

Santiago, ocho de agosto de dos mil veinte.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que, en estos autos rol N°178.428-2019 comparece don Martín José Prieto Cardone, en representación de Félix Augusto Bolívar Vargas, interponiendo acción constitucional de protección en contra de la Superintendencia de Salud, por haber ésta realizado el acto que estima ilegal y arbitrario consistente en restringir el ejercicio profesional del recurrente, de profesión médico, sólo al sector público, en su certificado de inscripción en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud, a través del certificado firmado por la Intendente de Prestadores de Salud (S), Carmen Monsalve Benavides con fecha 26 de noviembre de 2019, configurando, a su parecer, una vulneración de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y libertad de trabajo.

Explica que la ley reconoce distintas alternativas a quienes hayan realizado sus estudios de medicina en el extranjero para poder ejercer en Chile, siendo una de ellas el obtener la certificación de la especialidad o subespecialidad médica que se haya cursado fuera del país, de conformidad con el artículo 4 N°13 del DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, por medio de la Corporación Nacional Autónoma de Certificación de Especialidades Médicas, Conacem, aún sin contar con el Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina, según el artículo 2 bis de la Ley N°20.261. En vista de lo anterior, teniendo el certificado de la Conacem, solicitó su inscripción en el Registro Individual de Prestadores de Salud, produciéndose el acto ilegal y arbitrario referido.

Indica que la restricción realizada es ilegal y arbitraria, al no existir razón alguna para que su autorización esté limitada al sector público, alegando que la frase contenida en el artículo 2 bis inciso segundo de la Ley N°20.261 *“Con todo, el ejercicio de su profesión quedará limitado al de la especialidad o subespecialidad que le fuere certificada, y sólo para el sector público”* no debe ser aplicada en derecho, por ser abiertamente inconstitucional, cuestión que, manifiesta, ha sido reconocida por esta Corte en fallo recaído sobre la causa 6325-2019, y que la propia Contraloría General de la República determinó que no apelaría de dicha sentencia y que a futuro se interpretaría que el Eunacom aprobado habilita para ejercer tanto en el sector público como en el privado.



Por lo expuesto, solicita que se acoja la acción que presenta y se ordene que se dispongan de inmediato todas las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, en particular, dejándose sin efecto la restricción a ejercer sólo en el sector público, ordenando a la recurrida emitir un nuevo certificado en el que no se contengan restricciones al ejercicio de su especialidad.

En concreto, se pide en la siguiente forma:

“Solicito a SSI: tener por interpuesto Recurso de Protección en contra de la Superintendencia de Salud, declararlo admisible, acogerlo a tramitación y en definitiva ordenar que se adopten de inmediato todas las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, especialmente:

“1. Dejar sin efecto la restricción a ejercer solo en el sector público contenida en el Certificado de la inscripción de mi representado en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud, de fecha 26 de noviembre de 2019, de la Superintendencia de Salud.

“2. Ordenar a la Superintendencia de Salud emitir un nuevo certificado, y enmendar la inscripción correspondiente, en el que no se contengan restricciones al ejercicio de su especialidad solo al sector público, autorizando de ese modo el ejercicio laboral de mi representado como especialista en tal área médica en Chile, tanto en el sector público como en el privado.”

2°) Que comparece doña María Mercedes Jeria Cáceres, Superintendente de Salud (S), alegando en primer lugar la improcedencia de la acción constitucional de autos, ya que la recurrente impugna una resolución dictada por un organismo de la Administración del Estado a través de la presente vía cautelar, en circunstancias que cuenta con dos recursos ordinarios de impugnación, además de otros de carácter extraordinario, sin que los haya interpuesto.

A continuación, evacuó el informe requerido solicitando igualmente el rechazo de la acción de protección, manifestando, en lo pertinente, que al emitir el certificado que indica el recurrente, ha actuado estrictamente apegada a la ley que causa esta inscripción, la Ley N°20.985 que “Establece Normas sobre Certificación de Especialidades Médicas Obtenidas en el Extranjero” que modificó la Ley N°20.261 incorporando el artículo 2 bis que en su inciso segundo dispone: “*Las entidades certificadoras autorizadas por*



el Ministerio de Salud, en virtud del citado artículo 4, podrán certificar la especialidad o subespecialidad de quienes hayan obtenido su título profesional de médico cirujano en el extranjero que no se encuentren habilitados para ejercer su profesión en Chile y que no cuenten con el examen único nacional de conocimientos de medicina. A los médicos que, encontrándose en estas circunstancias, obtengan la certificación de su especialidad o subespecialidad tampoco les será exigible el examen. Con todo, el ejercicio de su profesión quedará limitado al de la especialidad o subespecialidad que le fuere certificada, y sólo para el sector público”, de tal forma que su registro se ajustó a la normativa vigente.

Expresa que la habilitación profesional de los médicos extranjeros para el ejercicio de una especialidad obtenida en el extranjero conforme el referido artículo 2 bis constituye una situación de habilitación legal profesional muy excepcional, ya que los médicos titulados en el extranjero por regla general deben, para obtener la habilitación en nuestro país, someterse al procedimiento de revalidación de su título ante la Universidad de Chile, a menos que exista un tratado internacional de reconocimiento recíproco vigente entre los países en cuestión. De esta forma, dice, la situación es doblemente excepcional, ya que por una parte hace excepción a la exigencia del EUNACOM para la contratación de médicos en los establecimientos del sector público y, por otra, porque otorga a la certificación de las especialidades los efectos propios de una habilitación legal, pero restringida.

Por último, hace presente que el Dictamen N°18.171 de 2019 de la Contraloría General de la República, invocado por el recurrente en su favor, se refiere a profesionales que hubieren aprobado el EUNACOM, cuyo no es el caso. De esta forma, al no existir actuación ilegal y arbitraria, y sin que pueda considerarse a la Superintendencia sujeto activo de una hipotética afectación de garantías constitucionales, solicita el rechazo del recurso.

3°) Que para el análisis del asunto planteado en autos, resulta conveniente recordar que el Recurso de Protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de La República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, 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.

4º) Que, como se desprende de lo anotado, y según se ha venido diciendo reiteradamente a raíz de otros asuntos similares, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1º del Código Civil- o arbitrario -producto del mero capricho de quién incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto. Resulta importante recalcar que la ilegalidad y la arbitrariedad no son elementos que deben concurrir en forma copulativa, sino que basta con que se presente uno de ellos, esto es, el acto lesivo puede ser ilegal o arbitrario, sin perjuicio de que, eventualmente, podría tener ambos caracteres a la vez, confluyendo en algún caso específico.

5º) Que el problema puesto a la consideración de esta Corte, se reduce al impedimento que significa para don Félix Augusto Bolívar Vargas, médico de profesión, y que deriva del acto que estima ilegal y arbitrario, consistente en restringir su ejercicio profesional sólo al sector público. Lo anterior, pues así se estampó en su certificado de inscripción en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud, a través del documento firmado por la Intendente de Prestadores de Salud (S), doña Carmen Monsalve Benavides con fecha 26 de noviembre de 2019. Ello configuraría, a su parecer, una vulneración de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y libertad de trabajo.

Tal como se dice en el recurso, la ley reconoce distintas alternativas a quienes hayan realizado sus estudios de medicina en el extranjero para poder ejercer en Chile, siendo una de ellas el obtener la certificación de la especialidad o subespecialidad médica que se haya cursado fuera del país, de conformidad con el artículo 4 N°13 del DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, por medio de la Corporación Nacional Autónoma de Certificación de Especialidades Médicas, Conacem, aún sin contar con el Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina, (EUNACOM) según el artículo 2 bis de la Ley N°20.261. Por ello es que, teniendo el recurrente el certificado



correspondiente, solicitó su inscripción en el Registro Individual de Prestadores de Salud, produciéndose el acto referido.

Ha creído el recurrente que no existe razón alguna para que su autorización esté limitada al sector público, y ha alegado que la frase contenida en el artículo 2 bis inciso segundo de la Ley N°20.261 *“Con todo, el ejercicio de su profesión quedará limitado al de la especialidad o subespecialidad que le fuere certificada, y sólo para el sector público”* no debe ser aplicada en derecho por ser inconstitucional. En particular la referencia *“...y solo para el sector público.”*

Cabe agregar que fue la Ley N°20.985, que “Establece Normas sobre Certificación de Especialidades Médicas Obtenidas en el Extranjero” la que modificó la Ley N°20.261, incorporando el artículo 2 bis que en su inciso segundo dispone: “Las entidades certificadoras autorizadas por el Ministerio de Salud, en virtud del citado artículo 4, podrán certificar la especialidad o subespecialidad de quienes hayan obtenido su título profesional de médico cirujano en el extranjero que no se encuentren habilitados para ejercer su profesión en Chile y que no cuenten con el examen único nacional de conocimientos de medicina. A los médicos que, encontrándose en estas circunstancias, obtengan la certificación de su especialidad o subespecialidad tampoco les será exigible el examen. Con todo, el ejercicio de su profesión quedará limitado al de la especialidad o subespecialidad que le fuere certificada, y sólo para el sector público.”, por lo que la entidad certificadora ha creído que su registro se ajustó a la normativa vigente.

6° Que, sin embargo, y como una primera cuestión, la recurrida ha planteado la improcedencia del recurso que se analiza, debido a que la recurrente impugna una resolución dictada por un organismo de la Administración del Estado a través de la presente vía cautelar, en circunstancias que cuenta con dos recursos ordinarios de impugnación, además de otros de carácter extraordinario, sin que los haya interpuesto.

Dicho predicamento no puede aceptarse por esta Corte, dado que expresamente el artículo 20 de la Carta Fundamental autoriza a interponer la acción cautelar de protección *“...sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”*

Por lo anterior, la circunstancia de que existan gestiones o recursos administrativos pendientes, no impide ni imposibilita al afectado para recurrir



de protección, de modo que corresponde rechazar la primera argumentación de la parte recurrida.

7°) Que, en torno al fondo del asunto, debe consignarse que el recurrente de autos también recurrió ante el Tribunal Constitucional, con la finalidad de obtener que se declarara que el citado inciso 2° del artículo 2° bis de la Ley N°20.261 es inaplicable al caso concreto, y mediante sentencia de fecha 4 de junio último, recaída en los autos rol N°7962-2019 el citado Tribunal así lo dispuso. Señaló dicho Tribunal, en forma expresa, que es inaplicable, por ser contrario a la Carta Marga, la frase **“Y SÓLO PARA EL SECTOR PÚBLICO”**, DE LA LEY N° 20.261, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN SEGUIDOS ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO BAJO EL ROL N° 178.428-2019. Esto es, se declaró inaplicable precisamente para el caso en estudio el referido inciso.

Conviene reproducir lo dicho por el señalado Tribunal en algunas de sus principales motivaciones, en concreto, desde la Vigésimocuarta en adelante, que son del siguiente tenor:

“VIGESIMOCUARTO.- Hay tres razones que podrían ser vinculadas a una política pública que busca acentuar los servicios de salud del sector público. La primera dice relación con la búsqueda de incentivos permanentes en la cualificación de los profesionales que trabajan ahí. Y la segunda es la obtención de cupos que permita contar con los especialistas que necesita el sector público de salud. Y la tercera es la condición de los pacientes del sector público.

“El primer camino de la promoción de incentivos en el sector público sigue teniendo a la prueba Eunacom como un eje de esa política. Esta causa se limita sólo a la certificación de especialidades médicas de un profesional extranjero. Si desea obtener nuevas especialidades, ejercer en la medicina general, postular a cargos públicos cumpliendo otros requisitos o validar sus conocimientos, la prueba Eunacom sigue siendo un instrumento fundamental en la promoción de conocimientos estandarizados y suficientes.

“En este caso, la norma del artículo 2° bis reconoce lo que da la certificación: una especialidad y nada más que eso. En consecuencia, es razonable articular incentivos legítimos en el ámbito público a partir de la promoción de políticas de salud de perfeccionamiento y nuevos estándares. Nada de este requerimiento atenta a este objetivo puesto que ya el legislador



ha ido flexibilizando requisitos construyendo una ampliación de oportunidades para las especialidades y subespecialidades.

