C.A. de Santiago

Santiago, de mayo de dos mil veinte.

Vistos:

Comparecen los químicos farmacéuticos Nicolás Gorostiaga Vidal, María Soledad Salinas Ortega, Marcia Bravo Gómez, Darlen Salinas Herrera y Mical García Aracena, quienes interponen recurso de protección en contra del Hospital Dr. Félix Bulnes Cerda, representado por su directora, Dra. Ana María Moroni Lavanderos.

Explican que en el mes de octubre de 2018 concursaron a través del mecanismo de Portal de Empleos Públicos a un concurso para 6 cargos de Químicos Farmacéuticos en turno de 24 horas, según dispone la Ley N° 15.076, en el Hospital Dr. Félix Bulnes, sede Providencia.

El proceso de selección demoró 3 meses y habiendo sido seleccionados, comenzaron a desempeñar funciones el 4 de febrero de 2019.

Denuncian que ya instalados en sus cargos no recibieron las remuneraciones correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2019, por cuanto primero se les explicó que había una demora en el trámite de envío de documentación a la Contraloría General de la República a fin de que los respectivos decretos de nombramiento fuesen sometidos al control de toma de razón y, luego, por un “problema con los correlativos” en el SIRH, lo que impedía que se generaran los pagos de sus remuneraciones.

Posteriormente, fueron citados a una reunión con la jefatura directa, esto es, jefa de Personal, jefe de Gestión Clínica y un abogado de la Unidad Jurídica del Hospital, la que

XKTKGVVXXO

se efectuó el 30 de abril de 2019, oportunidad en que se les informó que sus contratas eran inexistentes en los términos en que habían concursado, por aplicación a nivel ministerial de la Circular Nº 8 de 21 de julio de 2017, emitida por el Ministerio de Salud, en donde se excluye a los químicos farmacéuticos de realizar turnos bajo la modalidad de 24 horas.

Además, se enteraron en la misma ocasión que sus contratas eran a plazo fijo y que expiraban el día 30 de abril de 2019; y que dichas contratas jamás habían sido ingresadas a Contraloría General de la República para el proceso de toma de razón.

Exponen los reclamantes que se les planteó opciones de pago y mantención de sus puestos de trabajo, ya sea por medio de la contratación a honorarios o bien pago con cargo al ítem “imprevistos”, lo que no aceptaron, puesto que no fue lo que inicialmente pactaron, en razón de haber concursado e ingresado al Hospital mediante contrata con términos muy diversos a las soluciones ofrecidas. Incluso, añaden que el abogado del Hospital les advirtió que en caso de que tomaran la opción de pago por “imprevistos”, no había fecha de pago establecida y existían posibilidades de que el Ministerio le prohibiera el pago por tal concepto.

Por último, manifiestan que en razón de que ahora sus contratas eran de plazo fijo, debieron abandonar las instalaciones del Hospital a las 23:59 horas de ese mismo día, sin que hasta la fecha hayan recibido sus remuneraciones.

En cuanto a las garantías constitucionales, invocan la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República, al haberse modificado unilateralmente las condiciones de sus contratas y las bases de

XKTKGVVXXO

un concurso público adjudicado, mediante una simple reunión informativa y sin que medie acto administrativo alguno.

Luego, estiman vulnerado su derecho de propiedad que establece el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, al desconocer la recurrida una obligación contractual a través de una vía de hecho, privándolos de obtener la utilidad económica que les corresponde.

Solicitan, en definitiva, se restablezca el imperio del Derecho, ordenando se disponga:

1) Que se reintegre a los recurrentes a sus funciones;

2) Que se les pague todas las remuneraciones que se les pudiesen adeudar a la fecha;

3) Que se realice la completa tramitación de las contratas originales adjudicadas, incluido el proceso de toma de razón en Contraloría General de la República, todo con expresa condena en costas.

Al contestar, la recurrida pidió el rechazo de los recursos. Señala que en reunión de 30 de abril de 2019 se les explicó a los actores que en virtud de la Circular Nº 8 de 21 de julio de 2017, emitida por la Subsecretaria de Redes Asistenciales, se excluyó a los químicos farmacéuticos de realizar turnos bajo la modalidad de 24 horas y, por tanto, no era posible prorrogar las contratas inicialmente establecidas por tres meses y que expiraban el día 30 de abril de 2019. No obstante habérseles ofrecido una serie de alternativas contractuales que permitieran cumplir con el espíritu del concurso, dichos profesionales no aceptaron ninguna de éstas.

