

Lebu, treinta de octubre de dos mil diecinueve.-?

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

PRIMERO: FRANCISCO VILLARROEL MATAMALA, abogado, con domicilio en calle Séptimo de Línea N°1080, comuna y ciudad de Cañete, en representación, según se acredita en un otrosí de esta presentación, de don FELIX AUGUSTO BOLIVAR VARGAS, Cédula de Identidad N° 25.736.472-0, domiciliado para estos efectos en calle Miguel Avendaño, N°117, comuna y ciudad de Cañete, A US. RESPETUOSAMENTE DIGO:

En la representación que invisto, encontrándome dentro de plazo, vengo en deducir denuncia de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales, con ocasión del despido y cesación arbitraria de funciones de mi representada, conforme a lo previsto en el artículo 485 y siguientes del Código del Trabajo, en contra del SERVICIO DE SALUD ARAUCO, Rut N° 61.954.500-1, persona jurídica de derecho público, representada legalmente por su Director don Leonardo Rivas Solar, ambos domiciliados en calle José Miguel Carrera N°302, comuna y ciudad de Lebu; en virtud de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que siguen:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

A) RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DEL VÍNCULO LABORAL CON LA DENUNCIADA.

Don Felix Augusto Bolivar Vargas, es médico anestesista de origen venezolano. Inicio su experiencia laboral en Chile en el Hospital Víctor Ríos Ruiz de la ciudad de Los Ángeles con fecha 01 de junio del año 2017, conforme a resolución de la Seremi de Salud que así lo autorizó.

A contar del 01 de diciembre de 2017 ingresó a trabajar como médico anestesista en el Hospital Intercultural Kallvu Llanka de Cañete. Su contratación fue sancionada mediante Resolución N° 834/141/2018 de fecha 01 de junio de 2018, la cual sin embargo indica en su parte resolutive que se le contrata como “médico cirujano” regido por la Ley N° 19.664, con jornada de 44 horas semanales.

Para estos efectos, y por instrucciones del Servicio de Salud Arauco, desarrollo una capacitación en el Hospital Higuera de Talcahuano con el objeto de evaluar su experiencia como anestesista, siendo evaluado y validados sus conocimientos por la jefatura del Departamento de Anestesiología de dicho establecimiento.

De la misma forma, y mediante Resolución N° 834/137/2018 se prorrogó su contratación hasta el 31 de enero de 2018.

Luego, por Resolución N° 834/233/2018 se prorrogó su contratación hasta el día 17 de abril de 2018 y por Resolución N° 834/2/2019 hasta el día 31 de diciembre de 2018 en los mismos términos.



Es del caso, que durante el año 2018 en el Hospital Intercultural Kallvu Llanka de Cañete mi representado jamás tuvo ningún inconveniente relacionado con su desempeño profesional, ni con la jefatura de aquel momento, ni con sus colegas ni demás compañeros de trabajo. Además, recibió múltiples felicitaciones por escrito de pacientes que manifestaban su agradecimiento por su buen manejo medico hacia ellos.

Sin embargo, ese año se suscitan cambios de autoridades en el hospital. En mayo de 2018 asumió como Directora la Sra. Patricia Jiménez Sepúlveda cuyo desempeño tuvo graves falencias desde el punto de vista de la gestión de las personas, afectando con ello la gestión asistencial del establecimiento.

Por esta razón, los trabajadores de los gremios de la salud y muchos otros denunciaron en reiteradas ocasiones vulneración de sus derechos bajo su administración, demostrado en hechos tales como: despidos, subvaloración del trabajo realizado, cambio de unidades de trabajo, uso de influencias para elección de profesionales y malas decisiones que afectaron su relación con los trabajadores afectando directamente en la salud que se entrega al no propiciar el respeto y autonomía de los equipos de trabajo, al verse cuestionados permanentemente en su quehacer.

En septiembre de ese año, asumió como Subdirectora Médica del hospital la Dra. Francisca Faure Little, y desde ese momento se inician una serie de situaciones desagradables para mi representado.

A modo de ejemplo, y no obstante ser un derecho laboral legítimo de mi representado, la Dra. Faure Little negó vacaciones a mi representado para viajar a su natal Venezuela y sólo con motivo de su insistencia terminó autorizándolas, pero “fraccionadas” afectando de igual manera los planes de viaje de mi representado, quien terminó acumulando la mitad para el año 2019.

En enero del año 2019 en una reunión con la Dra. Faure Little en su oficina, ella preguntó a mi representado por su situación con los exámenes de CONACEM y EUNACOM, señalándole que era fundamental que tuviera todo aprobado ya que era un “problema para ella tener un médico extranjero” en proceso de revalidación ya que afectaba la acreditación del hospital y que, si dependiera de ella, “no contrataba ni daría algún tipo de oportunidad a ningún médico extranjero.” Esto último, a pesar de que mi representado estaba inscrito para rendir su examen de EUNACOM para el día 24 de mayo de 2019, fecha en la cual efectivamente lo hizo.

El día 24 de enero se atendió en pabellón paciente de 66 años para resolución quirúrgica de fractura de pierna izquierda, dicha paciente presentó complicaciones relacionadas con las lesiones de la fractura y enfermedades de base, por lo que cae en paro cardiorespiratorio, ante lo cual el equipo médico, enfermeras y paramédicos aplicaron todos los protocolos de RCP, sin éxito por lo que la paciente fallece.



Por esta razón, se abrió un evento centinela en el hospital donde jamás se estableció la culpa de mí representado, pero en febrero de ese año con motivo del resultado de la autopsia y a pesar que no arrojó una causa relacionada con el acto anestésico la Dra. Francisca Faure Litle y la ex Directora Patricia Jiménez Sepúlveda deciden injustamente sacarlo de sus funciones de pabellón en una reunión en la Subdirección Médica del hospital, asignándolo a policlínico pre quirúrgico y además “amenazándolo que harían un sumario administrativo” en su contra, librando de toda responsabilidad al equipo de traumatólogos, enfermeras y tens, argumento que la razón por la cual lo investigarían solo a él “era por ser extranjero en proceso de revalidación”.

Esto último, terminó por afectar severamente la salud de mi representado, desde el punto de vista psicológico, presentando insomnio, taquicardias, cambios de humor, problemas gastrointestinales asociado con colon irritable, lo que afecto su desempeño en el policlínico. Por ello, decidió acudir a consulta con la Dra Camila Pérez, médico psiquiatra, quien le diagnosticó trastorno adaptativo por “acoso laboral”, otorgándole una licencia tipo 6, el día 7 de marzo del presente año. Debido a su estado de salud se le otorgan varias licencias médicas, siendo, además, evaluado por la mutual, donde fue atendido por un médico general y luego un psicólogo en espera de evaluación de su puesto de trabajo. Recién con fecha 28 de mayo de 2019, se emitió Resolución N° 834/21/29019 que decidió prorrogar su contratación, pero hasta el día 30 de junio de 2019. Lo anterior, en ausencia de mi representado y no hasta el día 31 de diciembre como había sido informado.

Se reincorporo al hospital el día lunes 10 de junio, donde lo siguieron manteniendo en policlínico, negándosele todo acceso al pabellón.

Finalmente, el día 11 de junio fue llamado por la secretaria de la actual Directora del Hospital de Cañete, indicándosele que la Directora quería conocerlo y conversar con él.

En dicha reunión la Directora sin rodeos le indicó que se había tomado la decisión de suspender por anticipado su contrato, puesto que no se requerirían más de sus servicios debido a la llegada de dos anestesista chilenos a devolver beca y por cuanto su contrato dice que es hasta cuando sus servicios sean requeridos irrespetando así un contrato que supuestamente lo era hasta Diciembre de este año, y sin aviso previo.

El termino anticipado de sus servicios se materializo mediante Resolución N° 834/137/2019 de fecha 11 de junio de 2019 y extrañamente notificado mediante una Resolución N° 2165 de fecha 18 de junio de 2019 y no mediante un Ordinario, en el cual por lo demás reconoce expresamente entre las partes una relación de tipo laboral, al intitularla como “notificación de desvinculación laboral” y señalar poner término a un “contrato de trabajo”.



B) RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DEL TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL CON LA DENUNCIADA.

1. Ahora bien, en el caso y a modo de contextualizar las circunstancias que rondaron el despido de mi representado no pueden soslayarse los particulares hechos que se señalan a continuación, especialmente con el contenido y fundamentos de la resolución que pone término anticipado a su contratación:

“CONSIDERANDO: Correo electrónico de fecha 11 de junio de 2019 de la directora del Hospital Kallvu Llanka de Cañete, Srta. Nelly Pillado Gutierrez.

RESUELVO:

PÓNESE TÉRMINO ANTICIPADO A LA DESIGNACIÓN A CONTRATA DE: 1) Don(a) FELIX AUGUSTO BOLÍVAR VARGAS, R.U.N N°25736472-0, como MEDICO CIRUJANO, asimilado a grado LEY N° 19.664, contrata del servicio SERVICIO DE SALUD ARAUCO, con jornada de 44 horas semanales, a contar de la total tramitación del presente acto administrativo, por no ser necesarios sus servicios.”

2. En este sentido, el Servicio de Salud Arauco, intenta fundamentar su arbitraria decisión de desvincular o despedir a mí representado en no ser necesarios sus servicios obviando la necesidad de expresar los motivos por los que ello es así.

3.- En efecto, si en la contratación se ha utilizado la fórmula de señalar un periodo, por ejemplo, hasta el 31 de diciembre del año de que se trata, y se agrega “o hasta que sus servicios sean necesarios”, en este caso y si el superior del servicio desea poner término a la contrata utilizando la fórmula que los servicios del funcionario ya no son necesarios, deberá expresar los motivos por los que ello es así, vale decir, señalar porqué los servicios del funcionario ya no son necesarios para la institución.

4.- Lo anterior no es más que la motivación que debe tener todo acto administrativo; pues, en efecto, uno de los elementos que caracteriza un Estado Democrático de Derecho es precisamente que los actos de la administración han de ser motivados, de suerte que los administrados sepan cuáles son los motivos que llevan a la Administración a actuar en tal o cual sentido y, al mismo tiempo, puedan ejercer los derechos que la constitución y las leyes les consagran para cuestionar o aun solicitar se deje sin efecto esa actuación de la Administración. En otras palabras, los actos administrativos, en un Estado Democrático de Derecho, no pueden obedecer al mero capricho de quien ejerce la Administración del Estado.

5. Sin embargo, es evidente que el despido de mi representado, al despedírsele antes del vencimiento del plazo dispuesto al efecto utilizando la fórmula que los servicios del funcionario ya no son necesarios, sin expresar los motivos por los que ello es así, vulnera gravemente sus derechos



constitucionales que prohíben el trato arbitrario, el menoscabo a la honra y el honor, la libertad de trabajo y el trato discriminatorio y aseguran ser tratado igualitariamente a los demás ciudadanos del país, al ser despedido no por las razones esgrimidas por la Autoridad, sino por haber el mero capricho de su empleador.

6. Los antecedentes antes expuestos dan cuenta de una grave afectación a la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo, en cuanto se le otorga un trato desigual a través de una medida arbitraria que claramente afecta en su esencia el derecho vulnerado, el que se vincula a la igualdad de trato, no discriminación y dignidad que debe reconocerse a todo trabajador y funcionario.

7. Así, el despido es abiertamente vulneratorio de los derechos cautelados en el artículo 2°, 5° y 485 del Código del Trabajo.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. Que, del relato y hechos antes descritos, queda demostrado que mi representado ha sido víctima de la vulneración del derecho a no ser discriminado conforme al artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo, que dispone “también se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

A su vez el precepto indicado postula que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación y a continuación expresa que los actos discriminatorios son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas, entre otros, por motivos de raza o nacionalidad.-.

2. Que, conforme a lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico permite solicitar la tutela jurisdiccional contemplada en el procedimiento de tutela laboral regulada en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

a) La aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales el que se extiende a los casos de discriminación por disposición legal ha sido zanjado por una nutrida jurisprudencia a partir del caso “Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast) / Rol N° 10.972-2013” sobre Unificación de Jurisprudencia, en la que se concluye que los funcionarios públicos a contrata pueden invocar tutela laboral en virtud de la aplicación supletoria del régimen laboral sancionado en el artículo 1° del Código del Trabajo. Así, el considerando catorce consigna: “14°) Que, la conclusión anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, que establece el procedimiento de Tutela Laboral “se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores. En



efecto, el lenguaje utilizado en el inciso tercero del artículo 1° del cuerpo legal citado, no deja lugar a dudas en cuanto a que los funcionarios públicos son considerados trabajadores, toda vez que luego de enunciarse, en el inciso segundo, los órganos a los cuales no se les aplicarán las normas del Código del Trabajo -entre los que se menciona a los funcionarios de la Administración del Estado, del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de las empresas del Estado- se indica en el inciso tercero, “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código”, sin hacer distinción de ninguna especie en cuanto al tipo de entidad a que se refiere el inciso segundo. Lo anterior está en concordancia, además, con la forma en que es concebida la excepción a la regla del inciso primero del artículo 1° del cuerpo legal citado. La regla del inciso primero es una de carácter general, por la que se sujeta las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores a las normas del Código del Trabajo y la excepción contenida en el inciso segundo, se refiere a una situación particular, que excluye a determinados trabajadores de la norma general. Así, el inciso segundo establece que “estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado”, lo que quiere decir que, no obstante ser estos trabajadores quedarán sometidos a sus relaciones con el Estado, a la ley especial que los regule. La expresión, sin embargo, utilizada en este contexto, es ilustrativa y permite reforzar lo que se viene diciendo, ya que implica que aun cuando la hipótesis es la reseñada en el inciso primero -es una relación entre empleador y trabajador- se establecerá respecto de ella una solución distinta. Entenderlo de otra manera, haría inútil la expresión en comento”.

b) A mayor abundamiento, en el caso “Ramírez con Subsecretaría Prevención del Delito / Rol N° 5.716 - 2015”, sobre Unificación de Jurisprudencia, también se concluyó que resulta del todo aplicable el procedimiento de tutela laboral y son competentes los tribunales del trabajo para conocer de estas materias, y valga destacar su considerando “Décimo séptimo: Que, lo antes reflexionado, permite sostener que a los funcionarios públicos les resulta aplicable el procedimiento de tutela laboral contemplado en el Código del Trabajo y, en consecuencia, los Juzgados Laborales son competentes para conocer de las acciones que ellos deduzcan para denunciar la vulneración de sus derechos fundamentales en el ámbito de trabajo.”, idéntico razonamiento en las causas vistas en el Excmo. Tribunal, Rol N°10.972-2013 y Rol N° 6.417-2016, entre otros.

c) Por otra parte, es menester tener presente, entre otras, las siguientes causas laborales en que se aplicó la tutela laboral por motivo de despido por causal de discriminación:

C1) “Besser con Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS) / RIT T- 118-2016”, del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, siendo necesario destacar de su sentencia el Considerando N° 4 que expresa: “No se puede desconocer que, como se alega en la contestación de la demanda, la conducta



del empleador se enmarca en el ejercicio de sus facultades legales de poner término anticipado a la contrata del actor, constando de la resolución que dispuso su nombramiento y de las respectivas prórrogas, que se encontraba contratado hasta el 31 de diciembre de 2016, con la estipulación expresa de que, “mientras sean necesarios sus servicios”. Precisamente, bajo dicha forma de contratación, existe la facultad de la autoridad administrativa de poner término a la contrata antes del vencimiento del plazo. Sin embargo, lo que alega el demandante es que en el ejercicio de esta facultad legal, se limitó el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales sin justificación suficiente, vulnerando su derecho a la no discriminación por razones políticas al habersele excluido de su cargo obedeciendo al hecho de que para el Director Regional del Fosis, resultaba necesario disponer del mismo para otorgarlo a una persona vinculada a su propio pensamiento político, sin reconocer su idoneidad y capacidad personal en éste. En este sentido, el artículo 485 inciso 3° señala que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. Luego, lo que se prohíbe justamente es que en el ejercicio de las facultades legales del Director Regional del Fosis, se le haya puesto término anticipado a la contrata, excluyéndolo de su cargo, esto es, quitándole el lugar que ocupaba, vulnerando al mismo tiempo su derecho a la igualdad y no discriminación fundado en la opinión política del empleador.”.

C2) “Bordachar con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) / RIT T-55- 2014”, del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, que además hizo aplicable dicho procedimiento al demandante quién se desempeñó como Director Regional en calidad de Alto Directivo Público (ADP), siendo un cargo por mandato legal de exclusiva confianza de la Autoridad, y visto en la Iltrma. Corte de Apelaciones de Temuco que conoció del caso vía recurso de nulidad bajo el Rol N° 228-2014.

C3) “Ahumada y otros con I. Municipalidad de Chimbarongo / RIT T-5-2017”, del Segundo Juzgado Letras de San Fernando, visto en la Excma. Corte Suprema vía recurso de unificación de jurisprudencia, Rol N° 40.268-2017, por el cual acogió demanda de tutela laboral de funcionarias municipales despedidas por razones políticas.

