

C.A. de Santiago

Santiago, veintidós de marzo de dos mil veintitrés.

Vistos:

Primero: Que, con fecha 23 de marzo de 2022, comparece Maribel del Carmen González Gutiérrez, presidenta de la Asociación Nacional de Funcionarios de FONASA, en representación de **Claudia Elena Pacheco Fuentes, Sergio Hernán Araya Aranís, Patricia Daniela Fuentes Chiarella, Nayade Ayala Meza, Evelyn Francisca Espinoza Alcota, Jessica Teresa Ruiz Robledo, Boris Benito Morales Lineros, Viarly Alejandra Valdebenito Moya, María Angélica Barra Guerrero, Edith Juana Burgos Apablaza, Rosa Loney Navarro López, Lirian Carolay Reyes Canales y Viviana Arlette Fuenzalida Salinas**; e interpone acción de protección en contra del **Fondo Nacional de Salud**, representada por Francisco León Von Muhlenbrock, ambos con domicilio en Monjitas N°655, Santiago; por el acto arbitrario e ilegal consistente en no pagar la bonificación por desempeño institucional establecida en el artículo 4° de la Ley N°19.490.

Expone que mediante Resolución Exenta RRHH 3H N°312 de 23 de febrero de 2022 del Director Nacional (S) del Fondo Nacional de Salud se resuelve pagar por una sola vez a los funcionarios de planta y a contrata una bonificación imponible y tributable ascendente al 28% de las remuneraciones percibidas durante el año 2021. Se indica además que no tendrán derecho a la bonificación quienes hayan tenido ausencias injustificadas al trabajo según lo señala el artículo 72 del Estatuto Administrativo.

Agrega que el 1° de marzo de 2022 se emitió un Certificado por parte de la Jefa del Subdepartamento de Remuneraciones en que se indica que el bono se pagará a los funcionarios que, entre otros requisitos, tuvieron una calificación efectiva durante el período inmediatamente anterior al pago (2020-2021), incorporando así un requisito que no está previsto en la ley.

Indica que todos los funcionarios en cuyo favor se recurre tienen sus ausencias debidamente justificadas, por haber hecho uso de



licencias médicas y en un caso por haber sido suspendido preventivamente en el contexto de un sumario administrativo.

En cuanto a las exclusiones para el pago contenidas en el artículo 4° de la ley 19.490 se encuentran (1) estar dentro del 10% de los funcionarios peor calificados de conformidad a las disposiciones del párrafo 3° del Título II de la Ley N° 18.834; y (2) tener r ausencias injustificadas al trabajo conforme a lo establecido en el artículo 66 del Estatuto Administrativo, en el año precedente al del pago. La misma disposición señala que “Con independencia de la calificación que se obtenga, la bonificación de que trata este artículo será percibida por el 100% de los funcionarios de cada planta y los funcionarios a contrata asimilados a éstas”. En consecuencia, no tiene ninguna relevancia el hecho de que un funcionario no haya sido calificado en el período correspondiente, toda vez que conforme al artículo 40 de la Ley N°18.834 sobre Estatuto Administrativo, los funcionarios que no son calificados conservan su calificación en el año anterior, de modo que tienen derecho a acceder al bono si esas calificaciones no los ubican dentro del 10% de funcionarios peor calificados.

Señala que FONASA han incurrido en una ilegalidad, por cuanto el motivo para no pagar el bono radica en una exigencia que no está establecida en la ley. Además, los funcionarios sí cuentan con una calificación pues según se señaló previamente, el artículo 40 del Estatuto Administrativo ordena expresamente que todo funcionario debe ser calificado, ya sea evaluando su desempeño efectivo o manteniendo la nota del período anterior. Igualmente su actuar es ilegal y arbitrario por cuanto el requisito de ser evaluado en el período correspondiente figura en la ley 19.490 solo tratándose del personal de planta y a contrata de los Servicios de Salud en lo que respecta a la asignación que otorga el artículo 1°, requisito que, según señala la letra e) del mismo artículo, contempla una excepción cuando se trata de funcionarios y funcionarias que han ejercido del derecho al descanso de maternidad, o han hecho uso de licencias médicas por accidentes del



trabajo o enfermedades profesionales, o a licencias médicas por enfermedad o accidente común.

Denuncia como garantías constitucionales conculcadas las consagradas en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Cita jurisprudencia en el sentido que indica.