En relación a un supuesto incumplimiento a las condiciones establecidas en el concurso y a lo pactado, afirma que el concurso en que ellos participaron, fue uno para proveer

XKTKGVVXXO

una designación a contrata, la cual es una condición esencialmente transitoria.

Indica que la igualdad ante la ley no ha sido vulnerada, por cuanto el concurso público siempre fue para un cargo a plazo fijo, de modo que no ha sido modificado en ningún término. Pone de manifiesto que por política de la institución, todos los funcionarios que ingresan lo hacen por un periodo inicial de 3 meses, el que puede ser prorrogado, de manera que a todos los recurrentes se les aplicó la ley de igual manera.

Por último, en lo tocante el derecho de propiedad, reitera el carácter transitorio de los empleos a contrata y respecto del pago de remuneraciones, expresa que se encuentra en curso, sin embargo dada la naturaleza *sui generis* de este caso y de la intervención de más de una institución en el pago, existe un retraso en la determinación de los ítems presupuestarios de gastos aplicables en la especie.

Asimismo, se pidió informe al Ministerio de Salud, entidad que contestó solicitando el rechazo de los recursos.

Primero, alega que el recurso de protección no es la vía idónea para resolver el conflicto por no ser una instancia declarativa de derechos.

En cuanto al fondo, hace presente que el concurso se trataba de una designación a contrata, que tiene por característica justamente ser transitoria, conforme al artículo N° 3 letra c) de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

En lo atinente a la posibilidad de ser contratados los recurrentes bajo el DFL N°1 del 2001, que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.076, en cargos de 28 horas, recalca que ello no procede toda vez que las unidades de apoyo a la gestión clínica no están contempladas en el inciso séptimo del artículo 12 de la citada norma.

XKTKGVVXXO

Concluye que el Hospital Dr. Félix Bulnes se ajustó a derecho al cumplir con la normativa vigente.

En lo que respecta al pago de las remuneraciones, señala que se encuentra en curso.

Considerando:

Primero: Que para la procedencia del recurso de protección se requiere la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) una conducta, por acción u omisión, contraria a derecho, expresada bajo las modalidades de ilegalidad o arbitrariedad; b) que de la misma se siga directo e inmediato atentado contra una o más de las garantías constitucionales protegibles por esta vía; y c) que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección pedida.

Segundo: Que la Circular N° 8 de 21 de julio de 2017 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, que establece las indicaciones respecto a la fiscalización a unidades de farmacia y botiquines en los establecimientos de la red asistencial pública, ordena en su literal C) relativo a la *Exigencia de la presencia de un Químico Farmacéutico durante todo el horario de una farmacia dentro de un establecimiento de salud*, que aquellos establecimientos de salud que dispongan de una farmacia deberán contar con un químico farmacéutico durante todo su horario de funcionamiento, dando así estricto cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 129 A del Código Sanitario, que en lo pertinente manda que*: "Las farmacias deberán ser dirigidas técnicamente por un químico farmacéutico que deberá estar presente durante todo el horario de funcionamiento del establecimiento"*.

Tercero: Que, en esas condiciones, la citada Circular refiere que cada Servicio de Salud y Establecimientos de Autogestión en Red cuyo es el caso del Hospital Dr. Félix

XKTKGVVXXO

Bulnes- deberá tomar todas las providencias necesarias a fin de cumplir con la exigencia antes aludida, mediante la fijación, a través de resolución fundada, del modelo y horario de funcionamiento de la farmacia y/o botiquines.

A continuación, consigna esta misma Circular lo siguiente: *"Sancionados los procedimientos internos que permitan la adecuada gestión de salud de las Unidades Clínicas que lo conforman y que requieren de medicamentos más allá del horario de funcionamiento de la farmacia, por ejemplo mediante el abastecimiento de stock controlados de medicamentos, en variedad y cantidad suficiente y que les permitan su continuo funcionamiento durante toda la jornada, podrá según definición, sólo a través de la programación de horas extraordinarias, para profesionales funcionarios de 44 horas semanales, a quienes mediante resolución fundada, se fijará la cantidad de horas diurnas y nocturnas o festivas que tendrá que desarrollar para el normal funcionamiento de las respectivas farmacias"*.