3. Por otra parte, debe tenerse presente, que el Dictamen N° 85.700/2016 de la Contraloría General de la República, manifiesta “Que los actos administrativos en que se materializa la decisión de poner término anticipado a una contrata, deberá contener el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta, las que se verificaran en la especie”.



Ni el despido de fecha 18 de junio de 2019, ni la Resolución Exenta RA N° 834/137/2019 señalan fundamentos de hecho circunstanciados y de derecho, y mucho menos el razonamiento por el cual se haya concluido que procedía la desvinculación laboral de mi representado. El Estatuto Administrativo no establece causales expresas para la desvinculación anticipada de las contrata, por ello el órgano contralor exige un razonamiento sobre los hechos y derechos que fundamentan la decisión de anticipar el término de una contrata, circunstancia que no se cumple en el caso de la desvinculación de mi representado.

Ambos dictámenes de la entidad contralora son contestes y complementarios en exigir para el término anticipado de una contrata el que debe ser fundado tanto en los hechos como en el Derecho. Sin embargo, el único pseudo fundamento citado por la autoridad, es un correo electrónico de fecha 11 de junio de 2019 de la Directora del Hospital Intercultural Kallvu Llanka de Cañete, el cual jamás ha sido proporcionado a mi representado y cuyo contenido desconoce hasta la fecha, apareciendo la potestad discrecional desproporcionada, máxime cuando las circunstancias de contexto que rodearon la desvinculación se basan en cuestionamientos a su raza y nacionalidad cómo se ha podido argumentar respecto a los hechos y toda vez que lo que hay detrás obedece a motivos de discriminación del resto de los funcionarios en similares condiciones.

4. Vale decir, como ya se señaló y desarrolló en este libelo, que los argumentos esgrimidos por la autoridad son una mera excusa para justificar lo que era una idea preconcebida, esto es desvincular a mi representado por “ser médico extranjero en proceso de revalidación”.

5. Sobre lo expuesto en el numeral anterior, debe tenerse presente que la Excma. Corte Suprema, en los últimos años, ha ido desarrollando una jurisprudencia consistente y uniforme en materia de motivación del Acto Administrativo, consagrando una serie de estándares que materializan de manera concreta el mandato del artículo 8° de la Constitución y los artículos 11, inciso 2° y 41° inciso 4° de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, consolidándose cada vez más.

Al efecto, la Corte Suprema ha sostenido que la motivación del acto administrativo es un elemento esencial del mismo. Así, se trata de “un requisito indispensable que debe encontrarse siempre presente” (Rol N° 27.467-2014); “revestido de mérito suficiente” (Rol N° 58.971-2016) y si el acto aparece “desmotivado” o con “razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto”, carece de un elemento esencial (Rol N° 27.467- 2014). Además, sostuvo que la motivación sobre la base de fundamentos “meramente formales” implica arbitrariedad e ilegalidad (Rol N° 27.467-2014) y que la motivación del acto administrativo obliga a toda autoridad administrativa a “fundarlo debidamente en todos los antecedentes y circunstancias que el caso exige” (Rol N° 58.971-2016).



Cuestiones todas que se observan de la simple lectura de la Resolución de término anticipado de la contrata de mi representado.

6.¿Qué, así conforme a lo señalado en los puntos precedentes, el despido de mi representado, es desproporcionado, arbitrario y discriminatorio, al carecer de fundamento real y plausible, la resolución de término anticipado de la contrata, en los términos exigidos por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema respecto al Acto Administrativo de Termino y atendiendo al fondo y forma del mismo y además, respecto a la abundante jurisprudencia judicial en el ámbito de la Tutela Laboral, de obedecer dicha decisión a una abierta discriminación.

7.¿Que, nuestro ordenamiento jurídico, mediante la Constitución Política de la República, tratados internacionales, leyes y normas de distinto rango reconoce, asegura y garantiza, una serie de derechos, de manera no taxativa e interdependientes entre sí, poniendo al Estado, y a cada uno de sus órganos en la obligación de respeto hacia ellos y al servicio de la persona humana, a fin de obtener la plena realización de cada uno de los sujetos interrelacionados. En virtud de ello, las vulneraciones de aquellos derechos, tanto los consagrados internamente como de aquellos comprendidos a través del artículo 5 inciso

2 de la Constitución, considerados como esenciales para la existencia humana se encuentran excepcionalmente resguardadas.

8.¿A continuación, se expondrá acerca de los derechos y garantías vulnerados por la actuación del Servicio de Salud Arauco.

a)¿Derecho a la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación.

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República prescribe como garantía fundamental para todas las personas el derecho a “La igualdad ante la ley”, añadiendo que “No hay personas ni grupos privilegiados. [...] Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Este derecho, dado su trascendencia para el ordenamiento jurídico, es reconocido como principio fundamental del mismo, y se encuentra desplegado por todo el corpus normativo, ya sea a través de normas autónomas, como la precitada, o bien normas subordinadas, como las relativas al debido proceso.

Este mismo derecho, se encuentra confirmado en términos similares en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual señala que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”. De esta consagración se desprenden dos nociones de igualdad, la primera, de igualdad ante la ley, y una segunda, relativa a la igual protección de la ley sin discriminación.



Sobre tales nociones, insiste y amplía el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 señalando que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. De ello, es posible observar que la norma en comento conlleva una prohibición de discriminación no subordinada a la garantía de derechos y libertades propias del pacto, sino que, posee una propia, que opera con independencia de la norma general del pacto, trascendiendo su prescriptibilidad de manera directa a otros cuerpos normativos, sin necesaria interpretación intermedia.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, que sobre este principio “[...] descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”, reconociéndolo como norma *ius cogens*, es decir con carácter imperativo y sin posibilidad de admisión de disposición en contrario, y de carácter *erga omnes*, a saber, como norma que se irradia hacia todas y cada una de las actuaciones del Estado, generando efectos con respecto a terceros, inclusive hacia particulares.

De ello deriva, que toda diferenciación del tipo arbitrario, es decir, contraria al principio de la igualdad jurídica, es de aquellas que carecen de fundamentación racional y objetiva, obedeciendo pura y exclusivamente al capricho de la autoridad que la ha dictado o dispuesto. Así se colige que, serán legítimas pura y exclusivamente aquellas distinciones o diferenciaciones fundadas o debidamente justificadas, que permitan dar un trato desigual para casos desiguales. De este modo, el derecho a la igualdad y equidad ante la ley implica la igual protección y trato de las autoridades a los sujetos, y del mismo modo, la obligación de garantizar que no se restrinja arbitrariamente el ejercicio de algún derecho. Nuestros tribunales de justicia discutiendo sobre estos asuntos han establecido un criterio homogéneo al respecto, así la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado en sentencia de causa ROL 2465-2013, en su considerando quince que “asimismo, también la acción de la recurrida afectó la garantía constitucional de igualdad y no discriminación arbitraria consagrada en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental, desde que no se divisa en la especie, la razón de un tratamiento distinto en el caso del actor, que ha sido excluido de la administración municipal”.

Asimismo, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado al respecto, en causa ROL 19585-2016, "Que sin desconocer las facultades que la legislación otorga al Ministerio de Defensa Nacional, [...] lo cierto es que las determinaciones que en este sentido pronuncie deben ser debidamente fundadas, es decir, el acto administrativo que de ella surja debe encontrarse motivado en consideraciones que no dejen duda alguna sobre la procedencia de la decisión adoptada, en razón del interés público involucrado, como



única finalidad que puede tener la actuación de la autoridad." (Corte Suprema, considerando 5°). "Que concluida la ilegalidad y arbitrariedad de la Resolución Exenta N° 9480, de 30 de noviembre de 2015, que denegó la concesión marítima solicitada por la recurrente, es necesario determinar si efectivamente vulnera las garantías cuya protección reclama. En este sentido y de conformidad a lo señalado en los considerandos sexto y octavo, se debe entender que ella ha sido objeto de una diferenciación o distinción contraria a un proceso normal de análisis, esto es, sin justificación racional o razonable, contrariándose la finalidad que el legislador previó al establecer la facultad para determinar la preferencia de una solicitud de concesión sobre otra u otras, siendo por ello discriminada arbitrariamente y vulnerándose su derecho a la igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. (Corte Suprema, considerando 10°)".

Así las cosas, a criterio de esta parte, no puede sino considerarse que mi representado ha sido sometida a un trato desigual, en una situación de igualdad, carente de justificación racional o razonable, basado en diferencias arbitrarias, y en ausencia de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines a alcanzar, cuestiones todas, que infringen gravemente la garantía constitucional en comento, careciendo de toda lógica.

Así, en este caso hay más que indicios, evidencia concreta, que el despido es discriminatorio:

-?Durante el año 2018 en el Hospital Intercultural Kallvu Llanka de Cañete mi representado jamás tuvo ningún inconveniente relacionado con su desempeño profesional, ni con la jefatura de aquel momento, ni con sus colegas ni demás compañeros de trabajo. Además, recibió múltiples felicitaciones por escrito de pacientes que manifestaban su agradecimiento por su buen manejo medico hacia ellos.

-?Mi representado estaba inscrito para rendir su examen de CONACEM para el día 24 de mayo de 2019, fecha en la cual efectivamente lo hizo.

-?Sin embargo, el superior del servicio decidió poner término a la contrata utilizando la fórmula que los servicios del funcionario ya no son necesarios, sin expresar los motivos por los que ello es así, vale decir, señalar porqué los servicios del funcionario ya no son necesarios para la institución.

-?La fundamentación fáctica de la Resolución N° 834/137/2019 se basa en un mail de fecha 11 de junio de 2019 de la Directora del Hospital Kallvu Llanka de Cañete, que no fue proporcionado a mi representado y cuyo tenor por tanto desconoce hasta la fecha. El haber resuelto formalmente su cese sin fundamento razonable.

Asimismo, resulta aplicable explícitamente por la ley al procedimiento de tutela, el artículo 2 inciso 4 del Código del Trabajo dispone: "Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión



política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

b) Derecho a la honra.

Que el artículo 19 N°4 garantiza el “respeto y protección a la honra de la persona y su familia”, es decir, el respeto y protección de la buena opinión o la buena fama, adquirida por la virtud y el mérito, de la opinión social u objetiva del honor, y en definitiva de la cualidad moral de la persona en el cumplimiento de sus deberes para con los demás o consigo mismo. Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los estados integrantes a garantizar la protección de la honra y la dignidad de las personas, prohibiendo correlativamente todo ataque ilegal contra de aquellas.

En atención a la especialidad del asunto, ha señalado al respecto la Excelentísima Corte Suprema en causa ROL 4681-2013 que, la persona “Además, tiene el derecho a que se respete y proteja su honra, que como ha expresado el Tribunal Constitucional en fallo de 10 de junio de 2008 (rol N° 943-2007) "es sinónimo de derecho al respeto y protección del "buen nombre" de una persona, derecho de carácter personalísimo que es expresión de la dignidad humana consagrada en el artículo 1º, que se vincula, también, con el derecho a la integridad psíquica de la persona, asegurado por el N° 1 de su artículo 19, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar, en ocasiones, una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto (si se pone en duda o desconoce la honradez de un comerciante o de un banquero, por ejemplo), la generalidad de las veces generan más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazada o compensada con una suma de dinero" (Considerando 27º)." (Corte Suprema, considerando 10º).

Y, es del caso que el cese de mi representado, se ve afectado en su honra y buen nombre porque por cuanto sus servicios ya no son necesarios debido al arribo de médicos chilenos. Obviamente esto ha traído un desprestigio al desempeño laboral de mi representada ya que ha visto mermada su calidad profesional frente a sus pares y le ha afectado de tal manera que no podido encontrar trabajo actualmente.

c) Derecho a la integridad psíquica.



El artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República prescribe “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, por su parte, el artículo 5 inciso segundo de la misma, refuerza el referido derecho constitucional mediante la incorporación, en jerarquía suprallegal de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y como límites al ejercicio de la soberanía, insistiendo en su condición a través del artículo 54 N° 1 inciso 5, y constituyendo la fuerza pasiva o de resistencia del tratado frente a la ley en la garantía de primacía de aquél sobre ésta.

En este valor, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y vigente en Chile, prescribe en su artículo 5 que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Amplia de este modo a elementos morales la prescripción constitucional de resguardo de garantías esenciales para el sujeto. Así, y a mayor abundamiento el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en lo pertinente señala en su artículo 12 que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Este derecho, de integridad personal, se constituye como pilar esencial en la protección de la dignidad humana, y lleva como correlato natural la prohibición de afectación ilegítima del mismo, basado en la especial vinculación existente entre aquél y el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por tanto, es correlato necesario a su protección, el establecimiento de un conjunto de obligaciones desde un punto vista de fondo, forma, seriedad, alcance y especialidad, que permitan sostener las obligaciones de respeto y garantía estatales, en términos procedimentales como sustantivos. En este entendimiento, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha tomado razón en sentencia ROL 1556-2013, en su considerando séptimo señalando que “el acto discriminatorio de que fue objeto la actora, que la privó de su cargo en forma anticipada y de las remuneraciones que habría debido percibir, no pudo sino haberle causado una afectación espiritual suficiente para menoscabarla en su integridad psíquica, vulnerándose también la garantía contemplada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental”.

A este respecto cabe destacar como elemento necesario para la correcta inteligencia de lo expuesto, lo señalado por el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, en causa ROL O-585-2016, acerca de la naturaleza jurídica del despido, “[...] es preciso indicar que el despido es una sanción determinada por el empleador, en uso de su poder disciplinario, siendo en tal caso parte de su poder de dirección, sin embargo esta corresponde a la sanción más grave y onerosa que contempla el ordenamiento jurídico laboral, pues implica la ruptura del vínculo y, desde un punto de vista material, significa privar de su fuente de sustento, intempestivamente a un trabajador y su grupo familiar, conforme a ello y dadas sus implicancias, el legislador ha establecido que deben cumplirse ciertas formalidades en su aplicación a través del artículo 162 del Código del Trabajo, esto es, que conste por escrito, se efectúe dentro de un



plazo determinado y se indique tanto la causa legal que se invoca y los hechos en que se funda; asimismo y respecto de tal obligación legal es el empleador, quien debe acreditar aquél cumplimiento”. De este razonamiento puede colegirse, y en observancia al tipo de empleador al que nos referimos que, la naturaleza del despido es a lo menos, similar o equivalente a la debatida, que de ello, entendida la desvinculación como sanción máxima, existe una serie de otras acciones, a las cuales el empleador ha podido recurrir previamente, a fin de evitar la utilización de ésta, las cuales se encuentran debidamente establecidas por el legislador dentro del conjunto de atribuciones con que dota al referido órgano, teniendo presente que el estándar o deber de exigibilidad es mayor respecto de un organismo público y estatal como es del caso.

d) La libertad de trabajo y no discriminación laboral.

Tal como señala el artículo 5 del Código del Trabajo: “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Precisamente la exigencia aludida afecta nítidamente los derechos constitucionales del trabajador, específicamente los derechos a la libertad de trabajo y el derecho a la no discriminación laboral.

El artículo 19 de la Constitución señala que: "La Constitución asegura a todas las personas: 16° La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración”.

Por libertad de trabajo debe entenderse dos aspectos: por una parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley.

En el caso en cuestión, mi representado se vio condicionado para continuar desempeñándose profesionalmente en el hospital por ser médico extranjero en proceso de revalidación.

Como ha señalado la doctrina, la libertad de trabajo significa que "a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con un justa retribución" (EVANS, E. Derecho Constitucional, Editorial Jurídica, p 232).

Precisamente, en el caso en cuestión



nos encontramos con una exigencia arbitraria, no voluntaria, y que afecta la libertad de elección.

Asimismo, la señalada exigencia, es además discriminatoria, porque condiciona la contratación del trabajador al cumplimiento de una situación que no dice relación alguna con la capacidad o idoneidad para prestar los servicios contratados, cuestión que vulnera lo dispuesto en el artículo 19, número 16, inciso tercero de la Constitución.

Dicho artículo señala que "se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos". Asimismo, reforzando lo anterior, el artículo 2 del Código del Trabajo, inciso segundo y tercero, señala que "son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

Estas disposiciones jurídicas, especialmente el precepto constitucional citado, establecen el derecho fundamental de las personas a no ser objeto de discriminaciones en el ámbito laboral, salvo que las exigencias o diferencias de trato que se efectúen se justifiquen para determinar la idoneidad o capacidad personal del trabajador.

En ese sentido, el texto constitucional califica como criterios inadmisibles para fundar en ellos distinciones de trato laboral "cualquier" motivo que no sea la capacidad o la idoneidad personal del trabajador. Como es fácil advertir, pretender exigir no ser médico extranjero en proceso de revalidación, como ocurre en el caso en cuestión, no corresponde en absoluto a una destreza o conocimiento propio de la capacidad o idoneidad para desempeñar esa función.