“VIGESIMOQUINTO.- En cuanto a la carga de cerrar la brecha de médicos especialistas entre el sector público y privado es una tarea, en primer lugar, de la política pública, que no puede depender de prohibir a solo determinados médicos especialistas el ejercicio profesional en el sector privado, estando ellos debidamente calificados para el ejercicio de su profesión, pues, de lo contrario, se da un trato discriminatorio, sin razón que lo justifique, entre profesionales igualmente calificados, vulnerándose también la libertad de trabajo, y no hay razón que lo justifique, porque la certificación establecida en la ley dice relación con la idoneidad profesional, con prescindencia del lugar donde los servicios se prestarán.

“VIGESIMOSEXTO.- Y un tercer argumento relativo a los alcances de abrir las especialidades y subespecialidades solo a los pacientes del sector público contiene variados supuestos, todos complejos. Primero, que las certificaciones ajenas a Eunacom y en ausencia de una ley de especialidades deberían ser adoptadas solo ante pacientes dependientes del sector público. Esta consideración afecta la dignidad de las personas y no corresponde desarrollarla siquiera. Y la otra alternativa es que la capacidad de pago de los pacientes del sector privado supondría un tipo de profesional que supere las meras certificaciones. Justamente también esta hipótesis afecta la condición de la cualidad profesional de los médicos especialistas. En general, desarrollamos esta hipótesis como argumentos *ad absurdum* que permiten desacreditar la existencia de argumentos constitucionalmente admisibles y legítimos en esta fundamentación.

“VIGESIMOSÉPTIMO.- Del examen de estas posibles alternativas de política pública, existe un conjunto muy amplio de espacios para que el legislador procure el fortalecimiento de diversas políticas públicas de salud.

“Por ello, existen mandatos constitucionales que le exigen al Estado coordinación; control de las acciones de salud; supervigilancia en las garantías prestacionales y deberes preferentes, en lo general. Sin embargo, en ninguna de estas reglas puede advertirse el monopolio sobre el mercado de trabajo de los especialistas certificados. No resulta razonable transformar deberes generales en obligaciones estatales de trabajo en un determinado sector de un modo indefinido.



“5.- La prohibición de ejercicio en el sector privado vulnera la igualdad ante la ley en relación con la libertad de trabajo de los extranjeros.

“VIGESIMOCTAVO.- La Constitución, en el inciso tercero del numeral 16o de su artículo 19o, prohíbe, en materia laboral, cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad profesional. Con todo, la Carta Fundamental admite que, para determinados casos, la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad.

“Pues bien, en este caso, la aplicación del precepto legal impugnado da lugar a una doble discriminación por razones distintas a la capacidad o idoneidad profesional. Por un lado, porque califica el legislador de inidóneo los conocimientos aplicables al sector privado, cuestión sobre la cual ya hemos deliberado. Y, la segunda discriminación es que la potencial aplicación de esta regla recaerá en un número altísimo de casos sobre extranjeros.

“VIGESIMONOVENO.- Como se ha explicado ya, el médico especialista titulado en el extranjero que ha acreditado su especialidad en la forma establecida en el artículo 2o bis de la Ley No 20.261 está calificado profesionalmente para ejercer dicha especialidad según los estándares establecidos por la autoridad sanitaria. Por consiguiente, está igualmente capacitado para ejercer tanto en el sector público de salud como en el privado, así como lo está el médico especialista que obtuvo su título profesional en Chile. Luego, no resulta admisible que solo el segundo pueda desempeñarse también en el sector privado de salud, en tanto que el primero esté impedido de hacerlo.

“Asimismo, tampoco resulta procedente estimar que el precepto legal no pugna con lo dispuesto en el artículo 19 No 16, inciso tercero, de la Constitución, sobre la base de que se trataría de una discriminación por nacionalidad. Primero, porque el médico titulado en el extranjero puede ser chileno y, a su vez, uno extranjero puede haber estudiado en Chile y haberse titulado en el país y, segundo y más importante, no existe ninguna razón admisible que justifique dar un trato distinto a médicos especialistas en base a su nacionalidad.

