

Iquique, treinta de noviembre de dos mil veinte.

**VISTO:**

Comparece doña Madelyn Maluenda Pérez, abogada, domiciliada en calle Bolívar N° 354, ciudad de Iquique, ocurriendo por don **Gerardo Gustavo Robles Henríquez**, cédula de identidad N° 17.262.533-9 y doña **Janell Gina Villagra Salfati**, cédula de identidad N° 15.925.519-0, ambos médicos especialistas, de su mismo domicilio para estos efectos, por quienes deduce acción de protección en contra del **Servicio de Salud de Iquique**, representado legalmente por su Director don Jorge Galleguillos Möller, por atentar en contra de los derechos garantizados en el artículo 19 N° 2 y 24 de la Constitución Política de la República.

Señala que los protegidos poseen el título profesional de médico cirujano, siendo ambos médicos especialistas, funcionarios del servicio de Salud de Iquique. Así, el Dr. Robles, tiene un vínculo a contrata con el Hospital Regional de Iquique, prestando sus servicios en jornada diurna de 22 horas semanales, regidas por la Ley N° 19.664 que establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los Servicios de Salud y un cargo de 28 horas. Por su cargo de 22 horas, su remuneración se ve sujeta a lo dispuesto en el párrafo 4° de ese cuerpo legal, encontrándose en Período asistencial obligatorio (PAO).

Por otro lado, indica que la Dra. Janell Villagra, se desempeña como psiquiatra en el consultorio de salud mental de Iquique, con un cargo de 44 horas, ocupando un cargo que quedó vacante, cargo al que también se le había asignado un porcentaje de asignación de estímulo.

Hace presente que la remuneración de los profesionales funcionarios se compone de un sueldo base y de distintas asignaciones que, en general, son reguladas por la Ley N° 19.664 y los reglamentos respectivos. Es así como esa normativa distingue entre remuneraciones de carácter permanente y otras de carácter transitoria, siendo las primeras aquellas relacionadas con la carrera funcionaria del profesional y su especialidad, mientras que las segundas se caracterizan por ser fijadas y concedidas por el Director del Servicio de Salud que corresponda.

En dicho contexto, refiere que el pasado 24 de octubre, sus representados tuvieron acceso a su respectiva liquidación de sueldo, notando una gran diferencia en el porcentaje que percibieron por concepto de asignación de estímulo de la Ley N° 19.664, en comparación a otros médicos de la misma especialidad y función. Mientras que el Dr. Robles percibió un 55% de asignación, en comparación con el



resto de sus colegas que trabajan en el hospital percibieron el 100%. Por su parte la Dra. Villagra no percibió pago alguno por este concepto.

Manifiesta que los hechos que explican el actuar ilegal y arbitrario del Servicio de Salud de Iquique con sus representados, dicen relación con las asignaciones transitorias y, en específico, con la denominada “asignación de estímulo”. 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). El porcentaje que puede asignarse, puede ir de un 10% a un 180% por sueldo base, aunque por acuerdo suscrito entre el Colegio Médico de Chile A.G. y el Ministerio de Salud en el año 2015, el porcentaje mínimo que debe reconocerse a los médicos especialistas es de un 40% del sueldo base. En cuanto a su composición, expone que este estipendio contempla tres ítems de pago.

En cuanto a la forma de su otorgamiento, explica que según el artículo 25 de la Ley N° 19.664, es fijada y concedida por el Director del Servicio de Salud correspondiente, dentro de los rangos que establece la ley y su reglamento. Por otra parte, su formalización administrativa finaliza con una resolución que la conceda de manera específica en favor del funcionario que se trate, la que deberá sujetarse a los cargos de la Planta de Directivos, a la cantidad de horas y a la disponibilidad presupuestaria asignada en la resolución fundada. En consecuencia, de lo señalado se desprende que para el otorgamiento y formalización de la asignación de estímulo en beneficio de un profesional funcionario, se hacen exigibles dos actos administrativos: por un lado, la resolución fundada del Servicio de Salud que corresponda (que distingue a los Hospitales, especialidades y porcentajes asignados a cada uno) y, por otro lado, una resolución que otorga específicamente el estipendio al funcionario que se trate, respetando lo establecido en la resolución fundada.