Solicita se acoja el recurso, ordenando al Fondo Nacional de Salud disponer el pago a los funcionarios en cuyo favor se recurre del Bono establecido en el artículo 4° de la Ley N°19.490, por cuanto cumplen los requisitos legales para su percepción, bono que deberá ser calculado conforme a las remuneraciones percibidas el año 2021.

Segundo: Que, con fecha 4 de junio de 2022, evacúa informe el Fondo Nacional de Salud, solicitando el rechazo del recurso.

En primer término alega la extemporaneidad del recurso, ello atendido que todos los funcionarios tienen conocimiento de que si no son calificados dentro del periodo correspondiente no tendrán derecho al bono institucional, por lo tanto, los recurrentes desde el momento en que no fueron precalificados en el proceso calificadorio 2020-2021 sabían que no tendrían derecho al bono del Programa de Mejoramiento de Gestión (PMG), de modo que el plazo para recurrir se cuenta desde esa fecha y no desde la falta de pago. En este contexto, en atención a que el proceso de calificación comienza en Octubre del año 2021, los recurrentes al no ser calificados en dicha fecha, no pueden sino tener pleno conocimiento de que no recibirán el bono asociado al PMG.

A continuación señala que mediante Resolución Exenta RRHH 3H N° 312/2022 de fecha 23 de febrero de 2022 del Director Nacional del Fondo Nacional de Salud (S), se resuelve pagar a los funcionarios de planta y a contrata una bonificación imponible y tributable ascendiente al 28% de las remuneraciones percibidas durante el año 2021. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 19.490 y su reglamento aprobado por el Decreto N° 435 de 1997 del Ministerio de Salud; sin embargo a los funcionarios por quien se recurre no se les pagó el bono y el motivo de ello les fue notificado por correo electrónico.



Indica que en el presente caso es menester señalar que efectivamente no ha existido acto ni omisión arbitraria o ilegal, así como tampoco se ha amenazado, perturbado o conculcado garantía constitucional alguna, puesto que ha actuado válidamente dentro de su competencia en la forma prescrita por la Ley. 19.490 y en jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República.

Hace referencia a la inadmisibilidad del presente recurso, conforme lo establecido en resolución de 25 de marzo de 2022, haciendo presente que el bono PMG, cuyo pago se reclama y se alega como si tuviera el carácter de derecho adquirido, es un incentivo que dice directa relación con tres elementos absolutamente copulativos, en primer término, el establecimiento de metas de desempeño por parte de la Autoridad Sanitaria, las que deberán ser cumplidas por los diversos Servicios del Sector Salud a los que se les asigna esta bonificación pecuniaria, luego, resulta indispensable la existencia del segundo elemento, cual es, el desempeño efectivo por parte de los diversos funcionarios que pretenden la obtención de la ya referida bonificación y luego el cumplimiento de las mismas, lo que es validado por órganos externos encargados de la evaluación. Pues bien, los Reglamentos Internos de evaluación de desempeño, de cada institución, los que son sometidos indefectiblemente a un examen de legalidad por parte de la Contraloría General de la República, en el caso del FONASA, ciertamente exigen un desempeño mínimo de seis meses, para que cada funcionario pueda ser calificado por la Junta Calificadora por cada periodo anual, periodo consensuado precisamente, con las propias asociaciones de funciones, como la ANAFF. Lo anterior necesariamente lleva a afirmar, que el haber mantenido la calificación del año anterior, en definitiva es una ficción como tantas otras que se pueden encontrar en nuestro ordenamiento jurídico, donde a un funcionario o funcionaria que, por ausentismo prolongado, derivado principalmente de problemas de salud, no se le ha podido calificar, porque precisamente no ha desempeñado labor alguna durante su periodo de inasistencia a sus labores habituales.



Analiza los artículos 3 y 4 de la ley 19.490, indicando que cuando el ejercicio del derecho a feriado, licencias médicas o permisos administrativos, implica para el funcionario ausentarse de su lugar de trabajo por un tiempo superior a seis meses dentro del respectivo proceso calificadorio, éste se encuentra en la situación descrita en el artículo 40 del texto estatutario, razón por la cual, debe entenderse que su desempeño efectivo de funciones ha sido inferior a seis meses, lo que determina que no puede ser objeto de calificación. En consecuencia los empleados que no fueron calificados por no haber desempeñado sus cargos al menos durante seis meses, carecen del derecho a impetrar la bonificación por desempeño institucional del artículo cuarto de la Ley N° 19.9490. Agrega que lo expresado en el presente recurso ha sido resuelto latamente en sede administrativa por la Contraloría General de la República mediante Dictámenes N°19262N18 de 1 de agosto de 2018, N°70.630 de 30 de octubre de 2013 y N°30.234 de agosto de 2017. Igualmente cita jurisprudencia en el sentido que indica.