Cuarto: Que, seguidamente, dicho instructivo pone en relieve la imposibilidad que los químicos farmacéuticos sean contratados al amparo del DFL N° 1 de 2001, en cargos de 28 horas, desde que las unidades de apoyo a la gestión clínica no están contempladas en el inciso séptimo del artículo 12 del citado texto legal. Alternativamente, ofrece la posibilidad a los establecimientos de salud que mantienen actividades durante las 24 horas del día y cuyas farmacias no funcionen a la par, que pueden optar a requerir la autorización de un botiquín para los horarios nocturnos.

Quinto: Que como se advierte de la normativa que se aporta a estos antecedentes y que no ha sido desconocida, las contrataciones de químicos farmacéuticos, según ha sido

XKTKGVVXXO

dispuesto por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, se encuentra expresamente excluida de la realización de turnos bajo la modalidad de 24 horas, porque las unidades de apoyo a la gestión clínica -en la especie, farmacias- no han sido consideradas.

En tal virtud, su contratación no era procedente en los términos previstos en las bases del concurso en el que participaron los actores. En efecto, el llamado a concurso conforme a las bases antes indicadas, contraviniendo la normativa regulatoria vigente, no resultaba procedente.

Sexto: Que, por consiguiente, al haberse dictado las respectivas resoluciones de nombramiento de los recurrentes, quedó en evidencia que esos actos eran contrarios a la ley, por lo que obviar ese hecho conllevaba la infracción de deberes funcionarios por parte de la autoridad. A su vez, dada la imposibilidad de que los actores fueran signatarios del concurso, los mentados nombramientos no se enviaron al trámite de registro por parte de la Contraloría General de la República. En este punto, cabe precisar que los nombramientos a contrata, que es la modalidad de servicio que prestaron los actores, no están sujetos al trámite de control consistente en su toma de razón, debiendo descartarse por tanto el reproche que sobre este aspecto formulan los reclamantes.

Séptimo: Que atento a lo razonado, lo pretendido por los recurrentes en orden a que se les vuelva a integrar a sus funciones implicaría infringir un cuerpo normativo y no aplicar las restricciones que en él se contemplan. Semejante propósito se aparta del deber de los tribunales de privar de valor a los actos contrarios a los derechos fundamentales. Lo anterior, sin perjuicio del derecho que le asiste a los actores de hacer valer

XKTKGVVXXO

las responsabilidades administrativas y, eventualmente, civiles de la recurrida al haber efectuado un llamado a concurso con manifiestos vicios de ilegalidad.

Octavo: Que, ahora bien, aun cuando los recurrentes nunca pudieron ser seleccionados por medio del concurso de que se trata, lo cierto es que sí fueron nombrados a contrata y efectivamente desempeñaron los cargos por el lapso comprendido entre el 4 de febrero y 30 de abril de 2019, de manera que son acreedores del pago íntegro de las remuneraciones por el tiempo servido, debiendo la recurrida adoptar las medidas necesarias para el pago de tales servicios en el plazo que se indicará en lo resolutivo.

De conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la materia, **se acogen** los recursos de protección deducidos por Nicolás Gorostiaga Vidal, María Soledad Salinas Ortega, Marcia Bravo Gómez, Darlen Salinas Herrera y Mical García Aracena en contra del Hospital Dr. Félix Bulnes Cerda, establecimiento de salud autogestionado, sólo en cuanto deberá pagar las remuneraciones de los actores por el tiempo efectivamente servido, dentro del plazo de diez días a contar de que este fallo quede firme, **rechazándose** en todo lo demás las referidas acciones cautelares.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Guillermo de la Barra D.

Rol Nº 43.569-2019, acumuladas 43.578-2019, 43.580-2019, 43.586-2019 y 43.587-2019

XKTKGVVXXO

Pronunciada por la Novena Sala, integrada por los Ministros señora Paola Plaza Gonzalez, señor Guillermo E. De La Barra Dunner y el Ministro (i(sñor Alberto Amiot Rodríguez.

En Santiago, veintidós de mayo de dos mil veinte, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

PAOLA LORETO PLAZA GONZALEZ
MINISTRO
Fecha: 22/05/2020 14:07:40

GUILLERMO EDUARDO DE LA BARRA DUNNER
MINISTRO
Fecha: 22/05/2020 13:59:30

ALBERTO RENE AMIOT RODRIGUEZ
MINISTRO(S)
Fecha: 22/05/2020 14:25:03

XKTKGVVXXO

Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Paola Plaza G., Guillermo E. De La Barra D. y Ministro Suplente Alberto Amiot R. Santiago, veintidós de mayo de dos mil veinte.

En Santiago, a veintidós de mayo de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XKTKGVVXXO

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl