

Santiago, cinco de julio de dos mil diecinueve.

Vistos:

1°.- Que comparecen doña Eliana Espinoza Sánchez, y doña Paulina Ceroni Contreras, ambas funcionarias del Fondo Nacional de Salud, interponiendo Recurso de Protección en contra de éste por el acto que estiman ilegal y arbitrario materializado el día 16 de marzo de 2019, consistente en el no pago de la bonificación por desempeño institucional establecida en el artículo 4° de la Ley Nro. 19.490, decisión que a su juicio vulneraría la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, esto es, *“La igualdad ante la ley”* Por lo que solicitan se acoja el presente recurso ordenando a la recurrida dejar sin efecto su decisión de no pagar el mencionado bono, debiendo pagarle el mismo en forma retroactiva y en lo sucesivo.

Señalan las recurrentes que con fecha 11 de marzo de 2019, mediante Decreto Exento N° 15 del Ministerio de Salud, se estableció para el año 2019, por concepto de bonificación por desempeño institucional para los funcionarios de planta y contrata del FONASA, un 28% sobre las remuneraciones a que se refiere el artículo 4° de la Ley 19.490, percibidas por ellos el año 2018. Lo anterior, por el cumplimiento del 100% de las metas fijadas para el año 2018, por el Decreto Exento N° 450 del 15 de diciembre de 2017, del MINSAL.

Agregan, que el primer pago de dicho estímulo pecuniario, se llevó a efecto el día 16 de marzo de 2019, no habiéndolo recibido las recurrentes, por lo que la Asociación de Funcionarios a la que pertenecen (ANAFF) consultó el porqué de dichas situaciones al Depto. de Gestión de Personas, a lo que se les respondió que en ambos casos no cumplían con todos los requisitos establecidos en el artículo 4° de la ley 19.490 para la percepción de la bonificación en comento, por el hecho de que ambas no fueron calificadas en el periodo 2017-2018. Ahora bien, en el caso de la funcionaria Espinoza Sánchez, ésta sufrió un accidente de trayecto, calificado así por el organismo pertinente, lo que implicó un prolongado ausentismo de 146 días de licencia médica en los periodos comprendidos entre los días 15 y 22 de febrero de 2018, y los días 13 de abril y 29 de agosto de 2018. A lo anterior, se deben sumar sus días de feriado y permisos administrativos de los que hizo uso durante el periodo calificadorio, lo que en definitiva trajo como consecuencia que tuviese un desempeño efectivo inferior a seis meses dentro del periodo calificadorio 2017-2018. Manifiesta que lo anterior también se debió a que el año 2017 se implementó un nuevo reglamento calificadorio en el FONASA, el cual, al ser su primera aplicación, redujo el periodo calificadorio a 11 meses (desde el 1 de diciembre de 2017 al 31 de octubre de 2018). Expresa, que lo anterior no



es baladí, ya que si el periodo hubiese sido de 12 meses, como era habitual y en conformidad al Estatuto Administrativo en su artículo 38, habría podido cumplir los 6 meses de desempeño efectivo.

En seguida, tratándose de la funcionaria Ceroni Contreras, manifiesta que el día 10 de noviembre de 2017 nació su hijo Ismael Ignacio Ramos Ceroni, lo que derivó que en el último periodo calificadorio, el cual comprende entre el 01 de diciembre de 2017 y el 31 de octubre de 2018, la recurrente sumara un total de 308 días de ausentismo, los que abarcan 63 días por licencia maternal, 84 días de Post Natal Parental, 156 de licencias médicas por enfermedad común y 5 días por uso de feriado legal.

A su turno, afirman las recurrentes que el artículo 4° de la Ley N°19.490 señala expresamente las circunstancias en la cuales un funcionario no podría percibir dicha bonificación y entre dichas causales no figura precisamente la de no haber sido calificado, por lo que el actuar de FONASA sería ilegal, generando la vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 Nro. 2 de nuestra carta Fundamental. Afirman, que conforme a la forma en que está regulado el pago de las asignaciones a que se refiere la ley 19.490, señala como ejemplo la contemplada en el artículo primero, cuando el legislador quiso establecer como requisito el hecho de ser calificado durante el periodo respectivo para percibir esta bonificación, lo señaló expresamente.