Aclara que lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 19.490 está destinado a los Servicios de Salud y no al Fondo Nacional de Salud, de conformidad con la historia de la Ley.

Efectúa una especial prevención respecto de Boris Morales Lineros, quien al igual que los y las demás recurrentes, no percibió el Bono por cumplimiento de metas PMG, por no haber sido calificado, sin embargo, a diferencia de la y los demás, los motivos de su ausentismo no dicen relación con enfermedad alguna, sino que con ocasión de un sumario administrativo, el que actualmente se encuentra en Contraloría General de la República, para su registro y en relación al cual se dictó Resolución de Suspensión preventiva para el señor Morales lo que en definitiva derivó en ausentismo que motivó su falta de calificación efectiva. En ese orden de ideas, el funcionario pretende en su calidad de recurrente equiparar su situación a aquellas y aquellos funcionarios que por distintos motivos de salud no pudieron desarrollar sus labores habituales, los que en el caso del señor Morales se debió a un eventual incumplimiento de deberes funcionarios.



Finalmente niega la existencia de vulneración alguna a las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Tercero: 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.

Asimismo, se ha sostenido que la acción de protección no constituye una instancia por la que se persiga una suerte de debate respecto de la procedencia o improcedencia de un derecho, sino que su real objeto está constituido por la cautela de un derecho indubitado.

Cuarto: Que, en lo referido a la extemporaneidad del recurso, la conjetura alegada por la recurrida en orden a que los recurrentes desde el momento en que no fueron precalificados en el proceso calificadorio 2019-2020 sabían que no tendrían derecho al bono del Programa de Mejoramiento de Gestión (PMG), de modo que el plazo para accionar de protección se contaría desde esa fecha y no desde la falta del pago, no es susceptible de aceptar, desde que el acto que generaría la ilegalidad y/o arbitrariedad que se denuncia se produjo objetivamente el día 15 de marzo del 2021, fecha en que se pagó el bono por desempeño institucional a los funcionarios de Fonasa, omitiendo de dicho pago a los actores. Ahora bien, como dedujo el recurso el 13 de abril del presente año, esto es, dentro del plazo que previene el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se desestimara la supuesta extemporaneidad invocada.



Quinto: Que el acto que se tacha de ilegal y arbitrario está constituido por la negativa del órgano recurrido, FONASA, de pagar a los recurrentes el bono de desempeño institucional contemplado en el artículo 4° de la Ley N° 19.490.

Sexto: Que para dilucidar el presente conflicto, preciso es tener presente las normas legales que rigen la materia de autos. En primer término, es preciso citar lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 4° de la Ley N° 19.490 que señala: *“Anualmente, el cumplimiento de las metas del año precedente dará derecho a los funcionarios de planta y a contrata pertenecientes al correspondiente Servicio, a una bonificación por desempeño institucional de hasta el 10% de la suma de las siguientes remuneraciones: sueldo base y asignación de fiscalización en el caso de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, y sueldo base, asignación del artículo 17 de la ley N° 19.185; asignación profesional a que se refiere el artículo 19 de la misma ley y asignación de responsabilidad superior otorgada por el decreto ley N° 1.770, de 1977, respecto de los demás Servicios antes referidos. No obstante lo señalado precedentemente, para el personal de planta y a contrata de las Subsecretarías del Ministerio de Salud; del Instituto de Salud Pública de Chile y de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, regidos por la ley N° 18.834 y el decreto ley N° 249, de 1974, la bonificación por desempeño institucional será de hasta el 15,5%, para los directivos de grado 10° y superiores; hasta el 18,5% para los funcionarios de la planta de profesionales y de la planta de directivos de carrera ubicados entre los grados 11° y 17°, ambos inclusive; hasta el 25,5% para los funcionarios de la planta de técnicos; y hasta el 26,5% para los funcionarios de las plantas de administrativos y auxiliares”*.

