

C.A. de Santiago

Santiago, veintiocho de junio de dos mil veintidós.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece la abogada doña Daniella Alejandra Faundez Saavedra en representación de doña Zully Milena Vélez Casadiego, colombiana, médico anestesista e interpone recurso de protección en contra del Servicio de Salud Metropolitano Norte, por la dictación y ejecución de la Resolución Exenta N°196, de fecha 09 de febrero de 2022 mediante el cual establece el incremento remuneracional correspondiente a las asignaciones de estímulo para profesionales funcionarios(as) afectos(as) a la Ley N°19.664 que desempeñan funciones en los establecimientos dependientes del Servicio de Salud Metropolitano Norte y cuya vigencia, se inició con carácter de retroactivo el día 01 de febrero de 2022, al constituir una privación, perturbación y amenaza del legítimo ejercicio de la garantía constitucional contenida en el Artículo 19 N°2 y N°24 de la Constitución Política de la República.

Sostiene que es funcionaria a contrata del Complejo Hospitalario San José, institución que forma parte de la red del Servicio de Salud Metropolitano Norte, rigiéndose por las normas en la Ley N°18.834, Ley N°15.076 y, especial y principalmente por la Ley N°19.664. que contempla las materias remuneracionales y de jornada de trabajo para profesionales funcionarios que indica de los Servicios de Salud.

Explica la recurrente que cumple una jornada de 22 horas semanales, por lo que, en cuanto a sus remuneraciones, se aplica la Ley N° 19.664, por expresa mención del artículo 25 de ese cuerpo normativo, que indica: “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.”

Afirma que los hechos que explican el actuar ilegal y arbitrario del recurrido en su contra, dice relación con las asignaciones transitorias y, en específico, con la denominada “asignación de estímulo” de la Ley N°



19.664, asignación que es fijada y concedida por el Director del Servicio de Salud correspondiente. Este estipendio se define como aquel que se podrá otorgar 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 con los planes y programas de salud (artículo 2° del Decreto N° 845 del 2000, del Ministerio de Salud). El porcentaje que puede asignarse puede ir de un 10% a un 180% del sueldo base, aunque por un acuerdo suscrito en el año 2015 entre el Colegio Médico de Chile A.G. y el Ministerio de Salud, el porcentaje mínimo que debe reconocerse a los médicos especialistas es de un 40% del sueldo base.

Refiere que el día 17 de marzo de 2022, por medio de un comunicado realizado a través de la Intranet del Hospital San José, página web a la que no todos los funcionarios tienen acceso, y no por acto de notificación de Ley 19.880, la recurrente accede a la información entregada en que se señala “Información: Asignación Ley N° 19.664”, el contenido de la misiva electrónica versaba acerca de la dictación de la Resolución Exenta N°196, de fecha 09 de febrero de 2022 del Servicio de Salud Metropolitano Norte que define nuevos criterios para la asignación de estímulo para los profesionales funcionarios que se desempeñan en actividades, lugares o condiciones especiales o por competencias profesionales exigidas para determinadas condiciones y puestos de trabajo.

Indica que atañe a los funcionarios médicos con especialidad en anestesia de Hospital San José, la resolución recurrida hace descender su asignación de estímulo de 180% al 100% calculado sobre su sueldo base, al tenor del artículo 35 de la Ley N°19.664, modificación que no afectó al resto de los médicos anestesistas de los demás centros hospitalarios.

Asevera que el acto administrativo objetado en su parte considerativa no expresa las razones o fundamentos que permitan



comprender, en primer lugar, la distinción entre médicos anestesistas de los distintos centros hospitalarios y, en segundo lugar, la disminución porcentual de la asignación de estímulo a los médicos anestesistas de Hospital San José.

Reclama dicho acto, ya que con fecha 24 de marzo de 2022 habiéndose pagado las remuneraciones correspondientes verificó que efectivamente la asignación de estímulo que venía percibiendo desde su ingreso a Hospital San José a la fecha había sido reducida del 180% al 100%, y que dicha disminución tenía su origen en la Resolución Exenta N°196, de fecha 09 de febrero de 2022. Aclara que aun cuando se le dio efecto retroactivo de vigencia a contar del 1° de febrero de 2022, no obstante, en la liquidación de remuneración del mes de febrero de 2022 no se rebajó el porcentaje de dicho incremento, lo cual generó, entonces, una confianza legítima del actuar en que no se vería la recurrente afectada.

Concluye que la recurrida ha generado por medio de su facultad legal una desigualdad de trato, arbitraria por lo demás, respecto de una misma categoría de médicos (los anestesistas) dependientes de ese Servicio. Todo lo cual refuerza la afectación de la garantía al implicar un trato diferente a los médicos anestesistas de Hospital San José respecto de otras personas que se encuentran en la misma situación.