9. Todo lo anterior guarda coherencia con los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile, en particular el Convenio N° 111, sobre Discriminación en el Empleo y Ocupación de la Organización Internacional del Trabajo; la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo; el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

10. En el presente caso, la decisión de cesar o despedir a mi representado, en el contexto de una prestación de servicios desempeñando una función profesional, para labores habituales y permanentes del Servicio, obviando la necesidad de expresar los motivos por los cuales no son necesarios sus



servicios, y por no existir antecedentes de hecho que permitan concluir una justificación suficiente, o que ello no sea arbitrario o desproporcionado, lesiona los derechos antes descritos y consume un acto discriminatorio por razones de discriminación. Así si bien existe un criterio de apariencia neutral, que faculta al órgano administrativo para poner término a las funciones de mi representada, dicha facultad debe sujetarse a cumplir la prohibición de no discriminación, entre otras.

11.¿Que, en las condiciones anotadas la demandada ha incurrido en acto discriminatorio, al disponer anticipadamente el cese de su contratación, sin expresar los motivos por los que ello es así, vale decir, señalar porqué los servicios del funcionario ya no son necesarios para la institución y recurriendo a una facultad aparentemente neutral, pero que en los hechos consume un trato desigual, carente de justificación y arbitrario. Los Tribunales de Justicia, conociendo de la tutela laboral, pueden examinar si los motivos del término anticipado de la contrata importan afectación de derechos fundamentales.

12.¿Además, conforme a lo prevenido en el artículo 493 del Código del Trabajo, la prueba de la vulneración se ve facilitada por el alivio probatorio contemplado en dicho precepto y que en el presente caso se traduce en una serie de antecedentes documentales que dan cuenta de la conducta discriminatoria, sin perjuicio de los que se puedan agregar en la etapa correspondiente.

13.¿Que, conforme a lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico permite solicitar la tutela jurisdiccional contemplada en el procedimiento de tutela laboral regulada en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

14.¿La remuneración que percibía al momento del despido mi representado era de \$2.455.003.- Por lo que para los efectos del artículo 172 del Código del Trabajo las indemnizaciones deben ser calculadas en base a mencionada cifra.

15.¿Finalmente, y en lo que respecta al daño moral, la indemnización especial establecida en el artículo 489 del Código del Trabajo para el evento de ser acogida una denuncia por vulneración de derechos fundamentales con ocasión de despido, no excluye la procedencia eventual de una indemnización por daño moral, ya que mientras ésta tiene por objeto compensar el daño que la conducta hubiere ocasionado en el ámbito extrapatrimonial del trabajador afectado, la primera presenta un carácter punitivo respecto del empleador que ha incurrido en el despido abusivo y, por ende cumple también una función disuasiva de conductas que afectan bienes especialmente valiosos en el ámbito de las relaciones laborales, prueba de ello es que procede por el sólo hecho de acogerse la denuncia, no está sujeta a la prueba del daño efectivamente causado, y se encuentra predeterminado su monto mínimo y máximo.



El principio de la reparación integral del daño ocasionado permite, en consecuencia, acumular a esta indemnización tarifada, la indemnización por daño moral conforme a las normas del derecho común (Artículo 1556 del Código Civil), dependiendo del daño apreciado por el juez.

POR TANTO: Por estas consideraciones, y lo dispuesto en los artículos 1, 2, 485, y siguientes y pertinentes del Código del Trabajo, en relación directa con las garantías constitucionales previstas en los numerales 1° 2 , 4° y 16° del artículo 19, artículos 1, 4, 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República de Chile, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convenios 87, 98, 135 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo, y demás normas nacionales, constitucionales y legales, así como aquellas internacionales y principios generales del derecho que sean del caso aplicar; RUEGO A US., Tener por interpuesta denuncia en procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales, en contra del SERVICIO DE SALUD ARAUCO, persona jurídica de derecho público, representada legalmente por su Director don Leonardo Rivas Solar, ambos domiciliados en calle José Miguel Carrera N°302, comuna y ciudad de Lebu, todos ya individualizados, para que previo a los trámites legales, acoja la demanda de tutela y declare:

- 1.- Que se declare que el despido fue con ocasión de vulneración de mis derechos fundamentales.
- 2.- Que atendido lo anterior, solicito se condene al demandado al pago de \$27.005.033., por concepto de 11 remuneraciones del art 489 del Código del Trabajo.
- 3.- Condenar al demandado al pago de \$2.455.003.- por un año de servicio.
- 4.-Condenar al demandado al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, por la suma de \$2.455.003.-
- 5.-Condene al demandado al pago de las remuneraciones desde el 11 de junio del año 2019, en virtud del lucro cesante o como cumplimiento forzado de la obligación, dado el plazo de la contratación que inicio el 01 de enero de 208 y terminaba el 31 de diciembre del mismo año por \$16.284.853.-
- 6.- Que se declare además que en el despido no se invocó causal y que por ende el demandado deberá pagar la suma de \$2.455.003.- equivalente al recargo legal del 50% según dispone el artículo 168 literal b) del Código del Trabajo;
- 7.- Que el demandado sea condenado al pago de la suma de \$10.000.000.-, correspondiente a indemnización por daño moral que también se demanda, debido a los perjuicios y daño que sufrió por las situaciones ocurridas con motivo de su arbitraria y discriminatoria desvinculación, todo conforme a los antecedentes de hecho y de derecho ya expuestos.



8.- Que el demandado deberá ser condenado al pago de las sumas señaladas, o bien las que S.S. determine ajustadas a Derecho, con los intereses y reajustes contemplados en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

9.-Que se condene al demandado al pago de las costas de la causa. O la sumas mayores o menores que S.S. considere ajustadas a Derecho conforme al mérito de autos.

**, En subsidio de la acción deducida en lo principal, y para el improbable evento que se desestime la acción de tutela de derechos fundamentales;** conforme dispone el inciso séptimo del artículo 489 del Código del Trabajo; vengo en deducir demanda por despido injustificado y cobro de prestaciones laborales, en contra del SERVICIO DE SALUD ARAUCO, Rut N° 61.954.500-1, persona jurídica de derecho público representada legalmente por su Director don Leonardo Rivas Solar, ambos domiciliados para éstos efectos en calle José Miguel Carrera N° 302, comuna y ciudad de Lebu, con el fin de que se declare que el despido de autos fue injustificado, condenándose a la demandada al pago de las prestaciones que se señalarán.

Lo anterior, en base a los argumentos de hecho y de derechos expuestos en lo principal de esta presentación y que por economía procedimental doy por expresamente reproducidos y en especial que: El Dictamen N° 85.700/2016 de la Contraloría General de la República, manifiesta “Que los actos administrativos en que se materializa la decisión de poner término 9 anticipado a una contrata, deberá contener el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta, las que se verificaran en la especie”.

Ni el despido de fecha 18 de junio de 2019, ni la Resolución Exenta RA N° 834/137/2019 señalan fundamentos de hecho circunstanciados y de derecho, y mucho menos el razonamiento por el cual se haya concluido que procedía la desvinculación laboral de mi representado. El Estatuto Administrativo no establece causales expresas para la desvinculación anticipada de las contratas, por ello el órgano contralor exige un razonamiento sobre los hechos y derechos que fundamentan la decisión de anticipar el término de una contrata, circunstancia que no se cumple en el caso de la desvinculación de mi representado.

Ambos dictámenes de la entidad contralora son contestes y complementarios en exigir para el término anticipado de una contrata el que debe ser fundado tanto en los hechos como en el Derecho. Al no encontrarse está materia regulada por causales expresas, cabe aplicar en subsidio el inciso Tercero del artículo Primero del Código del Trabajo “Con todo los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”; por lo anterior podría



haberse invocado las causales de los artículos 159, 160 o 161 del Código del Trabajo, siempre fundamentando dicha aplicación de la Ley Laboral, lo cual tampoco se hizo efectivo.

El Servicio de Salud Arauco, parece olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico prima el principio de estabilidad en el empleo, siendo ésta la regla general, y solo excepcionalmente y por motivos fundados se podrá despedir a un trabajador, siendo carga del empleador probar en juicio, la procedencia de la causal invocada. Vale decir, no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico el principio de la “libertad de despido”, por ello el artículo 168 del Código del Trabajo sanciona fuertemente el ejercicio arbitrario de las facultades del empleador a este respecto.

En consecuencia, al no encontrarse regulado en la especie el despido anticipado de un trabajador a contrata en un servicio centralizado o descentralizado del Estado, el empleador debe acudir necesariamente a alguna de las causales contempladas en el artículo 159, 160 o 161 del Código del Trabajo, señalando claramente cuál de aquellas causales es la que se invoca y, muy especialmente, qué hechos concretos y circunstanciados configuran y justifican la aplicación de la causal legal invocada. En la especie, en modo alguno se cumplió con este principio.

A su turno, el artículo 162 del Código del Trabajo dispone que “si el contrato de trabajo termina por las causales 4, 5 o 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador (...) La comunicación al trabajador deberá, además, indicar, precisamente el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente...”.

Por lo anterior, se verifican todos y cada uno de los presupuestos fácticos señalados, por lo que el despido de mi representado es claramente injustificado, discriminatorio, arbitrario, indebido e improcedente, carente de aviso previo, carente de causa legal y formalidades; debiendo SS., así declararlo y en consecuencia condenar a la demandada al pago de las indemnizaciones y recargos que ordena la Ley.

POR TANTO, Con el mérito de lo expuesto precedentemente, y de lo dispuesto en los artículos 160, 161, 162, 163, 168, 183-A y siguientes, 425 y siguientes, y 446 y siguientes del Código del Trabajo, y demás normas pertinentes, RUEGO A US., se sirva tener por interpuesta la presente demanda de despido injustificado y cobro de prestaciones laborales adeudadas, en contra del Servicio de Salud Arauco, persona jurídica de Derecho Público, representada legalmente por su Director don Leonardo Rivas Solar, ambos domiciliados para éstos efectos en calle José Miguel Carrera N° 302, comuna y ciudad de Lebu, acogerla en todas sus partes y, en definitiva, declarar que:

1.- El despido de que fue objeto, fue indebido, injustificado e improcedente. 2.- Condenar al demandado al pago de \$2.455.003.- por un año de servicio.



3.- Condenar al demandado al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, por la suma de \$2.455.003.-

4.- Condene al demandado al pago de las remuneraciones desde el 11 de junio del año 2019, en virtud del lucro cesante o como cumplimiento forzado de la obligación, dado el plazo de la contratación que inicio el 01 de enero de 2019 y terminaba el 31 de diciembre del mismo año por \$16.284.853.-

5.- Que se declare además que en el despido no se invocó causal y que por ende el demandado deberá pagar la suma de \$2.455.003.- equivalente al recargo legal del 50% según dispone el artículo 168 literal b) del Código del Trabajo;

6.- Que se condene también al denunciado al pago del feriado legal por la suma que US. determine conforme al mérito del proceso.

7.- Que el demandado deberá ser condenado al pago de las sumas señaladas, o bien las que S.S. determine ajustadas a Derecho, con los intereses y reajustes contemplados en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo.

8.- Que se condena a la demandada al pago de las costas de la causa.-

**SEGUNDO:** Comparece doña KATHERINE VERGARA MANCILLA, Abogada, en representación del Servicio de Salud de Arauco contestó la demanda solicitando el rechazo de la demanda, con costas, todo de acuerdo a los antecedentes que a continuación se señalan y que expresa luego de hacer un resumen de las peticiones de las argumentaciones de la demandante, solicitando desde ya su total rechazo:

1.- El actor señala que es médico anestesista, y que ingresó a trabajar en el Hospital Intercultural Kallvu Llanka de Cañete. Su contratación fue sancionada mediante Resolución N° 834/141/2018 de fecha 01 de junio de 2018, la cual sin embargo indica en su parte resolutive que se le contrata como “médico cirujano” regido por la Ley N° 19.664, con jornada de 44 horas semanales, relación que mantuvo hasta junio de 2019.

2.- Señala que durante el año 2018 en el Hospital Intercultural Kallvu Llanka de Cañete jamás tuvo ningún inconveniente relacionado con su desempeño profesional, ni con la jefatura de aquel momento. Sin embargo con el cambio de autoridades en el hospital, en mayo de 2018 asumió como Directora la Sra. Patricia Jiménez Sepúlveda cuyo desempeño tuvo graves falencias desde el punto de vista de la gestión de las personas.

3.- Que en septiembre de 2018, asumió como Subdirectora Médica del hospital la Dra. Francisca Faure Little, y desde ese momento se inician una serie de situaciones desagradables.



4.- Alega que la Dra. Faure le negó vacaciones a mi representado para viajar a su natal Venezuela y sólo con motivo de su insistencia terminó autorizándolas, pero “fraccionadas” afectando de igual manera los planes de viaje de mi representado, quien terminó acumulando la mitad para el año 2019.

5.- Señala que en enero del año 2019 en una reunión con la Dra. Faure Litle en su oficina, ella preguntó a mi representado por su situación con los exámenes de CONACEM y EUNACOM, señalándole que era fundamental que tuviera todo aprobado ya que era un “problema para ella tener un médico extranjero” en proceso de revalidación ya que afectaba la acreditación del hospital y que, si dependiera de ella, “no contrataba ni daría algún tipo de oportunidad a ningún médico extranjero.” Esto último, a pesar de que estaba inscrito para rendir su examen de EUNACOM para el día 24 de mayo de 2019.

6.- Indica que el 24 de enero del presente con ocasión del fallecimiento de una paciente en pabellón, donde era parte del equipo médico, y pese a que el informe del evento centinela no infiere responsabilidad a este, ni tampoco la autopsia, es sacado de sus funciones y se le encarga policlínico pre quirúrgico cita razón era por ser extranjero, y amenazado de hacerle un sumario administrativo.

7.- Señala que esto último, terminó por afectar severamente la salud de mi representado, desde el punto de vista psicológico, Por ello, decidió acudir a consulta con la Dra Camila Pérez, médico psiquiatra, quien le diagnosticó trastorno adaptativo por “acoso laboral”. Debido a su estado de salud se le otorgan varias licencias médicas, siendo, además, evaluado por la mutual, donde fue atendido por un médico general y luego un psicólogo en espera de evaluación de su puesto de trabajo.

8.- Dice que recién con fecha 28 de mayo de 2019, se emitió Resolución N° 834/21/29019 que decidió prorrogar su contratación, pero hasta el día 30 de junio de 2019, y que esto habría ocurrido en su ausencia y no hasta el día 31 de diciembre como había sido informado. Posteriormente se reincorpora al hospital el día lunes 10 de junio, donde lo siguieron manteniendo en policlínico, negándosele todo acceso al pabellón.

9.- Finalmente, comenta que el día 11 de junio fue llamado por la secretaria de la actual Directora del Hospital de Cañete, indicándosele que la Directora quería conocerlo y conversar con él, y que en dicha reunión la Directora sin rodeos le indicó que se había tomado la decisión de suspender por anticipado su contrato, puesto que no se requerirían más de sus servicios debido a la llegada de dos anestesista chilenos a devolver beca y por cuanto su contrato dice que es hasta cuando sus servicios sean requeridos y sin aviso previo. El termino anticipado de sus servicios se materializo mediante Resolución N° 834/137/2019 de fecha 11 de junio de 2019 y extrañamente notificado mediante una Resolución N° 2165 de fecha 18 de junio de 2019 y no mediante un Ordinario, en el cual por lo demás reconoce expresamente entre las partes una relación de tipo laboral, al intitularla como “notificación de desvinculación laboral” y señalar poner término a un “contrato de trabajo”.



## I.- INCOMPETENCIA ABSOLUTA DEL TRIBUNAL EN RAZÓN DE LA MATERIA.

Conforme a lo señalado en el epígrafe, opone la excepción perentoria de incompetencia absoluta del tribunal, en razón de la materia, fundado en lo siguiente:

Cabe tener presente que el profesional que denuncia es médico, y sin perjuicio de existir la ley 19.664, que rige las relaciones entre estos y el estado, la calidad que tiene es de funcionario público, rigiéndose en todo lo no regulado por la ley anterior por el estatuto administrativo. En razón de lo anterior entre la parte demandante y el Servicio de Salud Arauco jamás existió una relación laboral, por cuanto dicha circunstancia se opone que se encuentra regulada in extenso en el Estatuto Administrativo, siendo este el cuerpo legal aplicable y NO el Código del Trabajo.

Por lo expresado, el presente Tribunal resulta ser incompetente, por la sola aplicación del artículo 420 del Código del Trabajo, que indica cuáles materias son de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, entre las que destacan: “a) Las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones o fallos arbitrales en materia laboral. g) Todas aquellas materias que las leyes entreguen a los Juzgados de Letras con competencia laboral”.