Agrega que en el caso particular, la resolución fundada vigente que otorga la asignación de estímulo en el Servicio de Salud Iquique es la Resolución Exenta N° 769 de 2017 que establece los porcentajes de la referida asignación. En ella se establece un 55% de asignación para los médicos que están en período asistencial obligatorio, en contraposición a los médicos especialistas en general que reciben un 130%.

En dicho contexto, hace la primera salvedad, ya que según el inciso 2° del artículo 3° del Decreto N° 847 del 2000, el Servicio de Salud deberá evaluar la



mantención de esta resolución fundada, a lo menos cada 3 años, atendiendo a la persistencia de las condiciones bajo las cuales se concedió; lo que trae como consecuencia directa una afectación en la remuneración de una gran cantidad de profesionales funcionarios, al verse aumentada año a año la dotación de médicos en ese lapso, así como las especialidades requeridas por el Hospital de Iquique.

Respecto del acto ilegal y arbitrario, aduce que el médico recurrente de autos, Sr. Robles, es especialista en Cirugía General desde el año 2019, y según se evidencia en la liquidación que se acompaña, se le paga como asignación de estímulo sólo un 55% sobre el sueldo base, mientras que la Dra. Janell Villagra no percibe la asignación de estímulo en ninguno de sus ítems, pese a que ingresó para ocupar un cargo que sí tenía asignado dicho estipendio; mientras que existen otros profesionales funcionarios, con la misma jornada semanal, idéntica especialidad e igual funciones, que sí se les reconoce la asignación de estímulo en un porcentaje determinado, por lo que se produce una discriminación arbitraria e ilegal contra de los recurrentes.

Por otro lado, añade que el Servicio de Salud recurrido ha señalado que no tiene presupuesto para el pago de las asignaciones s, realizando una distinción con los médicos que se encuentran en la situación similar a la de aquellos que en favor recurre, arguyendo que no existe explicación legal ni fundada que aclare por qué médicos especialistas, con las mismas labores, mismo empleador y siendo ambos dependientes del Servicio de Salud de Iquique, perciben distintos porcentajes por concepto de asignación de estímulo, siendo algunos beneficiados hasta el 130% del sueldo base.

Cita jurisprudencia y alega como conculcadas las garantías contenidas en el artículo 19 N° 2 y N° 24 de la Constitución Política de la República.

Pide, en definitiva, acoger el recurso en todas sus partes, disponiendo en concreto que el recurrido dicte una nueva resolución fundada, en conformidad al artículo 35 de la Ley N° 19.664, y asignarle al Dr. Gerardo Gustavo Robles Henríquez el mismo porcentaje de estímulo otorgado a otros profesionales de la misma especialidad y fijar la asignación a la Dra. Janell Gina Villagra Salfati, así como ordenar el pago de las asignaciones adeudadas a la fecha.

Adjunta antecedentes.

Evacúa informe don Luis Muena Bugueño, abogado, en representación del Servicio de Salud Iquique, quien solicita el rechazo de la acción deducida.

Como cuestiones previas, expone que debe tenerse presente el artículo 1° del Decreto N° 140/2004 del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento



Orgánico de los Servicios de Salud, y el inciso 2º del artículo 1º de la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de la Administración del Estado, de lo que deviene que el Servicio de Salud Iquique, es un servicio público que forma parte de la administración del Estado, cuyo actuar se rige estrictamente por el principio de legalidad, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

En cuanto al recurso deducido, invoca incumplimiento de requisitos formales del recurso: extemporaneidad y falta de precisión del acto recurrido.

Ello, toda vez que de acuerdo al artículo 20 de la Constitución Política de la República y al Auto Acordado que regula la acción constitucional de protección, la acción debe cumplir, entre otros requisitos, con el de referirse a actos u omisiones ilegales o arbitrarios e interponerse dentro del plazo de 30 días corridos y fatales, contados desde la ejecución del acto, o desde la ocurrencia de la omisión, o según la naturaleza de estos desde que se haya tenido noticia o conocimiento de los mismos.

Así, señala que en todo el relato del recurso, no se observa cuál es el acto que se denuncia por parte de los recurrentes; pero al leer el recurso en su integridad, indica que pareciera que los recurrentes pretenden cuestionar la Resolución Exenta N° 769 de 2017 del Servicio de Salud Iquique, la que tiene ya casi tres años de vigencia, durante la cual ambos han planteado este asunto con anterioridad, lo que revela que los hechos que motivan el recurso de autos, han acaecido hace mucho más tiempo del que permite la acción cautelar deducida; sin perjuicio, además, de que existen herramientas de Derecho Administrativo que contempla el sistema, para resolver asuntos como los que plantea y que no han sido agotadas.