Precisa que si bien la asignación de estímulo dispuesta y regulada en el artículo 28 b) y 35 de la Ley N°19.664 es transitoria, y su transitoriedad está supeditada a que su otorgamiento, modificación o supresión se disponga por medio de actos administrativos dictados conforme a la ley, notificados válidamente según las normas legales sobre la materia y que estos no lesionen derechos y garantías constitucionales.

Contextualiza que se desempeña en el único hospital de alta complejidad del área norte, cuyas listas de espera de resolución quirúrgica han crecido durante los últimos años, y más aún por efectos de la pandemia, siendo el funcionamiento de los pabellones quirúrgicos (Cirugía General y Maternidad) y resonador de vital importancia y



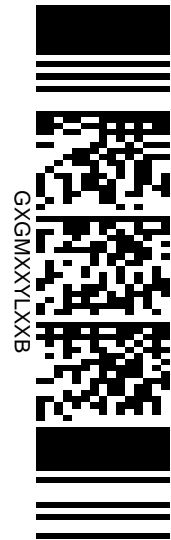
criticidad para el hospital, por lo que el Ministerio de Salud, a fin de hacerle frente a la situación señalada, instruyó a todos los Servicio de Salud, reactivar la actividad quirúrgica, ante la disminución de casos de contagios por COVID-19, siendo la conducta del Servicio de Salud disonante con lo encomendado por el Ministerio de Salud.

Reitera que acusa respecto de la Resolución recurrida, la manifiesta falta o ausencia de fundamentación en la descripción de hecho y derecho que expliquen la distinción entre la cuantía de la asignación de estímulo entre médicos con idéntica especialidad y funciones.

Finalmente, solicita que se acoja dicha acción, disponiendo se dicte una nueva resolución fundada que cumpla los requisitos de todo acto administrativo, de conformidad al artículo 35 de la Ley N° 19.664; asignarle a la recurrente el mismo porcentaje de estímulo otorgado a otros profesionales de la misma especialidad, conforme a la Resolución Exenta N° 196, de febrero de 2022, dictada por el Servicio de Salud Metropolitano Norte, con efecto retroactivo.

SEGUNDO: Informa el abogado don Maximiliano Retamal San Martín, en representación del Servicio de Salud Metropolitano Norte solicitando el rechazo en todas sus partes del recurso de protección, con costas.

En primer lugar, afirma que la acción interpuesta con fecha 27 de marzo de 2022, es total y absolutamente extemporánea, dado que la recurrente tuvo conocimiento de la Resolución Exenta N°196, de fecha 09 de febrero de 2022, del Servicio de Salud Metropolitano Norte, al menos desde el 24 de febrero de 2022, ya que esa es la fecha de pago habitual tanto en el Servicio como en los hospitales, y precisamente la recurrente indica que tuvo conocimiento extraoficial de la Resolución Exenta N°196/2022, y que por ello pudo constatar que en el mes de abril no vario el porcentaje de asignación de estímulo que percibía. Ratifica aquello al sostener la recurrente que la no ejecución material de la Resolución Exenta N°196/2022 en el pago de la asignación de estímulo



del mes de febrero de 2022, provocó la legítima confianza que la cuantía de su asignación no sería reducida.

Sostiene que aunque existan médicos con igual especialidad que la Dra. Vélez y perciban asignación de estímulo en alguno o todos sus ítems, no es efectivo que el Servicio de Salud Metropolitano Norte haya vulnerado ningún derecho o garantía constitucional de la recurrente, primero porque percibe igual asignación de estímulo por competencias profesionales que sus colegas que trabajan en el Hospital San José y posee idéntica especialidad, y además, tal como la misma reconoce en su protección, dicha asignación de estímulo que reclama, constituye una remuneración de carácter “transitorio”, siendo facultativo para el Director del Servicio otorgarlo, y no imperativo como erróneamente plantea.

Señala que aquello descarta la arbitrariedad pues para otorgar y determinar el porcentaje de la asignación en el cual se otorga se debe considerar si en un determinado momento el Servicio de Salud requiere contratar profesionales cuya especialidad sea altamente requerida, o si se quiere, prioritaria, dependiendo obviamente del hospital o establecimiento en que dicho profesional se desempeñe. Por lo que el monto puede variar entre establecimientos u hospitales, dependiendo del nivel de escasez o importancia que tenga en ese momento dicha especialidad en un hospital o establecimiento determinado, y que el Servicio requiere incentivar para que el profesional especialista necesitado, se quede trabajando en dicho establecimiento. Entonces, la distinción o diferenciación, no es arbitraria, sino que tiene un fundamento lógico y plausible de fondo.