2°.- Que informando el Fondo Nacional de Salud, el argumento expresado por las recurrentes al deducir su acción ha sido latamente resuelto en sede administrativa por la Contraloría General de la República, la que en diversos dictámenes: N° 19.262/N18 de 1 de agosto de 2018 y N° 70.630 de 30 de octubre de 2013, señalan que un *“Funcionaria no tiene derecho al pago de la bonificación por desempeño institucional del artículo 4° de la ley N° 19.490, ya que no fue calificada por el período 2016-2017, al haber tenido un desempeño efectivo inferior a seis meses.”*

Expresa el referido Dictamen que: *“Sobre el particular, cabe recordar que el artículo 4° de la aludida ley N° 19.490 concede una bonificación por desempeño institucional para el personal que menciona, el que se pagará una sola vez, a más tardar el 31 de marzo de cada año, en relación con el logro de las metas del año precedente y la calificación alcanzada por el servidor en el período anterior al entero del anotado estipendio. Enseguida, conviene añadir que, conforme con lo expresado en el dictamen N° 99.613, de 2015, de este origen, el señalado emolumento tiene por finalidad incentivar y premiar a quienes han contribuido a la obtención de los objetivos correspondientes, de modo que, para su percepción,*



además de tal cumplimiento, se requiere que los beneficiados con aquél hayan sido evaluados. En este contexto, es útil hacer presente que el artículo 40 de la ley N° 18.834 dispone que 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 evaluación del año anterior. En relación con la materia, la jurisprudencia de este Organismo de Control contenida, entre otros, en el dictamen N° 17.874, de 2014, ha precisado que cuando el ejercicio del derecho a feriado, licencias médicas o permisos administrativos, implica para el funcionario faltar a su lugar de trabajo por un tiempo superior a seis meses dentro del proceso evaluatorio, éste se encuentra en la situación descrita en el artículo 40 del referido cuerpo estatutario, por lo que -contrariamente a lo planteado por la interesada- los días en que ella se ausentó de sus labores por tales conceptos, también deben ser contabilizados para efectos de determinar si le corresponde o no ser calificada. Así entonces, en atención a que de los antecedentes tenidos a la vista aparece que la interesada se ausentó de sus labores -en razón de licencias médicas, feriado legal y permisos administrativos- por más de seis meses, cabe concluir que, en virtud de lo ordenado por el precitado artículo 40, es procedente que ella no haya sido calificada y que, por consiguiente, no le asiste el derecho a percibir la bonificación por desempeño institucional en análisis (aplica dictamen N° 2.211, de 2013).”

En seguida, más ilustrativo aún resulta lo resuelto por el Órgano Contralor en su Dictamen N° 70.630 de fecha 30 de octubre de 2013 el cual se pronunció ante solicitud de funcionaria del Instituto de Salud Pública que determinara si le asistía el derecho a percibir la asignación prevista en el artículo 4° de la ley N° 19.490, atendido que, a pesar de no haber sido calificada en el período 2011-2012, esto es, el que antecede al pago de ese emolumento, por encontrarse haciendo uso de sus permisos de prenatal, postnatal y postnatal parental, habría sido evaluada parcialmente en el proceso precedente. En tal sentido, la CGR determinó que, no obstante haber sido la misma Autoridad del Servicio antes dicho, la que solicitó la reconsideración de la jurisprudencia existente a esa fecha, relativa a este tema argumentando el Instituto de Salud Pública que, a su juicio, la modificación legal que introdujo el inciso octavo al artículo 4° de la citada ley N° 19.490, tuvo por objeto ampliar el pago de dicho estipendio a todos los funcionarios de planta y a contrata asimilados a esta y no restringirlo, como resulta de la aplicación del criterio de este Organismo Fiscalizador, por lo que la circunstancia de haber sido



calificado el año inmediatamente anterior al del entero de la mencionada asignación, no debe considerarse un requisito para acceder a ella.

La Entidad de Control en definitiva refutó el argumento, expresando que: “Al respecto, cabe manifestar que, en resumen, el citado pronunciamiento concluyó que quedan marginados del otorgamiento del emolumento en comento, los empleados que no hayan sido calificados en el periodo inmediatamente anterior al del pago, por cuanto el universo del personal beneficiario, de acuerdo con lo previsto en el referido inciso octavo, está conformado por todos los funcionarios que hayan sido calificados, como quiera que acorde con el nuevo precepto el derecho se adquiere con independencia de la calificación que se obtenga. Sobre el particular, cumple con señalar que el citado artículo 4° otorga una bonificación por desempeño institucional, sobre la base de cálculo y en los porcentajes que indica, a los funcionarios de planta y a contrata de las entidades que señala -entre ellas el Instituto de Salud Pública de Chile-, por el cumplimiento de las metas del año precedente, referidas a la eficiencia institucional y a la calidad de los servicios proporcionados a los usuarios, la que se pagará de una sola vez, a más tardar el 31 de marzo de cada año. Enseguida, cabe manifestar que el artículo 3°, N° 3, letra c), de la ley N° 19.937, incorporó un nuevo inciso octavo al mencionado artículo 4° de la ley N° 19.490, en el cual se prescribe 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”. Ahora bien, en primer término, es menester hacer presente que según se aprecia del tenor del reseñado inciso, tal precepto fija como condición al disponer que la totalidad de los empleados de planta y contrata recibirán la asignación por la que se consulta, el hecho de haber sido calificado, ya que entender, como lo pretende el organismo informante, que desde la incorporación de esa norma no se requiere tener evaluación, hace perder utilidad y sentido a la expresión “con independencia de la calificación que se obtenga”, la que sería innecesaria en el contexto de la tesis que esa entidad plantea. Así, por lo demás, se desprende de lo consignado en el Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado, emitido durante la tramitación del proyecto de la ley N° 19.937, en el que se señala que el Subsecretario de Salud expresó que la reseñada modificación pretende que el 100% “del personal calificado” pueda acceder a este beneficio.