Explica que la recurrente Janell Gina Villagra Salfati, con fecha 06 de marzo 2019, formuló una petición al Subdirector de Gestión Asistencial del Servicio de Salud Iquique, en el sentido de solicitar que se le otorgue la misma asignación de estímulo de que trata el recurso de marras. Por su parte, respecto del recurrente don Gerardo Gustavo Robles Henríquez, mediante Resolución Exenta N° 1830 de 01 de junio de 2018, se le reconoció la misma asignación, por lo que ya desde esa fecha que tiene conocimiento de los mismos hechos que, más de dos años después, ventila en el presente recurso de protección.

Pormenoriza latamente el marco legal de la materia del recurso:

- Ley N° 19.664, que establece normas especiales para profesionales funcionarios que indica de los servicios de salud y modifica la Ley N° 15.076, en especial sus artículos 28 y 35 que regulan las remuneraciones transitorias y asignación de estímulos.



- Decreto 847, de 2000 Minsal aprueba reglamento para la concesión de la asignación de estímulo establecida en la Ley N° 19.664.

En cuanto al fondo, relata que la recurrente Dra. Janell Villagra Salfati, ingresó al Servicio de Salud Iquique el 01 de marzo de 2019, siendo contratada como Médico Psiquiatra, 44 hrs. semanales, conforme lo dispuesto en la Ley N° 19.664, siendo prorrogada su contratación hasta el 31 de diciembre de 2020. Por otro lado, colaciona carta de solicitud de asignación de estímulo de 06 de marzo de 2019 e indica que el 15 de abril de 2019, la referida presentó carta dirigida al Director del Servicio del Salud Iquique, a través de la cual solicita el pago de Asignación de Estímulo por competencias profesionales, la que fue respondida a través de Ordinario N° 1193 de fecha 24 de abril de 2019, del Servicio de Salud Iquique, que adjunta.

Describe que conforme la normativa vigente en materia de administración financiera del Estado y considerando la sobreejecución de la glosa respectiva, se informó a la doctora Janell Villagra Salfati, que no sería posible considerar en su contratación el pago de Asignaciones de Estímulo del artículo 35 de la Ley N° 19.664, las cuales se encuentran en revisión por parte de la Comisión designada para estos efectos en el Servicio de Salud Iquique.

Por su parte, el recurrente Dr. Gerardo Robles Henríquez, ingresó al Servicio de Salud Iquique, en calidad a contrata, a fin de cumplir su periodo asistencial obligatorio (PAO) en el Hospital Dr. Ernesto Torres Galdames, como médico especialista en Traumatología y Ortopedia, 28 hrs. de la Ley 15.76 (*sic*), y 22 hrs. de la Ley N° 19.664, a contar del 01 de enero de 2019, considerándose prorrogada su contratación hasta el 31 de diciembre de 2020. Y conforme lo informado por Subdirectora de Gestión y Desarrollo de las Personas (S) del Hospital Dr. Ernesto Torres Galdames, la resolución de contrato del médico referido está en proceso de elaboración.

Colaciona que mediante correo electrónico de fecha 08 de agosto de 2018, emitido por el profesional funcionario Sr. Robles, dirigido al Subdirector de Gestión y Desarrollo de las Personas de época, se solicitó respuesta a su petición consistente en recibir asignación por especialidad en ortopedia y traumatología sobre un 100% del sueldo base.

Así, refiere que conforme lo dispuesto mediante Resoluciones Exentas N° 1830, de fecha 01 de junio de 2018 y N° 3025 de fecha 13 de septiembre de 2018, ambas del Servicio de Salud Iquique, se conceden al Sr. Robles, las Asignaciones



de Estímulo, consistentes en Jornadas Prioritarias por un 59.6094% del sueldo base y Competencias Profesionales por el 25% del sueldo base.