Agrega que, por tratarse de una remuneración transitoria, no se otorga de pleno derecho, y la propia Ley N° 19.664 es clara en establecer en la letra b, de su artículo 28°, que la asignación de estímulo es un “estipendio que podrá otorgarse”.

Descarta la existencia de un derecho adquirido de la Dra. Vélez por el sólo hecho de haber percibido anteriormente un porcentaje mayor de asignación de estímulo, puesto que la propia norma lo indica, el porcentaje de otorgamiento de esta asignación, al ser transitoria, debe



ser evaluada cada 3 años, pudiendo aumentar el porcentaje que recibía, conservarlo o también disminuirlo como en el caso de marras, debido a lo cual pretender mantener siempre el mismo porcentaje, que dicho sea de paso era el máximo legal permitido (de 180% de su sueldo base), sólo se trata de una mera expectativa de que pueda seguir recibéndolo en el mismo porcentaje, pero puede que no ocurra porque depende de la necesidad o urgencia que tenga el hospital en que trabaje, lo que permite sostener que no se está frente a un derecho indubitado.

Finalmente señala que la pretensión de la recurrente excede los márgenes de la presente acción y debe ser resuelto mediante otra vía, tal como es la administrativa.

TERCERO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

CUARTO: Que, en cuanto a la alegación de una eventual extemporaneidad de la acción de protección invocada por la parte recurrida, esta Corte estima que al mantenerse vigente los efectos de la Resolución Exenta N°196, de fecha 09 de febrero de 2022, emanada del Servicio de Salud Metropolitano Norte, es de toda lógica, que el acto alegado como vulneratorio de las garantías constitucionales se mantiene también vigente, lo mismo que el plazo para ejercer la mencionada acción de protección.

QUINTO: Que, en cuanto al fondo del recurso sometido a conocimiento y resolución de esta Corte, el acto que se denuncia resulta



arbitrario, ya que afecta la igualdad ante la ley; primero, estableciendo una discriminación arbitraria y en consecuencia un trato diferenciado a la recurrente, por cuanto no afectó al resto de los médicos anestesistas de los demás centros hospitalarios con resolución quirúrgica integrantes de la red del Servicio de Salud Metropolitano Norte, como son Hospital Roberto del Río e Instituto Nacional del Cáncer, profesionales a los cuales se les mantuvo la asignación en su máximo legal, y cuyas especialidades y subespecialidades son idénticas a los profesionales anestesistas que se desempeñan en Hospital San José; y además, porque, está desprovisto de un fundamento racional, en tanto no se contienen motivaciones o fundamentos lógicos y objetivos permitan comprender, en primer término, la distinción entre los médicos anestesistas de los distintos centros hospitalarios, como asimismo y en particular la disminución porcentual de la asignación de estímulo del 180% al 100%, a la médica anestesista recurrente del citado Hospital San José, constituyendo la mentada Resolución Exenta N°196 un acto administrativo que no se condice con las exigencias de una fundamentación que se le exige a autoridad administrativa, la que siempre debe contener la exposición clara y concreta de los motivos que la sustentan, máxime si en la especie, el mencionado órgano de la administración, *actúa por sí y ante sí*, disminuyendo de manera palmaria un estipendio válidamente otorgado y percibido con antelación en el patrimonio de la referida facultativa doña Zully Milena Vélez Casadiego .

SEXTO: Que, conforme a lo expuesto, el actuar de la recurrida vulnera la garantía constitucional del número 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que, se aprecia que no existe una distribución de la asignación en condiciones de igualdad respecto de los médicos integrantes de la red del Servicio de Salud Metropolitano Norte, pese a que todos los facultativos poseen la especialidad que da lugar a su obtención.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 N° 2 y N° 24 y artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el



Auto Acordado sobre la materia, **SE ACOGE** el recurso de protección interpuesto por la letrada doña Daniella Alejandra Faúndez Saavedra en representación de doña Zully Milena Vélez Casadiego en contra del Servicio de Salud Metropolitano Norte, representado por su Director o por quien lo subrogue legalmente, ordenando que se dicte una nueva resolución fundada que cumpla los requisitos de todo acto administrativo, de conformidad al artículo 35 de la Ley N° 19.664 y asignarle a la recurrente el mismo porcentaje de estímulo otorgado a otros profesionales de la misma especialidad integrantes de la red del mencionado Servicio de Salud.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redactó el ministro señor Aguilar.

N°Protección-2559-2022.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Jorge Zepeda Arancibia e integrada por la Ministra señora Elsa Barrientos Guerrero y por el Ministro señor Alejandro Aguilar Brevis. No firma el Ministro señor Aguilar por encontrarse ausente.



Pronunciado por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Jorge Luis Zepeda A., Elsa Barrientos G. Santiago, veintiocho de junio de dos mil veintidós.

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