Luego, la existencia de una relación a contrata obsta a la relación laboral que supone la demandante, a lo cual cabe agregar que la circunstancia que dicha vinculación presente ciertas y determinadas características, tales como cumplimiento de horario, dependencia de una jefatura o pago mensual de una retribución, no modifican ni muta la naturaleza jurídica de la relación habida entre las partes, ya que la contrata, en cuanto a dichas características, se encuentra regulada in extenso en la Ley 18.834.

La relación entre el demandante y el organismo demandando, además, se ciñó expresa y taxativamente a las prescripciones de la Ley de Bases de la Administración del Estado, que en su artículo 15 señala: "El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones".

A las normas estatutarias a las cuales se refiere el precepto corresponden a aquellas contenidas en el Estatuto Administrativo. Conforme a lo anterior, el artículo 1° del Estatuto Administrativo, Ley 18.834, dispone que "las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo", con lo que excluye la aplicación del Código del Trabajo a esta relación.

Así, el Estatuto Administrativo en su artículo 3, letra “c”, señala que empleos a contrata “son aquellos de carácter transitorio en la dotación de la institución”. Enseguida, en su artículo 10° aborda la



permanencia de esta clase de cargos, estableciendo que: “los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos”.

“como máximo”, más aquella que se inserta en las respectivas resoluciones que señala “... o hasta que sus servicios sean necesarios...”, posibilitan a la autoridad que efectúa estos nombramientos determinar un período de vigencia menor al que reste para finalizar el año en que éstos se efectúen.

Estamos, entonces, frente a una facultad de la autoridad para poner término a las funciones del empleado a contrata antes de la fecha indicada en la norma transcrita. De lo expuesto se desprende que toda designación de funcionarios a contrata en la administración pública es esencialmente transitoria y, en efecto, no puede exceder del 31 de diciembre del año correspondiente en que la contrata empieza a regir. Es decir, su principal característica es la precariedad en su duración, la cual está supeditada a las necesidades de la Administración.

En consecuencia, el régimen jurídico especial aplicable a la relación profesional que mantuvo la parte demandante con la parte demandada, y establecido en las normas señaladas, se encuentra en armonía con la normativa contenida en el Código del Trabajo, que prescribe al efecto en su artículo 1º, inciso segundo, que: “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional, del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial”.

En el caso de autos, el estatuto especial corresponde al Estatuto Administrativo. Más adelante, señala el inciso 3º del citado artículo 1º: "Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.". Al efecto, resulta aún más evidente la improcedencia de aplicar las normas del Código del Trabajo, por cuanto la parte demandante no puede calificarse como trabajador o funcionario de la Administración, pues tenía la calidad de contrata. Más aun, por aplicación del principio de legalidad, consagrado constitucionalmente en los arts. 6º y 7º de la ley Fundamental, el Servicio demandado, desde el momento que debe someter su acción tanto a la Constitución como a las normas dictadas conforme a ella (para el caso concreto, el artículo 11 del Estatuto Administrativo y demás normas de derecho público aplicables) y desarrollar sus funciones dentro de su competencia, se encuentra absolutamente impedida de celebrar contratos de trabajo con su personal.



En efecto, el principio de juridicidad determina, entre otros, la forma en que el Estado contrata al personal de sus Servicios, encontrándose obligado a cumplir con la normativa vigente. De modo que el Estado no puede contratar personal en virtud de las normas del Código Laboral, sino mediante una ley expresa que lo habilite para ello, como por ejemplo, en el caso de la Ley N° 20.079 de 30 de noviembre de 2005, sobre reajuste de remuneraciones a trabajadores del sector público, cuyo artículo 35 expresamente autorizó la contratación de personal específico del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes dicta normas sobre Hospitales de las Instituciones de la Defensa Nacional, faculta al Director del establecimiento hospitalario castrense correspondiente, para contratar personal bajo las normas laborales y previsionales del sector privado. Como se aprecia, queda demostrado que los Órganos del Estado, al contratar al personal necesario para el desempeño de sus fines, deben sujetarse estrictamente al principio de juridicidad consagrado en la Carta Fundamental, y para ello deben guardar estricto apego a las normas dictadas conforme a ella, encontrándoseles vedado contratar personal bajo las normas del Código del Trabajo, salvo en los casos en que existan leyes que expresamente lo dispongan. En consecuencia, la acción laboral entablada en autos no es la vía judicial aplicable al caso de la demandante y, por consiguiente, SS., carece de competencia, en razón de la materia, para conocer de las demandas de autos, debiendo declararse incompetente, y ordenar a la demandante recurrir a los tribunales que en derecho corresponde.

## II.-¿A?TODO?EVENTO,?CONTROVERSIA?DE?LOS HECHOS.

Como se advierte precedentemente, solicita al Tribunal tener presente que controvierto expresa y formalmente todos los hechos expuestos en la demanda, con excepción de aquellos que en el presente escrito de contestación fueren reconocidos en forma expresa. De conformidad con lo anterior, corresponderá al actor acreditar, por los medios de prueba legal, los hechos en que funda su demanda. En este orden de ideas, NO ES CIERTO NI ES EFECTIVO QUE:

- 1.- El Servicio de Salud Arauco o que alguno de sus integrantes, hubieren incurrido en vulneraciones de derechos fundamentales, ni en los períodos de tiempo ni en la forma descrita por el actor en su demanda.
- 2.- El Servicio de Salud Arauco adeude al denunciante sumas de dinero, por ningún concepto.
- 3.- Se configuran los hechos que obliguen a otorgar las prestaciones demandadas.
- 4.- En particular, se controvierte la aseveración formulada en su demanda, en orden a que existió en su contra una discriminación basada en consideraciones de raza o nacionalidad, o de cualquier otro orden. El mismo actor, aparte de su afirmación, no desarrolla ni explicita en la demanda algún acto concreto de acoso o vulneración de garantías constitucionales. Sólo



se imputan y deslizan generalidades. Consiguientemente, no se cumplen los requisitos elementales para examinar a través de este juicio la acción de tutela por vulneración de garantías, desde que no hay sustratos fácticos que analizar ni menos ponderar como constitutivos de acoso, discriminación o vulneración de garantía.

### III.- LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, DE SUS FUNDAMENTOS, Y DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA QUE SE EJERCIÓ.

En este orden de ideas, se estima que se ha cumplido íntegramente con el requisito de expresar los antecedentes de hecho y de derecho, junto con la debida fundamentación en que se sustenta la decisión de la autoridad, toda vez que la Resolución Exenta N° 834/137/2019 de fecha 11 de junio de 2019, alude a lo siguiente:

“CONSIDERANDO: Correo electrónico de fecha 11 de junio de 2019 de la directora del Hospital Kallvu Llanka de Cañete, Srta. Nelly Pillado Gutierrez. RESUELVO:

PONÉSE TÉRMINO ANTICIPADO A LA DESIGNACIÓN A CONTRATA DE:

1) Don(a) FELIX AUGUSTO BOLÍVAR VARGAS, R.U.N N°25736472-0, como MEDICO CIRUJANO, asimilado a grado LEY N° 19.664, contrata del SERVICIO DE SALUD ARAUCO, con jornada de 44 horas semanales, a contar de la total tramitación del presente acto administrativo, por no ser necesarios sus servicios”. De este modo, es posible concluir lo siguiente:

1.- En todas y cada una de las Resoluciones de que fue objeto don Felix Bolivar, se establecía la facultad a mi representada de poner término anticipado a su contratación, a través de la cláusula “... y mientras sean necesarios sus servicios”, por lo que la Resolución Exenta N°834/137/2019 de fecha 11 de junio de 2019, que pone termino al convenio, establece en las mismas condiciones la expresión, “... y mientras sean necesarios sus servicios”, se encuentra ajustada a derecho y motivada.

2.- La actuación administrativa que se impugna se fundamenta específicamente que la desvinculación se ha producido porque ya no existía brecha anestésicas, en el Hospital de Cañete, puesto que, con la llegada de dos médicos, a comienzos del año 2019, para dar cumplimiento del periodo asistencial obligatorio, teniendo la misma especialidad que el profesional denunciado, se logró cubrir las dos salas de pabellón, e incluso policlínico de evaluación pre anestésica, todo ello con la colaboración de las horas realizadas por la Dra. Gabriela Martínez, anestesista, quien se encuentra desde antes destinada en comisión de servicios al Hospital de Cañete para realizar horas de anestesiología. Además de todo lo anterior, el profesional denunciante no contaba con las exigencias ministeriales requeridas, esto es su examen EUNACOM Y CONACEM, los cuales fueron solicitados en distintas oportunidades por la Srta. Faure, en su calidad de Subdirectora del hospital de Cañete, como a todos los médicos que no cuentan con esta exigencia, para dar cumplimiento a los requisitos que impone la acreditación de



Hospitales, directrices que provienen a nivel ministerial, y que como colorario de lo anterior, el actor tampoco cumplía con los estándares en el cumplimiento de sus funciones, pues su labor no informe de autopsia de la paciente Sra, María Astete Gayoso, aparece una lesión lumbar que proviene de la aplicación de la anestesia practicada por el profesional, y peor aún, que como causa de muerte se indica ruptura de vena cava inferior abdominal, pues esta presento una laceración (ruptura) de 6x3 cm en la pared anterior, cuyas zonas fueron solo intervenidas por la aplicación de anestesia.

3.- Que respecto de la situación vivida en pabellón se iniciaron inmediatamente los procedimientos para esclarecer los hechos, como ocurre en todo tipo de situaciones y respecto de cualquier funcionario iniciándose así un evento centinela y la instrucción de sumario administrativo, en el cual se evidencia ausencia de registros en los procedimientos, que para el caso de las responsabilidades civiles extracontractuales resulta de relevancia, exponiendo el patrimonio fiscal el actor con su actuar. Pues bien, el carácter transitorio al que se ha hecho referencia ha sido reconocido expresamente tanto por la jurisprudencia administrativa como judicial. Es así como la Contraloría General de la República (“CGR”), en su dictamen N°23.518/2016, refiriéndose a la posibilidad de poner término a las contrataciones de manera anticipada, ha señalado lo siguiente: “[...] la jurisprudencia de esta Contraloría General, contenida entre otros, en los dictámenes N°s. 74.764, de 2012, y 80.960, de 2014, ha concluido, en lo pertinente, que cuando una contratación o su prórroga, ha sido dispuesta con la fórmula "mientras sean necesarios sus servicios", la autoridad administrativa puede ponerle término en el momento que estime conveniente [...]”.

Adicionalmente, el dictamen en comento establece que "Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares".

En consecuencia, es incluso la misma CGR quien reconoce la posibilidad de poner término anticipado al vínculo estatutario del recurrente, exigiéndose como requisito del mismo -así como de todo acto administrativo- que se encuentre fundado, requisito que se cumple a cabalidad en este caso, tal y como se manifiesta en la Resolución Exenta RA N° 834/6/2019.

Del mismo modo se ha pronunciado la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, al desestimar recientemente un recurso de protección, en fallo de fecha 14 de mayo de 2018, Rol de Ingreso N°28.374-2018, caratulado “Pablo Sandoval Lanfranco con Subsecretaría de Previsión Social”, subrayando el carácter esencialmente transitorio de la función a contrata, y la consiguiente facultad que tiene la autoridad administrativa de ponerle fin en cualquier tiempo. En concreto, el fallo en comento establece en su considerando tercero que: “[...] para la resolución del asunto propuesto, es del caso señalar que el empleo a contrata es esencialmente transitorio, de duración limitada en el tiempo, y sus plazos no se encuentran establecidos ni garantizados por norma alguna, por lo que pueden ser



discrecionalmente variadas por la autoridad facultada para realizarla”. disposición del Estatuto Administrativo, los empleados de la Administración del Estado se clasifican en “empleados de planta” o “empleados a contrata”, los primeros pueden ser titulares, suplentes o subrogantes, y la diferencia esencial con los contratados radica en la permanencia de las funciones de los primeros y en la transitoriedad de los segundos [...]”.

De lo anterior se desprende inequívocamente entonces que la potestad ejercida para poner término anticipado a la designación a contrata es legal, ejercida por la autoridad competente, y se conforma además con la jurisprudencia administrativa y judicial vigente, según la cual es factible poner término a una contrata en aquellos casos en que los servicios ya no son necesarios, en tanto el acto de desvinculación exprese los fundamentos de hecho y de derecho que lo motivan, presupuesto que se cumple cabalmente en la especie.

En otro orden de ideas, es importante señalar que el Estatuto Administrativo regula de manera expresa los derechos y la posición jurídica en la que se enmarcan los funcionarios de planta y los funcionarios a contrata, distinguiendo claramente entre unos y otros, en relación a los derechos que les competen, tal cual se desprende del artículo 3º letra f) del citado cuerpo normativo: “Carrera funcionaria: Es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad”.

De esta forma, el Estatuto Administrativo otorga de manera clara y explícita determinadas prerrogativas y derechos a los funcionarios de planta, no siendo asimilable tales calidades a los funcionarios a contrata, quienes si bien son funcionarios públicos, y por tanto cumplen funciones públicas, de forma alguna pueden ser equiparados a los funcionarios de planta, por cuanto respecto de ellos se produciría una desigualdad de carácter arbitraria, respecto a la forma de poder acceder a la carrera funcionaria y todo cuanto ella supone.

Por su parte, el artículo 89 del Estatuto Administrativo, Ley 18.834, dispone lo siguiente en su inciso primero; "Todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo y a ascender en el respectivo escalafón, salvo los cargos de exclusiva confianza; participar en los concursos; hacer uso de feriado, permisos y licencias; recibir asistencia en caso de accidente en actos de servicio o de enfermedad contraída a consecuencia del desempeño de sus funciones, y a participar en las acciones de capacitación, de conformidad a las normas del presente Estatuto”.

Sin embargo, la "estabilidad en el empleo" es un derecho que se encuentra consagrado a propósito de los funcionarios llamados "de planta", que estatutariamente regulan la relación laboral con el Estado a



través del concepto administrativo de la carrera funcionaria, según se ha explicado. Sin lugar a dudas, tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa y la doctrina se encuentran contestes en relación a este punto. Sin ir más lejos, resulta pertinente prestar atención a la última frase de dicha limitación es capital a la hora de entender el derecho que se está consagrando a través de dicha norma, considerando tal como señalamos con anterioridad, que el empleo a contrata se define por su transitoriedad, lo que permite hacer una diferencia sustantiva entre ambos tipos de vinculación.

De lo anterior se colige inequívocamente que la potestad para poner término anticipado a la designación a contrata es legal, ejercida por la autoridad competente, y se conforma además con la jurisprudencia administrativa y judicial vigente, según la cual es factible poner término a una contrata en aquellos casos en que los servicios ya o son necesarios, en tanto el acto de desvinculación exprese los fundamentos de hecho y derecho que lo motivan, presupuesto que se cumple cabalmente en la especie.

No obstante ello, respecto a los efectos de las resoluciones de prórroga de contratas para los periodos siguientes al ingreso del funcionario y a la aplicación de la cláusula “y hasta que sus servicios sean necesarios”, la Contraloría General de la República ha sostenido invariablemente que “siempre que del acto administrativo que contiene la prórroga de la contrata, aparezca claramente que esa medida ha sido adoptada en los mismos términos fijados en la designación primitiva –esto es, que el cargo del funcionario este asimilado a igual planta y corresponda a idéntico grado que el de la contrata original y sus prorrogas- y ésta contemplaba el enunciado mientras sean necesarios sus servicios, debe entenderse que tal estipulación rige también respecto de la extensión de la contrata”. En este sentido Dictamen 28.686 del año 2015, en concordancia con dictamen 36.956 del año 2011; Dictamen 60.678 del año 2005; Dictamen 12.769 del año 2008 y Dictamen 40.167 del año 2010.-

6.- Que como colorario a todo lo anterior el acto que dispone su terminación, emana de las facultades que la ley otorga al Jefe de Servicio, esto es, al Director del Establecimiento de Salud que la dictó, quien actuó dentro de sus facultades, pues el inciso 1º del artículo 21 del D.F.L N°1 del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L: 2763 de 1979 y de las Leyes 18.933 y 18.469, indica: “Al Director le corresponderá la organización, coordinación y control de las acciones de salud que presten los establecimientos de la Red Asistencial del territorio de su competencia, para los efectos del cumplimiento de las políticas, normas, planes y programas del Ministerio de Salud”.

Por su parte, el artículo 22, del mismo D.F.L dispone que el Director será el jefe superior del Servicio y tendrá su representación judicial y extrajudicial. Y el artículo 23 de la misma normativa, señala las atribuciones de dicho director, señalándose en la letra g) “Designar a los funcionarios, poner término a



sus servicios y, en general, ejercer respecto del personal todas las facultades que correspondan a un jefe superior de servicio descentralizado.” La misma idea se encuentra recogida en el Decreto 140, que establece el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, en cuyo artículo 8º, título IV letra a) indica que el Director tendrá entre otras, las siguientes facultades en materia de Recursos Humanos: “Ejercer en materia de recursos humanos todas las facultades que correspondan a un jefe superior de un servicio descentralizado y ejercer las atribuciones que le otorga la ley N° 19.882 en materia de cargos sujetos al Sistema de Alta Dirección Pública”.

#### IV.- NO HAY AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE “CONFIANZA LEGÍTIMA”.

Dictámenes recientes de la CGR (Dictámenes números 85.700/2016, 22.766/2016, 23518/2016 y 6.400/2018) han hecho aplicable el criterio de la confianza legítima a ciertos funcionarios que han sido designados en empleos a contrata, en aquellos casos en que se dé cumplimiento a los requisitos e instrucciones impartidas por el Órgano Contralor.

No obstante, la misma CGR (Dictamen 6400/2018), ha sostenido que sus pronunciamientos “no afectan las facultades que tienen las autoridades respectivas en torno a las contrataciones -u otras figuras de designación semejantes-, en particular, en cuanto a la atribución de decidir su no renovación o el término anticipado [...]”. En efecto, la jurisprudencia reciente de la CGR, -contenida entre otros en los dictámenes número 23.518/2016, 85.700/2016 y el citado 6.400/2018-, ha reafirmado la validez y ha pormenorizado el alcance y sentido de la expresión “mientras sean necesarios sus servicios”.

Dicha afirmación condensa en una fórmula jurídico- administrativa, que alude a la facultad que asiste a la Autoridad para poner término a una contratación o a su prórroga en el momento que estime conveniente, siempre y cuando se expresen adecuadamente sus motivos, los razonamientos y los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de sustento y conforme a los cuales ha adoptado la decisión, los que pueden incluir razones presupuestarias, de reorientación técnica e incluso consideraciones referidas a las aptitudes personales del empleado (Dictamen N°85.700/2016 en relación al dictamen N° 48.251/2010, de la CGR).

En consecuencia, dado que el acto recurrido fue debidamente motivado de acuerdo a los criterios y categorías indicados por el Órgano Contralor, es que la actuación del Servicio de Salud Arauco se encuentra perfectamente ajustada a derecho y es ajena a cualquier tipo de arbitrariedad.

#### V- NO HAY INDICIOS DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA DENUNCIANTE POR PARTE DEL SERVICIO DE SALUD ARAUCO.

Negamos total, absoluta y categóricamente todos los hechos contenidos en la demanda y por sobre todo que el Sr. Felix Bolivar, hubiese sido objeto de alguna vulneración en sus derechos fundamentales debido a alguna discriminación de raza o de nacionalidad, a la honra, a la integridad psíquica, libertad



del trabajo y no discriminación laboral. En ningún caso se ha procedido en contra del actor de manera arbitraria, ni por razones raza o de nacionalidad, ni por ningún tipo de razón, que hubiere producido en su contra una discriminación de carácter arbitraria y más aún de discriminación. Establecer que el término de la relación laboral entre la denunciante y el Servicio de Salud Arauco como una acción arbitraria o que provenga de una motivación racial es totalmente alejado de la realidad, pues no guarda de manera alguna relación con los hechos, esto es, que el término de la prestación de servicios se produce por lo dispuesto en la Resolución Exenta RA N° 834/137/2019 que tal como ya explicamos se encuentra debidamente fundamentada y se enmarca dentro de la legalidad.

Cabe destacar que la denunciante no acompaña los antecedentes señalados en el artículo 490 del Código del Trabajo y más aún, no indica de qué manera su desvinculación implica una discriminación en su contra. Es decir, no logra explicar cómo el actuar del Servicio de Salud Arauco, al poner término anticipado a su designación a contrata, importa una discriminación y vulneración a sus derechos fundamentales, generando una discriminación por razones de nacionalidad.

Cabe destacar que no resulta suficiente que se alegue una vulneración de derechos fundamentales, sino que ésta debe probarse por quien la alega, no pudiendo en caso alguno trasladarse la carga de la prueba al empleador, ya que la actora no está liberada de la carga de la prueba, debiendo acreditar la existencia de indicios suficientes de la conducta que lesiona sus derechos fundamentales, es decir, hechos que generen una sospecha razonable de que ha existido una conducta lesiva. En este punto queremos enfatizar que no basta con que el actor indique que, por tener nacionalidad extranjera, esta haya sido el motivo para poner término anticipado a su contrata, toda vez que existen en el Servicio de Salud Arauco funcionarios de distintas nacionalidades y que se mantienen en sus cargos, ya que la nacionalidad es irrelevante a la hora de ejercer funciones públicas.

Insistimos que el término anticipado de la contrata del Sr. Felix Bolívar se basa en los fundamentos técnicos señalados en la Resolución Exenta RA N° 834/137/2019, es decir, en la falta necesidad de su cargo, además de las competencias que tiene el actor en relación con los requerimientos del cargo.

Cabe señalar que respecto a las diversas acusaciones a la Dra. Faure, es preciso dejar en claro, que ninguna de las actuaciones son injustificadas, pues de cada una de ellas hay fundamento para realizarlas, y así se probara en este juicio, y que todas sus actuaciones se hicieron en cumplimiento de sus funciones, como lo es por ejemplo, reprogramar vacaciones para el desarrollo normal del buen servicio, pues al tiempo en que se solicitaron era el único anestesista, y el perjuicio de otorgar vacaciones en el periodo solicitado, era no poder realizar ninguna cirugía durante ese periodo, lo que claramente demuestra que la Srta. Faure, en cumplimiento de sus cargo, decidió correctamente, en razón del buen funcionamiento del servicio. Por lo demás hay que dejar en claro que se hicieron



efectivas e inmediatas acciones tendientes a buscar a un reemplazante para las vacaciones, tras solicitarlas el actor, pero que dada la distancia en que encuentra el hospital de Cañete, es poco atractivo para médicos de la ciudad de Concepción o de otros lugares, interesarse por voluntad de la Subdirectora médica de gestionar la búsqueda de un reemplazo.

Por otra parte en relación, a la solicitud del cumplimiento de los exámenes de EUNACOM Y CONACEM, (de los cuales finalmente nunca demostró su aprobación ante el Hospital), que al parecer para el actor, era una persecución de parte de la Subdirección médica, cabe señalar que esto no es efectivo, que la Srta. Faure en cumplimiento de sus funciones, y con el objeto de mantener la acreditación del hospital, le exigió, exige, y exigirá mientras se encuentre en su cargo, a todos los médicos sin distinción raza o nacionalidad, el cumplimiento de la instrucción ministerial, y si anteriormente el Dr. Bolivar no tuvo problemas con las jefaturas, en relación a esta materia, esto responde a que los otros Subdirectores médicos, no cumplían con los requerimientos ministeriales, y no se puede culpar a la Srta Faure, que por exigir la normativa este discriminando al actor.

A modo de ejemplo, la Dra. Faure a motivado el ingreso de personal médico y clínico de distintas nacionalidades y en razón de ello jamás ha señalado que es un “problema para ella tener un médico extranjero” o que, si dependiera de ella, “no contrataba ni daría algún tipo de oportunidad a ningún médico extranjero.”.

Que en relación a la situación de fallecimiento de la Sra. Astete, jamás existió una persecución en contra del actor, sino que solo se dio cumplimiento a la normativa en orden a esclarecer los hechos, y para ellos los instrumentos administrados idóneos son el sumario administrativo y el evento centinela.

Que el hecho de haberlo sacado de sus funciones, no es efectivo, pues la jefatura solo en ejercicio de la facultad de administrar, le encomendó funciones exclusivas, ya que el actor siempre realizó funciones en el policlínico de evaluación pre anestésica, y que a partir de la instrucción de su jefatura comenzó a desarrollarla de manera exclusiva.

Es necesario dejar en claro, que la decisión de poner término a su contrato anticipadamente, fue conversada, analizada, por la dirección del hospital, para que finalmente se plasmará en la resolución.

Que el actor, no detalla su discriminación de parte de la Directora Sra. Patricia Jiménez, ni tampoco de la Srta. Nelly Pillado.

Tampoco describe, ni argumenta como se vulneró su derecho a la honra, a la integridad psíquica, libertad del trabajo y no discriminación laboral.

En razón de lo dicho no son efectivos los supuestos indicios alegados, en lo que respecta a la conducta de las directoras, ni de la Dra. Faure hacia el actor, no existiendo ninguna animadversión hacia él, ante lo cual, en su oportunidad se darán las justificaciones pertinentes para los hechos invocados,



evidenciándose por tanto una falta de justificación de los antecedentes fácticos para impetrar la acción deducida, y que al parecer sería un problema personal del actor contra la Srta. Faure de culpar de todas sus supuestas experiencias vulneratorias a la Subdirectora médica.

#### FUNCIONES POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE PERFIL.

En todo caso, y tal como se acreditara durante la tramitación del presente juicio, el Sr. Felix Bolivar, no dio cumplimiento a sus funciones con observancia a las instrucciones legales. Existen diversos antecedentes facticos que demuestran de parte del denunciante el incumplimiento de sus funciones, prueba de lo anterior es informe de autopsia que evidencias las lesiones lumbares, relaciona los procedimientos realizados por el actor con la causa de muerte, además de que sus propios compañeros de trabajo cuestionan el desempeño en los procedimientos, alegando que este se demoraba mucho en su trabajo, y que ello retrasaba la cirugía, además hacia excesivas punciones.

#### VII.-¿IMPROCEDENCIA?DE?LAS?PRESTACIONES DEMANDADAS.

La indemnización por años de servicio, su recargo legal, el mes de aviso previo, y el lucro cesante que se pretenden como prestaciones a declarar para el caso de acogerse la tutela, bajo ningún concepto proceden.

Tales prestaciones son propias del Código del Trabajo y de las relaciones privadas a que da lugar. Pero la aceptación eventual de una acción de tutela en favor de empleado público no altera la naturaleza de su condición, a la que no le resulta asimilable ni homologable la del Código del Trabajo para el tipo de prestaciones como las indicadas.

De consiguiente, de acogerse la tutela, sólo podría concederse la indemnización del artículo 489 del código citado, y en su minimum, no concediéndose el pago por concepto de cotizaciones previsionales. Cabe tener presente que nada se adeuda tampoco por conceptos de bonos y feriados legales.

En lo que respecta a la nulidad invocada, de acuerdo con lo establecido por la Excma. Corte Suprema en fallo de Unificación Rol 14755-2018 de fecha 3 de enero de 2019, se desprende de sus considerando sexto a octavo que la convalidación no es posible para los órganos de la administración o por Municipalidades. De hecho, rezan dichos considerandos lo siguiente:

“Sexto: Que, en efecto, y reafirmando lo sostenido en el motivo cuarto que antecede, esto es, que ostentando la sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral un innegable carácter declarativo, procede aplicar la sanción de nulidad del despido frente a la constatación de no encontrarse enteradas las cotizaciones previsionales a la época del término de la vinculación. Sin embargo, tratándose, en su origen, de contratos a honorarios celebrados por órganos de la Administración del Estado –entendida en los términos del artículo 1° de la ley 18.575–, a juicio de esta Corte, concurre un



elemento que autoriza a diferenciar la aplicación de la referida institución, cual es que fueron suscritos al amparo de un estatuto legal determinado que, en principio, les otorgaba una presunción de que se previó la figura de la nulidad del despido.

Séptimo: Que, en otra línea argumentativa, la aplicación –en estos casos– de la institución contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo, se desnaturaliza, por cuanto los órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que, para ello, requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador, que incluso puede llegar a sustituir las indemnizaciones propias del despido.

Octavo: Que, por lo razonado, no procede aplicar la nulidad del despido cuando la relación laboral se establece con un órgano de la Administración del Estado y ha devenido a partir de una vinculación amparada en un determinado estatuto legal propio de dicho sector.” Luego de ello, es nuestro propio Tribunal Suprema, quién en el considerando noveno, refiere que ello no es óbice para que se enteren las cotizaciones previsionales adeudadas. (“Noveno: Que lo anterior no altera la obligación de enterar las cotizaciones previsionales adeudadas, por el período en que se reconoció la existencia de la relación laboral.”).

No obstante lo anterior, tal cual lo señalan los Convenios celebrados por demandante y demandado, se establecía como de cargo del prestador pagar sus respectivas cotizaciones previsionales, toda vez que éste recibía su remuneración completa menos el 10% de retención -que también debió ingresar a sus arcas vía devolución de impuestos.

Entenderlo de manera diversa implicaría obligar al demandado a pagar nuevamente lo que ya pagó y recibió el trabajador, dando pie a un enriquecimiento sin causa de este último y que el derecho repugna. Que en lo que respecta al daño moral, no obstante lo planteado en los párrafos anteriores, debemos señalar que al demandar el daño moral SSA., el Sr. Bolivar no establece de que forma este se habría producido, solo señala que el artículo 492 del Código del Trabajo permitiría al tribunal, disponer otras medidas de reparación, pudiendo incluirse la indemnización por daño moral, solicitando nuevamente que se establezcan en favor de la denunciante derechos que no le concede el Estatuto administrativo, ni el Código del Trabajo en su condición de funcionario público, pretendiendo hacer extensivo a su persona prestaciones que no se ajustan a derecho, pues dicha indemnización no está establecida en la ley laboral, por lo que resulta improcedente y SSA., carece de competencia para otorgarla.

En efecto, SSA., el artículo 420 del Código del Trabajo establece un sistema de competencia específica y las indemnizaciones por daño moral como VS., bien sabe no están establecidas en la Ley Laboral con carácter de aplicación general, pues cuando el legislador laboral ha querido hacer procedente la



indemnización por daño moral en materia laboral, lo ha establecido en forma expresa y ha otorgado especial ejemplo en el artículo 69 de la Ley 16.744.- Ahora bien, SSA., en la especie como reiteradamente hemos sostenido, no existe dicha habilitación o entrega de competencia siendo por ello improcedente que SSA., otorgue tal clase de indemnización.

Que por otra parte es necesario tener presente que el actor solicitó, su declaración por enfermedad profesional con ocasión de problemas psicológicos, lo cual fue rechazado por el ISL.

#### VIII.- IMPROCEDENCIA DE REAJUSTES E INTERESES.

En cuanto a la petición que las pretensiones económicas demandadas sean pagadas con reajustes e intereses legales, se solicita que en el evento que SS., estime procedente acceder a alguna de ellas, por acreditarse las circunstancias de hecho y de derecho que las hacen procedente, las sumas que se ordene pagar, limitadas a los montos que de conformidad al mérito de autos y en derecho corresponda, lo sean sin aumentos, reajustes e intereses, por ser éstos también improcedentes.

En efecto, la pretensión del demandante, en cuanto a que se ordene el pago de alguna suma de dinero, cualquiera sea ella, lleva consigo el requisito que previamente se debe declarar que:

- a.- Nos encontramos frente a una relación de orden laboral, que vincula al Servicio de Salud Arauco.
- b.- Que son aplicables las normas laborales a las actuaciones derivadas de contratos civiles-administrativos de los órganos de la Administración del Estado.
- c.- Determinar, cual es monto que en definitiva podría estar obligado a pagar el Servicio Público demandado y por qué ítems de los reclamados.

En este contexto, sólo después de encontrarnos con una resolución que haga tal declaración y establezca la moneda de valor adquisitivo vigente a la fecha de su dictación, recién en ese momento nacerá la obligación de pago respecto de este demandado, por lo que cualquier condena a reajustes e intereses, solo serán a contar de la fecha en que dicha sentencia quede firme y ejecutoriada, de manera que aplicar aumentos, reajustes e intereses a la cifra así determinada, por un lapso anterior, implicaría un pago carente de causa.

Mientras no exista una sentencia ejecutoriada que disponga el pago, ninguna obligación tiene este demandado de indemnizar y, por tanto, ninguna suma existe que deba generar aumentos, intereses o reajustes. Así lo establece expresamente el artículo 1551 del Código Civil, conforme al cual el deudor no está en mora sino cuando ha sido judicialmente reconvenido y ha retardado el cumplimiento de la sentencia.

Por consiguiente, en el hipotético caso de que SS. decida acoger alguna de las acciones de autos, disponiendo el pago de una suma de dinero, cualquiera sea ésta, de conformidad al mérito de autos y a



lo que en derecho pudiera corresponder, los reajustes e intereses sólo podrán devengarse desde que la sentencia condenatoria se encuentre firme o ejecutoriada.

#### IX.- EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD DE CONDENACIÓN EN COSTAS.

En todo caso, en el evento que se resuelva que este compareciente es vencido total o parcialmente, se solicita se le exima del pago de las costas de la causa, atendido que los Servicios de Salud gozan de privilegio de pobreza en su calidad de continuadores legales del Ex Servicio Nacional. Ello en conformidad a lo establecido en el inciso 2° del artículo 81 de la Ley N. 10.383 que dispuso que el Servicio Nacional de Salud gozará de privilegio de pobreza en los juicios en que sea parte, ante cualquier tribunal que se tramiten. A su turno, el artículo 16 del Decreto Ley N. 2763 de 1979, establece que los Servicios de Salud serán continuadores legales del Servicio Nacional de Salud, dentro de sus respectivos territorios, con los mismos derechos y obligaciones que a estos correspondan, para efectos de cumplir las funciones que le competen.