A continuación, los incisos séptimo y octavo disponen: *“No tendrá derecho a percibir la bonificación de que trata este artículo, respecto de cada planta de personal, el 10% de los funcionarios peor calificados de conformidad con las disposiciones del Párrafo 3° del Título II de la ley N° 18.834, ni quienes hayan tenido ausencias injustificadas al trabajo*



conforme a lo establecido en el artículo 66 del Estatuto Administrativo, en el año precedente al del pago. En caso de producirse empate en los puntajes de calificación entre varios funcionarios de una misma planta y cuando ello impida determinar quienes serán excluidos del pago de esta bonificación, corresponderá a las juntas calificadoras centrales dirimir dichos empates, estableciendo los funcionarios que no tendrán derecho a la misma.

Con independencia de la calificación que se obtenga, la bonificación de que trata este artículo será percibida por el 100% de los funcionarios de cada planta y los funcionarios a contrata asimilados a éstas."

A su vez el artículo 40 de la Ley N° 18834 establece: "No serán calificados los funcionarios que por cualquier motivo hubieren desempeñado efectivamente sus funciones por un lapso inferior a seis meses, ya sea en forma continua o discontinua dentro del respectivo período de calificaciones, caso en el cual conservarán la calificación del año anterior"

Séptimo: Que cabe tener presente que es un hecho no controvertido que los funcionarios en cuyo favor se recurre se ausentaron de sus labores, por el período referido en autos, con ocasión del uso de licencias médicas cuya procedencia no fue materia de cuestionamiento en esta instancia, lo que permite concluir que el no cumplimiento de funciones por parte de éstas se encontraba justificado.

Asimismo, respecto del funcionario Boris Morales Lineros, su ausentismo se debió a un sumario administrativo seguido en su contra.

Octavo: Que del tenor de las normas legales citadas, sólo carecerán del derecho al pago del bono citado quienes se encuentren entre el 10% de funcionarios peor calificados y también aquellos que registren ausencias injustificadas, situación en la que no se encuentran los actores, quienes registran ausencia laboral justificada en el uso de licencia médica, y la aplicación de un sumario administrativo, y contrariamente a lo sostenido por la recurrida, sí cuentan con calificación, toda vez que de acuerdo a la ley que rige el asunto, ante el



supuesto de sólo carecerán del derecho al pago del bono citado quienes se encuentren entre el 10% de funcionarios peor calificados y también aquellos que registren ausencias injustificadas, situación en la que no se encuentran los actores, quienes registran ausencia laboral justificada y contrariamente a lo sostenido por la recurrida, sí cuentan con calificación, toda vez que de acuerdo a la ley que rige el asunto, ante el supuesto de ausencia laboral superior a seis meses deben conservar su calificación del año anterior.

Es preciso señalar que la disposición referida cobra especial sentido en la presente situación donde el principal argumento para no otorgar el bono estriba en la ausencia de calificación, planteamiento que no se sostiene conforme la norma referida, debido a que ésta ordena claramente calificar al funcionario, en primer término evaluando el desempeño efectivo o manteniendo la nota del año anterior cuando en el período a evaluar el desempeño efectivo es inferior a seis meses, motivo por el cual la decisión de la recurrida resulta ilegal por contrariar las normas respectivas, y arbitraria porque no justifica razonablemente las razones por las cuales extiende la aplicación de una norma a una situación que, como ha quedado demostrado, no les resulta aplicables a las recurrentes.

Noveno: Que, en consecuencia, la conducta de la recurrida afectó la garantía constitucional del artículo 19 N°s 2 y 24 de la Carta Fundamental ya que, por una parte, se ha dado tratamiento distinto a los funcionarios recurrentes a pesar de encontrarse en igual situación que aquellos otros a quienes se les solucionó la bonificación en su oportunidad y, por la otra, se les priva de su dominio, que le correspondía por haber cumplido con las exigencias legales, motivo por el cual la acción constitucional debe ser acogida.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, **se acoge** el recurso deducido en autos, debiendo la recurrida disponer el pago del bono de



desempeño establecido en el artículo 4° de la Ley 19.490, calculado sobre las remuneraciones percibidas el año 2021.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad, archívese.

N°Protección-2235-2022.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Elsa Barrientos Guerrero e integrada por la Ministra (S) señora Lidia Poza Matus y por el Abogado Integrante señor Eduardo Jequier Lehuedé. No firma la Ministra (S) señora Poza por encontrarse ausente.



Pronunciado por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Elsa Barrientos G. y Abogado Integrante Eduardo Jequier L. Santiago, veintidós de marzo de dos mil veintitrés.

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