Cita sendas resoluciones exentas dictadas al efecto y explica que se han concedido asignaciones de estímulo conforme lo dispuesto en las mencionadas Resoluciones Exentas; no obstante, dada la sobrejecución de la glosa presupuestaria relativa a la Asignación de Estímulo en referencia, se determinó no conceder nuevas asignaciones de este tipo a contar del año 2019, exceptuando aquellos reconocimientos relativos a nuevos cargos de expansión de la Ley 19.664, conforme al tope de glosa financiada; a saber, profesionales funcionarios en “Etapa de Destinación y Formación” (EDF) del artículo 8 de la Ley N° 19.664, los cuales cuentan con un financiamiento del 80% del sueldo base para dicho concepto, y profesionales funcionarios que inician su Periodo Asistencial Obligatorio (PAO), los cuales cuentan con un financiamiento del 55 % del sueldo base para dicho concepto conforme instrucciones del nivel central.

Agrega que con fecha 12 de noviembre de 2020, se retomará sesiones de Comisión Técnica para el otorgamiento y actualización de la Asignación de Estímulo a los profesionales funcionarios afectos a la Ley N° 19.664 del Servicio de Salud Iquique; ya que existen trabajos pendientes que abordar y que estaban suspendidos por la pandemia del Covid-19; todo lo cual hace prematuro sostener que exista un acto arbitrario o ilegal, en los términos que plantean los recurrentes.

Concluyendo, sostiene que los recurrentes no tienen derecho alguno respecto de la asignación que por este medio reclaman, toda vez que dicho beneficio no le fue conferido por la autoridad a la Dra. Villagra y al Dr. Robles por Jornadas Prioritarias con un 59.6094% del sueldo base y por Competencias Profesionales por el 25% del sueldo base; ya que de acuerdo a la normativa vigente la autoridad está facultada para indicar las causales para ser titular, ni fueron considerados dentro del cálculo respecto a la disponibilidad presupuestaria. Precizando que la asignación de estímulo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28, letra b), de la Ley N° 19.664, que establece normas para profesionales funcionarios que indica de los servicios de salud y modifica la Ley N° 15.076, es un estipendio que puede otorgarse 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 quiera incentivar para cumplir los planes y programas de salud, pero de forma facultativa para la autoridad, ya que se vale de la palabra “puede”, sujeta, además, a la disponibilidad presupuestaria, en conformidad con las normas financieras de la administración del Estado. Añade que conforme dicha norma, la asignación en comento también



“puede” concederse en atención a las competencias profesionales, esto es, a la valoración de un determinado puesto de trabajo sobre la base de la formación, capacitación y especialización o competencias del personal que lo ocupare; o en atención a las condiciones y lugares de trabajo, esto es, por el desarrollo de actividades en lugares aislados, o que impliquen desplazamientos en lugares de difícil acceso, o que presenten condiciones especiales de desempeño que sea necesario estimular, tales como turnos de llamada en establecimientos de baja complejidad.

A su turno, el artículo 3° inciso segundo del Decreto N° 847 de 2000, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento para la concesión del indicado beneficio, precisa, en lo que atañe al recurso, que los directores de los servicios de salud, mediante resolución fundada, establecerán las causales y los porcentajes específicos fijados a cada uno de los conceptos que componen esta asignación, así como el número máximo de horas de la dotación a los cuales les podrá conceder el beneficio. Enseguida, el aludido precepto agrega, en su inciso cuarto, que las resoluciones que otorguen en forma específica el citado estipendio, deberán sujetarse tanto a los cargos de la planta de directivos y a la cantidad de horas, como las disponibilidades presupuestarias fijadas en la referida resolución fundada.

Expone que lo anterior está en armonía con los dictámenes N°s. 72.471 y 85.218, ambos de 2016, de la Contraloría General de la República, en la que se colige que para que un funcionario adquiriera el derecho a percibir la mencionada asignación de estímulo, por cualquiera de las causales previamente expuestas, es necesaria la concurrencia de dos actos administrativos: uno en el cual se determinen las causales y los porcentajes que se pagarán, y otro que, dentro de dicho marco, conceda el beneficio, en forma específica, al empleado de que se trate, lo que como se anotó, es facultativo para la autoridad, una vez cumplidos aquellos supuestos legales.

Por lo que se concluye que se trata de una asignación transitoria, que rige mientras se mantengan las circunstancias que le dieron origen y, por otra parte, en caso de otorgarse, la autoridad debe considerar la disponibilidad de recursos, por cuanto la Ley de Presupuestos del Sector Público consiga ese ítem como glosa presupuestaria, acotando el monto máximo autorizado para ello.

