimiento del artículo 8° de esa ley, para lo cual las resoluciones respectivas deberán ser reingresadas para su toma de razón.

Sin perjuicio de lo anterior, el Servicio de Salud Maule deberá tomar todas las medidas necesarias para evitar que las designaciones de los profesionales funcionarios que ingresan a la Etapa de Destinación y Formación sean dispuestas de forma diversa a las previstas en la pertinente normativa.

Transcríbese a los recurrentes, a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, y a la Contraloría Regional del Maule.

Saluda atentamente a Ud.,

Patricia Arriagada Villouta
Contralor General de la República
Subrogante