POR TANTO SOLICITA que en razón de todo lo precedentemente tener por contestada la denuncia de autos, rechazándola en todas sus partes con expresa condenación en costas.

Contestando la demanda subsidiaria por despido injustificado, pide a US. el rechazo de la misma en todas sus partes, con costas:

#### I.- ALEGA LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA ABSOLUTA DEL TRIBUNAL, AHORA CON RESPECTO A LA DE LA ACCIÓN SUBSIDIARIA POR DESPIDO INJUSTIFICADO.

No obstante reconocerse relaciones de carácter estatutario propias de los empleados públicos, si el Tribunal estimare que al menos tiene competencia para conocer de la acción de Tutela por violación de garantías constitucionales y actos discriminatorios, en el evento de rechazarse la demanda o denuncia principal de tutela por no haberse verificado y/o comprobado actos vulneratorios de los indicados en el libelo, solicito que, a todo evento, se declare la incompetencia del tribunal con relación a la demanda subsidiaria por despido injustificado, por las razones antes esgrimidas, en consideración a que dicha demanda subsidiaria llevaría a reconocer y declarar, fuera de la órbita de la acción de tutela, una relación laboral sujeta al Código del Trabajo, lo que bajo ningún aspecto acontece en fallo de 16 de junio de 2017, en lo pertinente, que:

“OCTAVO: Las probanzas: Se acogerá la excepción de incompetencia absoluta opuesta por la demandada por diversas razones que paso a exponer. En primer lugar porque no existe ningún antecedente probatorio que permita tener por acreditado que en el caso que nos convoca nos encontramos frente a una relación laboral y no a una relación regida por el derecho público.

“Sobre el punto baste señalar que la prueba documental rendida tanto por la parte demandante como por la parte demandada, permite tener por acreditado que no es efectivo que haya existido una relación



regulada por el Código del Trabajo, sino una relación Estatutaria de carácter público a la que se sometió voluntariamente la demandante y que se rige por el Nuevo estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas de 1997, por el Estatuto Administrativo, por la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y por la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas. “

“En efecto, ello se puede desprender de la simple lectura de cada una de las documentales acompañadas por la demandante, todas las cuales expresamente hacen referencia a una relación de derecho público. En efecto, la liquidación de remuneraciones de la demandante al referirse a la categoría de la trabajadora señala expresamente que es personal a contrata, en su extremo superior izquierdo contiene una imagen alusiva al Ejército de Chile y en la parte inferior indica que la adulteración de las liquidaciones de remuneración transgrede lo dispuesto en el Código del Justicia Militar. Por su parte, acompaña la notificación de término de contrato, firmada por el Coronel Víctor Gatica, Comandante de la Zona Bienestar Valdivia, en la que se comunica que por razones presupuestarias su cargo fue declarado prescindible para el periodo 2017 por lo que no será renovado y expirará el 31 de diciembre del año 2016 en conformidad a la ley 18.834”.

“En consecuencia, ninguna de tales documentales citadas a modo ejemplar, ni ninguna otra de las acompañadas, dan cuenta de que entre las partes haya existido un acuerdo de voluntades en los términos que regula el artículo 7° del Código del Trabajo, ni siquiera en grado indiciario, sino más bien dan cuenta de resoluciones o actos de la autoridad militar que imperativa y unilateralmente resuelven sobre la situación contractual a contrata de la PAC, personal civil a contrata, Viviana Arellano Rivera, demandante de estos autos, detallando en forma expresa y reiterada, que la demandante es una funcionaria pública a contrata del Ejército de Chile. Lo concluido se desprende de la simple lectura de tales documentos no objetados.”

“DECIMO: Sentencia de unificación invocada: Por último, la sentencia invocada por la demandante, no sirve a sus pretensiones ya que se refiere a una situación fáctica distinta a la que nos convoca, ya que el demandante de aquella causa no era un funcionario de planta ni a contrata, sino que un trabajador contratado a honorarios. ... “Las otras sentencias que invoca la demandante al contestar el traslado, a saber, la Rol N° 16.346- 2016 y Rol N° 35.145-2016, tampoco son aplicables al caso que nos convoca porque casos los demandantes fueron contratados para prestar servicios a honorarios”.

“En conclusión, por los fundamentos detallados precedentemente, se acogerá la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, toda vez que no se acreditó la existencia de una relación laboral regulada por el Código del Trabajo, sino que una relación de Derecho Público en razón de que la demandante era funcionaria pública a contrata dependiente del Ejército. “Cabe hacer presente en este punto que la competencia de este Tribunal la determina el artículo 420 del Código del Trabajo, norma



que no incluye los conflictos que atañen a los servidores públicos. Constituye una excepción a dicha regla, las causas de tutela de derechos fundamentales respecto de las cuales se ha uniformado jurisprudencia en el sentido de que los Tribunales del Trabajo son competentes para conocer las denuncias de tutela formuladas por funcionarios públicos, principalmente porque el artículo 1° del Código del Trabajo, en síntesis dispone que los funcionarios públicos “sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueran contrarias a estos últimos”, toda vez que el Estatuto Administrativo no contempla un procedimiento destinado a la protección de los derechos fundamentales vulnerados en el marco de una prestación de servicios, sin embargo, en el caso que nos convoca no nos encontramos en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales”.

“En consecuencia con lo señalado, la justicia o injusticia, la legalidad o ilegalidad, la conveniencia o inconveniencia de la medida de la no renovación de la contrata, así como la aplicación en el caso concreto de la doctrina de la confianza legítima de la renovación de las contrataciones sucesivas de los servidores públicos, son cuestiones respecto de las cuales este Tribunal es incompetente para emitir pronunciamiento alguno, siendo la Contraloría General de la República y los Tribunales Civiles los únicos competentes para conocer de dichas materias”.

“ Debe declararse incompetente US., entonces, a todo evento respecto de la demanda subsidiaria por despido injustificado”.

II. En cuanto a los hechos y consecuencias jurídicas atribuidas, esta parte las niega y tiene por repetidos los fundamentos transcritos en lo principal. Damos por reproducidas las circunstancias jurídicas por las cuales se niega toda responsabilidad sobre las imputaciones. Destacamos, que no ha habido despido, sino término de la relación por las circunstancias administrativas que en correspondencia con los hechos y reglamentación citada. Consiguientemente, debe rechazarse la demanda subsidiaria, por cuanto siendo improcedente petitionar la declaración de su desvinculación como injustificada, ya que el estatuto protector del artículo 168 del Código del ramo rige las relaciones originadas en un contrato de trabajo entre particulares, situación que no se da en la especie.

III.- En lo que respecta a la nulidad invocada, de acuerdo con lo establecido por la Excma. Corte Suprema en fallo de Unificación Rol 14755-2018 de fecha 3 de enero de 2019, se desprende de sus considerandos sexto a octavo que la convalidación dichos considerandos lo siguiente:

“Sexto: Que, en efecto, y reafirmando lo sostenido en el motivo cuarto que antecede, esto es, que ostentando la sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral un innegable carácter declarativo, procede aplicar la sanción de nulidad del despido frente a la constatación de no encontrarse enteradas las cotizaciones previsionales a la época del término de la vinculación. Sin embargo,



tratándose, en su origen, de contratos a honorarios celebrados por órganos de la Administración del Estado –entendida en los términos del artículo 1° de la ley 18.575–, a juicio de esta Corte, concurre un elemento que autoriza a diferenciar la aplicación de la referida institución, cual es que fueron suscritos al amparo de un estatuto legal determinado que, en principio, les otorgaba una presunción de legalidad, lo que permite entender que no se encuentran típicamente en la hipótesis para la que se previó la figura de la nulidad del despido.

Séptimo: Que, en otra línea argumentativa, la aplicación –en estos casos– de la institución contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo, se desnaturaliza, por cuanto los órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que, para ello, requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador, que incluso puede llegar a sustituir las indemnizaciones propias del despido.

Octavo: Que, por lo razonado, no procede aplicar la nulidad del despido cuando la relación laboral se establece con un órgano de la Administración del Estado y ha devenido a partir de una vinculación amparada en un determinado estatuto legal propio de dicho sector.” Luego de ello, es nuestro propio Tribunal Suprema, quién en el considerando noveno, refiere que ello no es óbice para que se enteren las cotizaciones previsionales adeudadas. (“Noveno: Que lo anterior no altera la obligación de enterar las cotizaciones previsionales adeudadas, por el período en que se reconoció la existencia de la relación laboral.”).

No obstante lo anterior, tal cual lo señalan los Convenios celebrados por demandante y demandado, se establecía como de cargo del prestador pagar sus respectivas cotizaciones previsionales, toda vez que éste recibía su remuneración completa menos el 10% de retención -que también debió ingresar a sus arcas vía devolución de impuestos.

Entenderlo de manera diversa implicaría obligar al demandado a pagar nuevamente lo que ya pagó y recibió el trabajador, dando pie a un enriquecimiento sin causa de este último y que el derecho repugna. POR TANTO, Pide tener por contestada la demanda y así declarar la incompetencia para su conocimiento, o, subsidiariamente rechazarla a todo evento y en todas sus partes, con costas.

**TERCERO:** Llamadas las partes a conciliación, ésta no se produjo.

**CUARTO:** Se fijaron como hechos no discutidos, los siguientes:

1.- Efectividad de que el actor ingresó a trabajar al Hospital Kallvu Llanka de Cañete, con fecha 11 de diciembre de 2017, conforme a Resolución N° 834/141/2018, de esa fecha, en calidad de “médico cirujano”, con jornada de 44 horas semanales.



2.- Se prorrogó su contratación hasta el 31 de enero de 2018, mediante Resolución N°834/137/2018, y luego, hasta el 17/04/2018, mediante Resolución N°834/233/2018, y hasta el 31/12/2018, por medio de Resolución N° 834/02/2019, todas del Servicio de Salud Arauco.

**QUINTO:** Se establecieron como hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos los que se mencionan a continuación:

1.- Efectividad de que con ocasión del término de la prestación de servicios el actor fue vulnerado en los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 N° 1, 2, 4 y 16 de la Constitución Política de la República, a la vez que fue objeto de una discriminación arbitraria en razón de su nacionalidad. Hechos que lo configuran.

2.- Hechos y circunstancias contenidos en la Resolución N° 834/137/2019, de 11 de junio de 2019, que resuelve la desvinculación del actor.

3.- Efectividad de que el término de los servicios del actor corresponde a un despido, el que pueda calificarse de injustificado o carente de causal. Hechos que lo configuran.

4.- Efectividad de haberse comunicado el despido con el plazo de antelación legal requerida.

5.- Efectividad de que, a consecuencia de la conducta desplegada por la denunciada, se hayan ocasionado perjuicios al actor. En la afirmativa, entidad y evaluación de los mismos.

**SEXTO:** Que en forma previa a analizar el fondo de la pretensión interpuesta, se tiene presente que se rechazó la excepción de Incompetencia absoluta del tribunal en razón de la materia durante la audiencia preparatoria, no existiendo otras incidencias a las cuales referirse.

**SÉPTIMO:** A fin de acreditar sus pretensiones, la parte denunciante ofreció:

#### PRUEBA PARTE DENUNCIANTE

##### I.- DOCUMENTAL

1.- Resolución Exenta RA N°834/21/2019 del 28-5-2019, emitido por Servicio de Salud Arauco.

2.- Resolución Exenta RA N°834/141/2018 del 1 de junio del año 2018, emitida por el Servicio de Salud Arauco.

3.- Resolución Exenta RA N°834/233/2018 del 18 de octubre del año 2018, emitida por el Servicio de Salud Arauco.

4.- Resolución Exenta RA N°834/2/2019 del 25 de febrero del año 2019, emitida por el Servicio de Salud Arauco.

5.- Informe de Hoja de Vida Funcionaria, de fecha 2 de julio del año 2019, emitido por el Servicio de Salud Arauco.

6.- Certificado de relación de servicio de fecha 2 de julio del año 2019, emitido por el Jefe de Gestión de las personas del SSA don Carlos Arias.



7.- Notificación de desvinculación Laboral, Res. Exenta N°2165 de fecha 18 de junio del año 2019, emitido por dona Nelly Pillado Gutiérrez, Directora del Hospital Intercultural Kallvu LLanka de Cañete.

8.- Resolución de termino anticipado de designación a contrata, Resolución Exenta RA N° 834/137/2019, de 11 de junio del año 2019, emitido por el Servicio de Salud Arauco.

9.- Liquidación de remuneraciones de los meses enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio del año 2019, emitidas por el Servicio de Salud Arauco.

10.- Licencia Médica N°2-4731528, de fecha 7 de marzo del año 2019, emitida por la psiquiatra Camila Pérez Córdova.

11.- Licencia médica N° 2-5821093, de fecha 4 de abril 2019, emitida por la psiquiatra Camila Pérez Córdova.

12.- Licencia médica N°2-5822316, de fecha 29 de abril 2019, emitida por la psiquiatra Camila Pérez Córdova.

13.- Licencia médica N°2-579252, de fecha 13 de junio 2019, emitida por la psiquiatra Camila Pérez Córdova.

14.- Dictamen No. 19.401/2019, de fecha 19-07-2019 pronunciado por la Contraloría General de la Republica.

15.- Dictamen No 21.580/2019, de fecha 19-08-2019 pronunciado por la Contraloría General de la Republica.

16.- Dictamen No 21581/2019, de fecha 19-08-2019 pronunciado por la Contraloría General de la Republica.

17.- COMUNICADO PUBLICO: TRABAJADORES EXIGEN SALIDA DE DIRECTORA HOSPITAL CAÑETE. De fecha 21 de marzo del año 2019, publicado en la página web de la FENPRUSS,

18.- Comunicado Público N° 1: FENPRUSS Cañete ante despidos de trabajadoras y trabajadores. De fecha 18 de julio del año 2018, publicado en la página de la FENPRUSS.-

## II.- CONFESIONAL

Comparece, don Arístides Poblete, como representante legal del Servicio de Salud Arauco.

## III.- PRUEBA TESTIMONIAL?

1.- Sussy Poloni Lagos,

2.- Marco Félix Bolívar Vargas,

3- Carolina Andrea Villagrán Moltedo, IV.- OTROS MEDIOS DE PRUEBA



Exhibición documentos.

Se exhibe y se incorpora correo electrónico de fecha 11 de junio de 2019 a la directora del Hospital Kallvu Llanka Sra. Nelly Pillado Gutiérrez, mencionado en los considerandos de la Resolución RA 834/137/2019.

**INCORPORACIÓN PRUEBA NUEVA:**

Documento que consta de un certificado emitido por Corporación Nacional Autónoma de Certificación de especialidades médicas (CONACEM) emitido con fecha 20 de junio de 2019.

**INCORPORACIÓN PRUEBA OFICIOS DENUNCIANTE:**

1.- Oficio remitido por la Seremi de Salud, departamento jurídico, Ordinario N° 2804.

**OCTAVO:** En su oportunidad, la parte denunciada ofreció la siguiente prueba:

**TESTIMONIAL:**

1. Francisca Faure Litte.

2. Patricia Jiménez Sepúlveda.

3. Nelly Pillado Gutiérrez.

4. Tania Akiki Hasbún.

**INCORPORACIÓN PRUEBA DOCUMENTAL DENUNCIADA:**

1.- Hoja de vida funcionaria del denunciante de fecha 10 de septiembre de 2019.

2.- Certificado de Relación directa y regular del denunciante de fecha 10 de septiembre de 2019.

3.- Resolución Exenta N°834/21/2019 de 28 de mayo de 2019, que contrata a denunciante por el periodo 01 de enero a 30 de junio de 2019.

4.- Resolución Exenta N°834/137/2019 de 11 de junio de 2019, que pone termino anticipado de designación a contrata al denunciante.

5.- Correo electrónico de fecha 11 de junio de 2019 de la directora del hospital de Cañete que solicita Resolución de desvinculación.

6.- Liquidaciones de remuneraciones de febrero de 2018 a junio 2019.

7.- Correo electrónico de fecha 22 de octubre de 2018 y sus anexos, del denunciante a Subdirectora médico del Hospital de Cañete referente a sus vacaciones.

8.- Correo electrónico de fecha 25 de octubre de 2018 de Pablo Valenzuela Medico anestesiólogo a Subdirectora médico del Hospital de Cañete referente a reemplazo por las vacaciones del denunciante.

9. Correo electrónico de fecha 25 de enero de 2019, del denunciante a Subdirectora médico del Hospital de Cañete referente a resultado examen Conacem.