Por otro lado, aduce que la materia del recurso desborda los fines de un recurso de protección, observando que los recurrentes no han intentado amparar un derecho indubitado y no disputado, sino que, lo verdaderamente pretendido a



través de la presente acción es plantear una controversia jurídica sobre la procedencia de pagar o no la asignación de estímulo consignada en la Ley N° 19.664, situación que no corresponde ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar, ya que no constituye una instancia de declaración de derechos.

Finalmente, indica que considerando que el Servicio de Salud Iquique se ha ceñido en su actuar a la normativa vigente sobre la materia, a la que se ha hecho referencia en forma lata, y el principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, no se vislumbra ningún actuar contrario a la ley; ni tampoco la existencia de una acción u omisión atribuible a la recurrida que pueda ser calificada de arbitraria, toda vez que no ha existido una conducta antojadiza o contraria a la razón; y, por consiguiente, deviene en la inexistencia de vulneración a las garantías constitucionales denunciadas por los actores.

Pide, en definitiva, rechazar el recurso de protección interpuesto por los recurrentes, sea por razones formales, esto es, por extemporáneo y/o por no singularizar el acto recurrido o, por motivos de fondo, toda vez que no ha existido acto arbitrario ni ilegal alguno atribuible al Servicio de Salud Iquique, con costas.

Acompaña documentos.

Se trajeron los autos en relación.

#### **CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el artículo 20 de la Constitución Política de la República concede, a quien por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías taxativamente señalados, la acción cautelar de protección a fin de impetrar del órgano jurisdiccional se adopten de inmediato las medidas o providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

De lo anterior se infiere que para su procedencia es requisito indispensable la existencia de un acto u omisión ilegal, es decir, contrario a derecho, en el sentido de vulnerar un precepto normativo obligatorio, o bien, arbitrario, esto es, producto del mero capricho de quien incurre en él, de modo que la arbitrariedad significa carencia de razonabilidad en el actuar u omitir.

**SEGUNDO:** Que, en síntesis, se colige que el acto reclamado en estos autos radica en la asignación de estímulo y su porcentaje, que le corresponde percibir a los recurrentes en relación a otros profesionales de la misma especialidad de salud, cuestión que conculcaría los derechos garantizados en el artículo 19 N° 2 y 24 de la Carta Magna.

**TERCERO:** Que, en cuanto a las alegaciones formales de extemporaneidad y singularización el acto recurrido, éstas serán desestimadas en la forma propuesta





por la recurrida, toda vez que la acción ha sido deducida satisfaciendo los términos del artículo N° 1 del Auto Acordado que sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales.

**CUARTO:** Que, en lo referente a la declaración que persiguen los recurrentes por esta vía, atendido el mérito de los antecedentes expuestos, se concluye que excede el ámbito de esta acción cautelar, pues constituye una cuestión de derecho que no puede ser dilucidada en un recurso de protección, ya que esta acción constitucional fundamentalmente se encuentra destinada a resolver situaciones de hecho cuya tramitación debe ser breve y sumaria, no admitiendo mayores probanzas y opera sobre la base en que el derecho no se haya discutido por los contendientes, lo que es justamente la situación que se presenta en el caso sub lite, motivo por el cual está vedado, por esta vía, obtener la declaración de un derecho que se encuentra discutido.

En este sentido, fluye de lo expuesto, que los derechos que los actores solicitan le sean tutelados no pueden satisfacerse por esta vía, ni del modo que se pide, dado que atendida la naturaleza de los argumentos que motivan el acto y omisión que objetan, el legislador ha dispuesto expresamente procedimientos legales de lato conocimiento destinados a esclarecerlos, los que no pueden ser sustituidos por la acción constitucional de protección, puesto que ello conllevaría aceptar su indebida instrumentalización, razón por lo que la acción intentada será, en definitiva, desestimada.

Y visto, además, lo establecido en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, **SE RECHAZA** la acción constitucional de protección presentada por don **Gerardo Gustavo Robles Henríquez** y doña **Janell Gina Villagra Salfati** en contra del **Servicio de Salud de Iquique**.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad, archívese.

**Rol N° 805-2020 Protección.**





XXKHPJMX

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Iquique integrada por los Ministros (as) Pedro Nemesio Guiza G., Moises Ruben Pino P., Marilyn Magnolia Fredes A. Iquique, treinta de noviembre de dos mil veinte.

En Iquique, a treinta de noviembre de dos mil veinte, 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 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>