De igual forma, es útil anotar que la Subsecretaría de Salud, mediante su oficio N° 2C/4379, de 2004, señaló -informando una presentación mediante la cual una asociación de funcionarios de ese Instituto hizo idéntico planteamiento al que



ahora realiza este organismo-, que el aludido inciso octavo tuvo por finalidad extender el beneficio de que se trata al 100% de los funcionarios calificados, por lo que dicha evaluación laboral es requisito indispensable para tener derecho a él, tal como se resolvió en el dictamen N° 1.193, de 2005, de este origen.”

A mayor abundamiento, se debe hacer presente que la excepción a la que aluden las recurrentes, contemplada en el artículo primero, está expresamente contemplada por el legislador para los servicios allí mencionados, dentro de los cuales no se encuentra precisamente el FONASA, por lo que resulta contradictorio utilizar el argumento del señalamiento expreso de la norma para entender que no se exige ser calificada y luego soslayar dicha hermenéutica jurídica para así entender que en el caso en comento se debió aplicar un criterio extensivo.

3°.- Que para la procedencia del recurso de protección se requiere, como requisito esencial, que quien lo intente justifique la existencia de un derecho constitucionalmente protegido; la perturbación o privación del legítimo ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido. Para la procedencia del recurso de protección es indispensable establecer que el derecho que se invoca como vulnerado sea indubitado, esto es, claro en su origen y ejercicio, de modo que su interrupción constituya una perturbación o privación ilegítima que permita a la jurisdicción adoptar las medidas necesarias y urgentes para restablecer el imperio del mismo.

4°.- Que en lo que se refiere al no pago de la bonificación por desempeño institucional establecida en el artículo 4° de la Ley N 19.490, en que habría incurrido la recurrida, cabe señalar que esta no constituye una conducta arbitraria o ilegal, desde que tal acto administrativo se basa en el no cumplimiento por parte de las recurrentes de las metas de gestión establecidas por el organismo de salud recurrido en el período de calificaciones de estas, toda vez que su ausentismo a las labores habituales, se extendió por más de seis meses, sin posibilidad de ser calificadas de conformidad lo establece el artículo 40 de la Ley N° 18.834.

Cabe recordar que la bonificación reclamada por las recurrentes tiene por finalidad incentivar y premiar a quienes han contribuido a la obtención de los objetivos pre establecidos, esto es, al cumplimiento de las metas fijadas por el servicio, lo que en la especie no ha ocurrido, toda vez que, no ha sido posible la calificación de las actoras, pues, el período que sirvieron sus labores fue inferior a los seis meses. Por otra parte, ha de tenerse presente que la Contraloría General de la República en diversos dictámenes ha resuelto esta situación señalando que no asiste a los funcionarios el derecho a percibir la bonificación por desempeño



institucional que no han sido calificados en razón de haber desempeñado sus funciones por un lapso inferior a los seis meses.

De tal modo, la decisión de la recurrida, se adoptó de conformidad y dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 4° de la Ley N° 19.490, en relación con el artículo 40 de la Ley N° 18.834.

5°.- Que, por otra parte, las recurrentes, en los términos del artículo 8° del Código Civil, no han podido sustraerse al cumplimiento de los requisitos que la ley exige para la obtención de la bonificación reclamada.

6°.- Que en cuanto a los documentos que se han aparejado por las recurrentes a sus respectivas presentaciones, ellos en nada alteran lo que se ha anotado precedentemente.

7°.- Que, así las cosas, necesario será desestimar los recursos de que se trata.

Y, visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Autor Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, **se rechazan** los recursos de protección deducidos por doña Eliana Espinoza Sánchez y doña Paulina Ceroni Contreras en contra del Fondo Nacional de Salud (FONASA).

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción de la Ministro señora Gloria Solís R.

Protección N° 26.533-2019.



Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Gloria Maria Solis R., Ministra Suplente Nel Patricia Gertrudis Greeven B. y Abogado Integrante Rodrigo Asenjo Z. Santiago, cinco de julio de dos mil diecinueve.

En Santiago, a cinco de julio de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



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 07 de abril de 2019, 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>.