- 10.- Correo electrónico de fecha 25 de enero de 2019, y sus anexos, del denunciante a Subdirectora médico del Hospital de Cañete referente a resultado examen Conacem.
- 11.- Correo electrónico de fecha 20 de mayo de 2019, de la Subdirectora médico del Hospital de Cañete al denunciante referente a exámenes Eunacom y Conacem.
- 12.- Pantallazos de Whatsapp de fecha 29 de octubre, 21 de diciembre, 26 de diciembre de 2018, 18 de enero, de 21 de enero, 23 de enero, 07 de febrero, de 2019, de conversaciones entre Subdirectora médico del Hospital de Cañete y denunciante.
- 13.- Correo electrónico de fecha 12 de marzo de 2019, y sus anexos, de la Subdirectora médico del Hospital de Cañete al denunciante referente a tramitación de licencia médica por enfermedad profesional.
- 14.- Correo electrónico de fecha 06 de febrero de 2019, y sus anexos, de la Directora Hospital de Cañete a Director del Servicio de Salud Arauco referente al correlativo del cargo del denunciante.
- 15.- Ordinario N° 2030 de fecha 01 de octubre de 2018, del director del Servicio de Salud Arauco a Dr. David Ulloa Suarez, que informa ingreso de medico anesthesiologo para cumplimiento del PAO.
- 16.- Ordinario N° 2038 de fecha 01 de octubre de 2018, del director del Servicio de Salud Arauco a Dr. Camilo Morgado Merlez, que informa ingreso de medico anesthesiologo para cumplimiento del PAO.
- 17.- Correo electrónico de fecha 12 de diciembre de 2018, de margarita Duran a Subdirectora médico del hospital de Cañete relativo al llamado a concurso de cargo de anesthesiologo.
- 18.- Perfil del cargo de anesthesiologo para el hospital de Cañete.
- 19.- Correo electrónico de fecha 22 de mayo de 2019, de Nairim Sandoval a Subdirectora médico del hospital de Cañete relativo al estado de exámenes.
- 20.- Correo electrónico de fecha 01 de julio de 2019, de Nairim Sandoval a Subdirectora médico del hospital de Cañete relativo al estado de exámenes.
- 21.- Correo electrónico de fecha 20 de mayo, y de 29 de julio de 2019, de Marlon Granados a Subdirectora médico del hospital de Cañete relativo al estado de exámenes.
- 22.- Correo electrónico de fecha 20 de mayo de 2019, de Gabriela Martínez a Subdirectora médico del hospital de Cañete relativo al estado de exámenes.
- 23.- Correo electrónico de fecha 20 de mayo de 2019, de Hernán Pérez a Subdirectora médico del Hospital de Cañete relativo al estado de exámenes.
24. Correo electrónico de fecha 20 de mayo de 2019, de Roderickce a Subdirectora médico del Hospital de Cañete relativo al estado de exámenes.
- 25.- Correo electrónico de fecha 22 de mayo de 2019, de Gustavo Moret a Subdirectora médico del hospital de Cañete relativo al estado de exámenes.



- 26.- Correo electrónico de fecha 11 de septiembre de 2019, de Lorena Carvajal a Subdirectora médico del hospital de Cañete relativo al formulario del evento centinela con ocasión de la muerte de Sra. María Astete.
- 27.- Formulario del evento centinela con ocasión de la muerte de Sra. María Astete, de fecha 24 de enero de 2019.
- 28.- Auditoria interna del hospital de Cañete con ocasión de la muerte de Sra. María Astete, de fecha 24 de enero de 2019.
- 29.- Memorándum N°13 de fecha 17 de abril de 2019 de Sussy Poloni a Lorena Carvajal sobre aplicación de plan de mejora con ocasión de la muerte de Sra. María Astete, de fecha 24 de enero de 2019, y la asistencia a simulación de RCP.
- 30.- Ordinario N°188 de 12 de febrero de 2019 de Director del Hospital de Cañete a Fiscalía Local de Cañete, en que solicita informe de autopsia de Sra. María Astete.
- 31.- Informe de autopsia de Sra. María Astete N° VIII- CAN-02-19 elaborado por Servicio médico legal de Cañete.
- 32.- Reservado N°4 de 22 de febrero de 2019 de Directora del Hospital de Cañete a Subdirector médico del Servicio de Salud Arauco, en que adjunta información solicitada con ocasión del fallecimiento de Sra. María Astete.
- 33.- Reservado N°5 de 22 de febrero de 2019 de Directora del Hospital de Cañete a Director del Servicio de Salud Arauco, en que solicita se instruya sumario administrativo por fallecimiento de Sra. María Astete.
- 34.- Memorándum N°3 de 25 de febrero de 2019 de Subdirector médico del Servicio de Salud Arauco a Director del Servicio de Salud Arauco, en que solicita se instruya sumario administrativo por fallecimiento de Sra. María Astete.
- 35.- Resolución Exenta N°381 de 11 de marzo de 2019, que instruye sumario administrativo por fallecimiento de Sra. María Astete.
- 36.- Resolución Exenta N°1375 de 13 de mayo de 2019, que reasigna sumario administrativo por fallecimiento de Sra. María Astete.
37. Resolución Exenta N°2416 de 01 de agosto de 2018, que designa como subdirectora médica del Hospital de Cañete a doña Francisca Faure Litte.
- 38.- Resolución Exenta N°2316 de 07 de mayo de 2018, que destina como directora del Hospital de Cañete a dona Patricia Jiménez Sepúlveda.
39. Resolución Exenta N°597 de 27 de marzo de 2019, que designa como directora del Hospital de Cañete a dona Nelly Pillado Gutiérrez.



NXSDNBHXXX

- 40.- Informe de Acreditación para prestadores institucionales de atención cerrada correspondiente al hospital de Cañete de 2016 a 2017.
- 41.- Pauta de cotejo de Manual de atención cerrada de la Superintendencia de salud referente al componente RH1.1.
- 42.- Ordinario N°724/653 de 20 de junio de 2019 de ISL, que comunica que enfermedad del denunciante es común y no profesional.
- 43.- Resolución N° 1126096 de 27 de mayo de 2019 de ISL, que califica enfermedad del denunciante como común y no profesional.
- 44.- Relación de Servicio de Dr. Camilo Morgado.
- 45.- Relación de Servicio de don David Ulloa, médico del Hospital de Cañete.
- 46.?Dictamen de la Contralor a General de la Republica N° 080960 del 2014.
- 47.?Dictamen de la Contralor General de la Republica N° 085700 del 2016.
- 48.?Dictamen de la Contralor General de la Republica N°006400 del 2018.
- 49.?Dictamen de la Contralor General de la Republica N° 023518 del 2016.
- 50.?Dictamen de la Contralor a General de la Republica N° 85.814-2014.Dictamen de la Contralor a General de la Republica N° 57.185-2014.
- 51.?Dictamen de la Contralor a General de la Republica N° 61.532-2014.
- 52.?Dictamen de la Contralor a General de la Republica N°13.028-2013.
- 53.?Dictamen de la Contralor a General de la Republica N° 35.006-2009.
- 55.- Sentencia de fecha 14 de mayo de 2018, dictada en autos protección 28374-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- 56.- Sentencia de fecha 16 de junio de 2017, dictada en autos ROL 0-58-2017 del Juzgado de Letras y Trabajo de Valdivia.

#### OFICIOS:

La parte denunciada incorpora el oficio remitido por el fiscal don Aldo Rocha Cuevas recepcionado en este tribunal con fecha 18 de octubre de 2019.

**NOVENO:** Que ha quedado asentado por nuestra jurisprudencia, que en el sector público, si bien, el derecho aplicable a los funcionarios públicos tienen algunas características o modalidades que son propias de la regulación del ente público, no es menos cierto que la condición en que se encuentra el funcionario en relación a los entes públicos o el Estado es también, en lo esencial, una relación de trabajador a empleador.



El artículo 1° del Código del Trabajo dispone que sus normas rigen a los trabajadores y empleadores y excluye de su aplicación –en su inciso segundo– a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, y a los trabajadores de las empresas o instituciones del estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Sin embargo, el inciso tercero de dicho artículo establece que: "Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos". Esta norma utiliza la expresión "trabajadores" para referirse a todos aquellos que prestan servicios en las entidades señaladas en el inciso precedente; y luego que usa la palabra entidades, que comprende no sólo las empresas del estado, sino todas las instituciones referidas en el inciso precedente, en una expresión omnicomprendiva. Es decir, la propia Ley entiende que los funcionarios públicos son también trabajadores. Tal como ya lo ha sentenciado la Excm. Corte Suprema en Recurso de Unificación de Jurisprudencia, Rol N°10.972-2013, haciéndoles plenamente aplicable a los funcionarios de Estado este Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales contenido en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

**DECIMO:** Que se debe tener presente, que el tema de la tutela laboral fue tratado por nuestro legislador diferenciando dos hipótesis básicas concretas: si se busca el amparo en el desarrollo de la relación laboral o la reparación de los efectos de un despido abusivo de los mismos. Es esta última figura la denunciada en esta causa, la cual se encuentra contenida en el artículo 489 del Código del Trabajo, esto es, cuando la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, entendiéndose por tal, según la profesora Gabriela Lanata Fuenzalida en su artículo de la Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Número 3, Volumen 2, que la vulneración debe haber sido con ocasión del despido, y si bien no se exige que sean simultáneas, deben estar relacionadas directamente con éste, concluyendo que los hechos vulneratorios no se producen de manera simultánea con el despido, sino que son su causa.

**DECIMO PRIMERO:** Que el demandante ha afinado su denuncia esgrimiendo que su despido, constituido por la decisión del empleador de separarlo de su cargo decretando el cese anticipado de su contrata, constituye un acto de discriminación, ya que se tradujo en una exclusión o preferencia basada en su nacionalidad, anulando o alterando su igualdad de oportunidades y trato en el empleo. Arguye que con el cambio de autoridades en el hospital de Cañete, asumió como Subdirectora Médica del Hospital Dra. Francisca Faure Little, y desde ese momento se inician las dificultades, como que se le



negaran sus vacaciones , impidiéndole que viajara a su país Natal Venezuela, y solo con motivo de su insistencia terminó autorizándolas, pero fraccionadas afectando de igual manera los planes de viaje, quien terminó acumulando la mitad para el año 2019. Luego refiere, que la directora Francisca Faure, en el mes de enero del año curso, le preguntó por los exámenes del CONACEM Y EUNACOM, señalándole que era fundamental que tuviera todo aprobado ya que era un “ problema para ella tener un médico extranjero, en proceso de revalidación ya que afectaba la acreditación del hospital y que si dependiera de ella “ no contrataba ni daría algún tipo de oportunidad a ningún médico extranjero” Lo anterior a pesar que se encontraba inscrito para rendir su examen de EUNACOM para el día 24 de mayo de 2019. Aseveró que a propósito de un evento con una paciente que falleció en el Hospital, y a pesar que la autopsia, no reveló una causa de muerte relacionada con el procedimiento de anestesia, se le cambia injustificadamente de funciones de pabellón, trasladándolo al policlínico prequirúrgico y además amenazándolo que harían un sumario administrativo, en su contra, liberando de toda responsabilidad a todo el resto del equipo médico, enfermeras, traumatólogos, tens, lo que se debía a su condición de extranjero.- Lo anterior afectó su salud, desde el punto de vista psicológico por lo que se le otorgó Licencia Médica, y así estuvo varios días., por lo que se afectaron sus Garantías del artículo 2 del Código del Trabajo y los derechos fundamentales, consagrados en el artículo 19 N° 1,4 16 . Además, agrega, se trató de un acto administrativo infundado, ya que no se contienen las verdaderas razones de su despido.

**DECIMO SEGUNDO:** Que la acción de tutela de derechos fundamentales se ha fundado, en primer lugar, en la lesión por parte del empleador del derecho a la igualdad y no discriminación que ampara al Trabajador en contra de los actos discriminatorios del artículo 2 del Código del Trabajo, aplicándose en materia probatoria la regla de los indicios. Así una conducta aparentemente lícita podría configurar una discriminación si es que vulnera tal derecho, dañando su situación laboral.

artículo 19 N°16 toda discriminación que no se funde ni en la capacidad o en la idoneidad personal, y el artículo 2 del Código del Trabajo, aún cuando resulta un mero complemento de esta norma superior y por tanto su catálogo de categorías sospechosas nada más que ejemplos, incluye precisamente como acto discriminatorio prohibido por la ley laboral cualquier distinción basada en motivos de nacionalidad. Cual es la categoría sospechosa que denuncia el demandante en su libelo, debiendo acreditar favorecido por la regla de los indicios, el clima discriminatorio fundado en esta categoría que sustenta.

**DECIMO CUARTO:** Que en esta materia, el artículo 493 del Código del Trabajo estatuye “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de



las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Está claro que no se trata de una inversión del peso de la prueba de conformidad con la regla general del artículo 1698 del Código Civil, sino se trata, más bien, que la víctima debe acreditar indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva, o sea, mediante prueba directa debe ser capaz de acreditar fehacientemente los hechos que llevan a crear en el juez la existencia de un escenario de violación del derecho fundamental que se alega, el derecho a la igualdad y a la no discriminación arbitraria. Esta regla, como ha dicho el profesor José Luis Ugarte “no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga probatoria (onus probandi). En efecto, no es suficiente que se alegue una vulneración de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria, y por ello, en rigor, a pesar de la confusión de algunos, no se altera el axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega fundado en lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil. Se trata, en rigor, de una técnica más débil. La víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, aprovecharse de la regla prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo, correspondiendo al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables”. Por tanto, en aplicación de esta regla se descarta la exoneración plena y absoluta de producción de prueba para el trabajador. El indicio se encuentra a cargo del demandante y la prueba liberatoria a cargo del demandado. Es el trabajador quien debe acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato y, una vez presente esta prueba indiciaria, entra en juego el demandado, quien asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

**DECIMO QUINTO:** Que en el ámbito de los actos discriminatorios, basta que el trabajador demuestre un mero principio de prueba que exponga la existencia de un clima discriminatorio, no debe acreditar ningún hecho directo de discriminación, sino solo imbuir en el juez una sospecha racional de discriminación. Apoya esta idea lo argumentado por Christian Melis cuando sostiene que “por indicios, ha de entenderse aquellos hechos que generan en el juez un principio de prueba, esto es, la convicción en el sentenciado de la probabilidad de un hecho, la vulneración del derecho fundamental. No se requiere entonces la prueba completa o plena sino sólo una cierta actuación del denunciante en orden a formar convencimiento del juez, no de la existencia necesaria de la vulneración sino de su posible ocurrencia en atención a los hechos concretos (situación del trabajador en relación al tipo y forma de la medida implementada), no bastando la simple denuncia de la vulneración. En algunos casos se reduce a exponer la existencia de una esfera hostil al ejercicio de los derechos fundamentales, como lo sería el caso de conductas discriminatorias. Sobre la base de la verosimilitud del hecho alegado se produce un



desplazamiento de la carga de la prueba. En este sentido, se trataría más bien de un análisis orientado a la aptitud o ineptitud del medio empleado para vulnerar el derecho fundamental, pero siempre desde una perspectiva casuística. En consecuencia, no es sólo una cuestión de potencialidad vulneratoria del medio empleado considerado en forma autónoma sino de la posibilidad de vulneración en el caso específico, considerando la situación concreta de los sujetos intervinientes y de los medios empleados. Tres serían los elementos que componen la norma de la prueba indiciaria: los antecedentes aportados por el denunciante, necesarios para establecer el indicio; la obligación de justificación del denunciado y el canon de proporcionalidad como medida de justificación”. No se obliga al empleador denunciado a acreditar que no vulneró el derecho fundamental del trabajador, lo que naturalmente sería complejo, sino debe probar la racionalidad y proporcionalidad de la medida implementada. Lo que supone entonces la prueba del hecho positivo. En efecto, en virtud de la regla de la prueba indiciaria tocará al empleador denunciado, como autor de la medida objetada, fundamentar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la referida medida. Sin perjuicio, que obviamente pueda destruir los indicios presentados por el trabajador con la acreditación del hecho positivo contrario.

**DECIMO SEXTO:** Que para determinar que esta conducta, aún siendo lícita, constituye un acto discriminatorio el actor debía acreditar mediante prueba indiciaria el clima discriminatorio del que fue objeto con ocasión de su despido. Para luego el empleador aportar prueba directa relativa, en primer lugar, a que no nos encontrábamos frente a una distinción entendida como una diferenciación en base a cierta particularidad, no bastándole el alegar una finalidad legítima, por cuanto podemos estar frente a una discriminación indirecta, en que aún cuando existe la facultad legal para decidir una medida, siendo esta aparentemente neutra, implica una desventaja particular para la actor que influye desproporcionadamente en su derecho a la no discriminación, sin que exista un criterio razonable u objetivo en que se ampare, ya que no se condice con la conducta del empleador frente a otros trabajadores en un plano de igualdad.