“Por el contrario, de admitirse la discriminación establecida en el precepto legal objetado, habría un reconocimiento implícito de que la certificación que acredita la idoneidad profesional no acredita nada o su valor



es parcial, pues no se le considera igualmente capacitado para ejercer su especialidad en el ámbito privado de salud que el médico especialista titulado en Chile, estándolo para hacerlo en el sector público, lo que generaría una doble discriminación: la condición de extranjero, ya que la mayoría de los médicos especialistas titulados en el extranjero son extranjeros y el desconocimiento arbitrario e infundado de la idoneidad, pues solo se les reconoce capacidad para ejercer su especialidad en el sector público de salud, pero no en el privado, en circunstancias que la certificación solo evalúa conocimientos y experiencias, con prescindencia del lugar donde se ejerza la especialidad médica.

“V.- Caso concreto

“TRIGÉSIMO.- Los criterios interpretativos tendentes a demostrar que la mencionada exclusión de acceso al sector privado configuran una infracción del artículo 19, numeral 2°, de la Constitución en relación con diversas dimensiones de derechos afectados, en particular con el inciso cuarto del numeral 9°, del artículo 19 y con los incisos tercero y cuarto del numeral 16° del artículo 19, ambos de la Constitución.

“El primer argumento, es que la certificación de competencia es una cuestión objetiva cuyo ámbito regulatorio escapa de la identificación de un trabajo prohibido. El segundo criterio, es que resulta arbitrario certificar competencias profesionales incluyendo prohibiciones de ejercicio cuando el legislador solo debe fijar condiciones de su ejercicio. En tercer lugar, es discriminatorio certificar una determinada idoneidad personal y afectarla con elementos que no controla, como quién lo va a emplear. En cuarto término, nos parece que el deber estatal preferente de garantizar las acciones de salud no puede transformarse en una obligación estatal de exclusividad permanente. Finalmente, la prohibición de ejercicio en el sector privado vulnera la igualdad ante la ley en relación con la libertad de trabajo de los extranjeros y este caso se trata exactamente de uno de aquellos médicos que han dejado su país de origen y que han obtenido sus certificaciones que califican su idoneidad profesional.

“En consecuencia, sirvan estos argumentos para acoger el presente requerimiento, según las vulneraciones constitucionales acreditadas relativas al impedimento de acceso de ejercicio profesional en el sector privado de salud del requirente.



“Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, **SE RESUELVE:**

“I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2 BIS, INCISO SEGUNDO, EN LA FRASE “Y SÓLO PARA EL SECTOR PÚBLICO”, DE LA LEY N° 20.261, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN SEGUIDOS ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO BAJO EL ROL N° 178.428-2019. OFÍCIESE.

“II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.”

8°) Que, consecuencialmente, y a la luz de lo que ha sido resuelto en relación con el recurso de autos, no cabe sino acoger el mismo, dado que la norma en que se basa el certificado que se impugna, ha sido estimada inaplicable precisamente para el presente asunto, de manera que lo que corresponde es hacer lugar al recurso, sin necesidad de otras consideraciones, salvo la de entender además, tal como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que se ha incurrido en una actuación ilegal y arbitraria, con vulneración del artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental, en perjuicio de quien recurre, por parte de la entidad recurrida y que esta Corte está en la obligación de reparar.

Por estas consideraciones y en conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre tramitación de recursos como el de la especie, se declara que **se acoge** la acción de protección entablada por don Martín José Prieto Cardone en representación de don Félix Augusto Bolívar Vargas, dejándose sin efecto la restricción de ejercer solo en el sector público contenida en el Certificado de la inscripción de dicho profesional en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud, de fecha 26 de noviembre de 2019, de la Superintendencia de Salud.

Asimismo, se dispone que la Superintendencia de Salud debe emitir un nuevo certificado y enmendar la inscripción correspondiente, en el que no se contengan restricciones al ejercicio de su especialidad solo al sector público,



autorizando el ejercicio laboral de don Martín José Prieto Cardone como especialista en tal área médica en Chile, tanto en el sector público como en el privado.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívense los autos.

Redacción del Ministro Mario D. Rojas González.

Rol N°178.428-2019.

Pronunciada por la **Octava Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Mario Rojas González e integrada por el Ministro señor Jaime Balmaceda Errázuriz y el Ministro (s) señor Rafael Andrade Díaz.



Pronunciado por la Octava Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Mario Rojas G., Jaime Balmaceda E. y Ministro Suplente Rafael Andrade D. Santiago, ocho de agosto de dos mil veinte.

En Santiago, a ocho de agosto 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 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>