**DECIMO SEPTIMO:** Que con el objeto de sustentar este clima discriminatorio la actor incorporó a la causa prueba documental consistente en nombramientos, además de hoja de vida, en la que consigna su historia, que figura sin anotaciones de demérito, además incorporó antecedentes en la que consta que la SEREMI de salud, de la Región del Bio Bio autorizan de manera excepcional al denunciante, para desempeñarse como médico cirujano en nuestro país, bajo la premisa que obtenga la especialidad, -Lo mismo ocurre con la prueba testimonial de **SUSSY POLONI LAGOS**, quien señaló al Tribunal, que trabaja en el Hospital de Cañete, que es Enfermera supervisora del Pabellón, y trabajó con el denunciante que es anestesiólogo. Sabe que lo desvincularon en junio de 2019, sabe que desde el fallecimiento de una paciente en Traumatología,



en el mes de enero de 2019, hubo un periodo administrativo, por el fallecimiento de la paciente y posterior a eso y durante el sumario se le pidió que cambiara de funciones, a cargo del policlínico quirúrgico, duró un par de meses, y luego el estuvo con licencia médica, y después ella supo que el Doctor ya no era funcionario del Hospital. Existió evento centinela, y es protocolo que se haga una reunión de análisis de los hechos.- Luego se trabaja en los factores que pudieren evitar un nuevo evento. El denunciante, era el anesthesiólogo. No se establece en esa investigación una responsabilidad. Refiere que no sabe los resultados del sumario. No sabe ni le consta que lo hayan cambiado de funciones por ese evento. El resto del equipo médico siguió laborando de manera normal, excepto el Doctor Bolivar.-No conoce los motivos que señala la resolución, de término de contrato, lo que sabe es porque ella era supervisora del Pabellón. Refirió que el denunciante tenía problemas para pedir sus permisos administrativos, los que debían ser autorizados por la doctora Faure, , era complicado para el Hospital tener médicos extranjeros, por la Habilitación del recinto. Sostiene que no presenció ningún hecho de discriminación, ni supo de nada relacionado. Agregó que varias veces vio al doctor decaído, cabizbajo. En el mismo sentido declaró **MARCO BOLIVAR VARGAS**, quien refirió ser hermano del denunciante, y que sabía que lo habían desvinculado, entre marzo a mayo de este año del hospital de Cañete. Sostuvo que hubo indicios de Xenofobia del superior jerárquico, quien le indicó que si fuera por ella, él no estaría trabajando. Supo que falleció una persona, en pabellón, y su hermano era anestesista y luego desde que se hizo la investigación del hecho lo cambiaron de sus funciones, lo que le afectó y cayó en depresión, stress, estuvo un tiempo que no podía dormir bien, estaba aislado, y ahí como familia supieron lo que estaba pasando. Luego estuvo con Licencia Médica. Refirió vivir en Concepción, pero que en el año 2017 y 2018, vivió en cañete., sostiene al ser repreguntado, que no vio ningún acto de discriminación de la Jefatura. Señaló que su hermano trabaja actualmente en el Hospital Penco Lirquén, a partir de julio de 2019.- Carolina Andrea Villagrán Moltedo conoce al denunciante porque ella trabaja en el Hospital de Cañete, no sabe la fecha de su ingreso, sabe que fue despedido del Servicio, pero no conoce la razón del despido, sabe que existen actualmente anestesistas, que llegaron este año. Refiere que el denunciante es un profesional destacable, muy amable, siempre tenía muy buena disposición, para responder dudas. Sostiene que habían hechos discriminatorios, ya que habían colegas que no le dirigían la palabra, pero no era de parte de la Directiva del Hospital, esto lo sabe porque él se lo comentó, al ser conainterrogada, sostiene que no supo de ninguna queja en relación a la función que realizaba. En cuanto al evento centinela, existe como protocolo que se investiguen todos los eventos que puedan afectar a los pacientes, para mejorar los aspectos negativos.. Sabe que trabaja en el Hospital Penco Lirquén-



**DECIMO OCTAVO:** Que con todos estos antecedentes es que debe darse por cierto que don FELIX AUGUSTO BOLIVAR VARGAS, ingresó con fecha 01 de diciembre de 2017, a fue contratado como Médico Cirujano para desempeñar sus labores en el Hospital de Cañete, KALVU LLanka, mediante resolución N° 834/141/2018, de fecha 01 de junio de 2018, regido por la Ley 19.964, con Jornada 44 horas semanales, y que se le renovó su contratación mediante resolución N° 834/137/2018, hasta el 31 de enero de 2018, por resolución 834/233/2018, hasta el 17 de abril de 2018, y luego por resolución 8234/2/2019, hasta el 31 de diciembre de 2018, en los mismos términos. De acuerdo a lo consignado en su hoja de vida, incorporada por la denunciada, éste tuvo un buen desempeño. Quedó acreditado con la declaración de los testigos de la denunciada doña Patricia Jiménez, Francisca Faure Litle y Tania Akiki, que a propósito del evento “CENTINELA”, ocurrido en el mes de enero de 2019, se le traslado a Policlínico prequirúrgico, sacándolo de su labor como anestesista, siendo el único profesional del equipo al que se le cambiaron las funciones.. Que luego del traslado del denunciante, este presentó licencias médicas de tipo psiquiátricas, lo que se acreditó con la declaración de los testigos de la denunciada.-También se logró establecer que se le desvinculó mediante resolución 834/137/2019, la cual indicaba que prestaría sus servicios hasta el día 11 de junio de 2019.-

**DECIMO NOVENO:** Que la resolución Exenta RA N° 834/1137/2019, de fecha 11 de junio de 2019, señala “ CONSIDERANDO: Correo electrónico de fecha 11 de junio de 2019 de la directora del Hospital Kallvu Llanka de Cañete, Srta. Nelly Pillado Gutierrez. RESUELVO: PONÉSE TÉRMINO ANTICIPADO A LA DESIGNACIÓN A CONTRATA DE: Don(a) FELIX AUGUSTO BOLÍVAR VARGAS, R.U.N N°25736472-0, como MEDICO CIRUJANO, asimilado a grado LEY N° 19.664, contrata del SERVICIO DE SALUD ARAUCO, con jornada de 44 horas semanales, a contar de la total tramitación del presente acto administrativo, por no ser necesarios sus servicios”. Con este documento se deja en evidencia que dicha resolución se funda en correo electrónico de fecha 11 de junio de 2019, prueba incorporada por la denunciante como Exhibición de Documentos, que indica que Doña Nelly Pillado, Directora actual del Hospital de Cañete solicita al Director del Servicio de Salud Arauco, tramitar la resolución de desvinculación del Doctor Bolivar, en atención a que cuentan con nuevas contrataciones para médicos anestesistas, dejando de existir la brecha que respaldaban su contratación, sin poseer además las certificaciones correspondientes. Lo anterior, no es consignado en la resolución que lo desvincula, por tanto la resolución carece de fundamento. Ello se desprende principalmente de las declaraciones de los testigos, que dan cuenta de la necesidad del anestesista, en un pabellón. Por otro lado, la razón invocada en la resolución, difiere con la contenida en el correo que indica “que no existe brecha”, si no que más bien se refiere que sus servicios no son necesarios, sin invocar causal, alguna, si no que mas bien se hace una mera referencia al correo,



electrónico, exhibido por la denunciada, lo que se contrapone a otros instrumentos que se incorporaron por la denunciante como las resoluciones de nombramiento y renovaciones, que indican que este es contratado por el Servicio Denunciado, en su calidad de médico cirujano y no como anestesta. Lo anterior cobra relevancia, por cuanto de la propia declaración de doña Patricia Jiménez, ex directora del Hospital se desprende entre otras cosas, que el Hospital de Cañete tenía necesidad de Médicos Generales, lo que se complementa con correo, enviado por la testigo, en su calidad de Directora del Hospital, Al Director del Servicio de Salud, Arauco, se solicita la regularización de correlativos, que son ocupados por médicos especialistas, y que deben ser ocupados por médicos generales, , ya que el año pasado tuvieron problemas por falta de horas médicas,, sugiriendo al final lo que reza “ se sugiere dejar al Dr. Bolivar en otro correlativo, y que este cargo sea recuperado y ocupado por un Médico General”. Todo lo descrito en el considerando anterior, hace concluir, que si eran necesarios sus servicios, ya que el denunciante ingresó al hospital como Médico Cirujano, según dan cuenta de resoluciones de contratación , pero se desempeñaba como anestesta, según da lo que hace concluir que si no había brecha en el ámbito de los anesthesiólogos, si existía brecha en cuanto a los médicos, generales, por lo que era perfectamente posible que el denunciante fuera reubicado en otra área del mismo hospital, ya que sus servicios si eran necesarios. por lo que se estima, que la resolución oculta la verdadera razón de su desvinculación, y constituye una vulneración a sus Garantías, constitucionales, como no ser discriminado en base a su nacionalidad.--

**VIGESIMO:** Que el Código del Trabajo en su artículo 2 define los actos discriminatorios como “distinciones, exclusiones o preferencias” basadas en alguna de las categorías sospechosas que enuncia, incluida la nacionalidad. Para estos efectos, las distinciones son “diferenciaciones en base a alguna particularidad”, las exclusiones “se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa” y las preferencias son “ventajas que se conceden a una persona sobre otra”. En la especie se concluye que existió en exclusión ya que se le cambió de funciones, sin expresión de causa, lo que constituyó un indicio, que no fue desvirtuado, por la denunciada, ya que las pruebas tanto documental, incorporada, dan cuenta de la relación laboral existente entre las partes, y los testimonios de las testigos, que se han analizado con anterioridad, en nada cambian los antecedentes que constan en la resolución de desvinculación, los que sólo se limitaron a intentar referir, que su desvinculación se trataría, por su desempeño, en cuanto a su técnica que se vinculó estrictamente, con el evento centinela, ocurrido en Enero, de 2019, en el que participó el denunciante. Lo cierto, que se acompañaron documentos, como investigación de evento centinela, informe de Autopsia, de doña María Transito Gayoso, e informe reservado N° 4, que intentaron acreditar que el Doctor denunciante, tuvo responsabilidad en la



muerte de la Paciente ya individualizada, sin existir una resolución en un sumario que así lo acreditara, lo que no fue invocado como causa de su no renovación, por lo que el despido fue vulneratorio.

**VIGESIMO PRIMERO:** Que en el caso de autos, se debe tener presente que el cargo que ocupaba el denunciante, de anestesista, fue cubierto, por dos Médicos, que debían devolver horas clínicas, lo que se sabía con antelación por la Jefatura, y que se acreditó con los documentos incorporados por la denunciada consistentes en Ordinarios N° 2018 de fecha 01 de octubre de 2018, y N° 2030 de la misma fecha que dan cuenta que ingresarán dos médicos anesestesiólogos, en cumplimiento del PAO, por lo que no existirá brecha en ese ámbito, sin perjuicio, de los mismos antecedentes, que se refieren a falta de horas clínicas, que refiere doña Patricia Jiménez, Directora del Hospital en correo dirigido al Director del Servicio de Salud, dan cuenta de la necesidad, de contar con médicos cirujanos, calidad que ostentaba hasta ese momento el denunciante, por lo que podía ser incorporado en esa labor, cuestión que no se hizo, aludiendo a la falta de acreditación, en cuanto a su especialidad, lo que provocaba problemas para la renovación de la acreditación del recinto hospitalario, por lo cual se considera que se le discriminó por ser extranjero, cuestionando además su calidad, profesional, sin existir un sumario legalmente tramitado, que estableciera responsabilidad administrativa.- Lo que demuestra, a lo menos indiciariamente un clima discriminatorio en su contra, que se ha traducido en ponerle término anticipado a su contrata fundado en su nacionalidad, siendo el empleador quien debe ahora eliminar en esta juzgadora la idea de discriminación por exclusión, respecto de otros médicos, que han tenido un trato distinto, por el hecho de ser chilenos, sin considerar su desempeño.-

**VIGESIMO SEGUNDO:** Que no es óbice para establecer lo contrario el hecho que se intente por la demandada a través de su prueba testimonial establecer que la nacionalidad del denunciante distinta de su empleador nunca fue motivo de discriminación, y la cierta presión en cuanto a su acreditación como médico especialista, lo era también respecto de todos los que se encontraban en esa situación, según los correos electrónicos incorporados por la denunciada, en los que se detalla, que se pregunta a los demás médicos extranjeros sobre su inscripción, o situación respecto a su certificación como médicos en Chile, lo mismo en cuanto a la declaraciones de los testigos de la denunciada, todos funcionarios del Servicio, coincidieron en que no vieron ningún acto de discriminación, en su contra, ni supieron de ningún hecho que pudiera provocar en él daño, relacionado con su nacionalidad, no obstante aquellas pruebas se tornan en insuficientes para darlo por cierto, sin que estas probanzas puedan destruir todos los indicios aportados por el trabajador.

**VIGESIMO TERCERO:** Que el empleador se defiende sosteniendo que ha ejecutado una conducta legítima, lícita y que el legislador avala en el Estatuto Administrativo ya que las autoridades de la



administración del Estado tienen la facultad de disponer las contrataciones, sus prórrogas y el término de éstas. Aclarando que la Resolución N° 834 es legal porque tiene su fundamento en la expresión de la cláusula de reserva alusiva a la falta de necesidad de sus servicios y porque ésta forma parte de la relación establecida con la demandante, dada su naturaleza de funcionario a contrata y que su despido se fundó en que el médico no cumpliría con el perfil que se requería para continuar en su cargo, cuestión que no se invoca en la resolución que pone término anticipado a su contrato. Las testigos, presentadas por la denunciada., como Francisca Faure Litle, señaló que el denunciante se desempeñó como anestesista, y que se le desvinculó en junio de 2019, por no existir brecha en el ámbito de su especialidad, no tenían necesidad de hacer más horas. Refiere que no existió otras motivaciones, e indicó que nunca tuvo problemas con él. En el mismo sentido declararon Patricia Jiménez, quien señaló, que el denunciante trabajó como anestesista y que no tuvo problemas, con él, no conoce la resolución que lo desvinculó si sabe que él era médico general. En tanto Nelly Pillado actual directora del Hospital, refirió que tenían cubierta la brecha en el ámbito de anestesiología, porque existían médicos que debían devolver becas, y que debían recibir por obligación, sostuvo que no era necesario ese recurso humano, no vio jamás ninguna discriminación en su contra, sostiene que se han contratado más médicos extranjeros. En otro aspecto refirió no conocer su desempeño, por último la declaración de la Doctora Akiki, jefa de Pabellón del hospital, refirió no tiene nada que señalar, en cuanto a la persona del denunciante, solo refiere existir deficiencias técnicas, en relación al trabajo que desempeñó, como retraso en los procedimientos de anestesia, pero nunca vio ningún acto de discriminación en su contra; refiere que no existía brecha en anestesiología.-Lo anterior refuerza más aún la idea de que el despido es carente de causa real, y no logran convencer al Tribunal, que los servicios del actor no eran necesarios.

**VIGESIMO CUARTO:** Que, sin embargo, la Excma. Corte Suprema, en un caso análogo en contra del mismo empleador, en que el cargo de la recurrente se mantuvo subsistente, fallando el Recurso de Protección, Rol N°24871-2014, ha declarado que por esta razón este cargo siempre deberá ser cubierto. Por lo que mal puede sostenerse que los servicios de la actor ya no sean necesarios respecto de su función y, por ende, la decisión de la autoridad administrativa en orden a poner término anticipado a su contrata, sólo puede ser entendida como una actuación arbitraria en cuanto a los fundamentos explicitados en el acto administrativo ya que difieren de aquellos que realmente se tuvieron en vista para finalizar el vínculo con el Servicio. Agrega, que esta autoridad no se encontraba legalmente facultada para cesar anticipadamente los servicios a contrata de la recurrente invocando como justificación que sus servicios ya no eran necesarios, lo que no resulta efectivo, y procediendo de tal modo ha incurrido en una ilegalidad, vulnerando la garantía de igualdad ante la ley, pues proporcionó



un trato discriminatorio respecto de aquellos trabajadores, que contratados en iguales condiciones, no fueron objeto del término de sus contrataciones.

**VIGESIMO QUINTO:** Que no está demás dejar establecido que en este Recurso de Protección la recurrente es doña María Paz Liberona González, también funcionaria a contrata de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío Bío desde el año 2009, quien al igual que la denunciante fue separada de su cargo de Presidenta de la Compin el día 12 de mayo de 2014, por la Resolución n°403. Esta es la misma resolución que termina anticipadamente la contrata de la demandante de autos y se la incluye en la lista de funcionarios separados, conjuntamente con la recurrente de protección y tres funcionarios más del Servicio. A todos los cuales se les pone término a su contrato por no ser necesarios sus servicios a contar de la total tramitación y notificación del afectado, según consta de la resolución mencionada acompañada por la demandante.

**VIGESIMO SEXTO:** Que, entonces, al igual que en el caso del Recurso de Protección, la administración puso término anticipado a la contrata del demandante invocando como justificación del acto administrativo, Resolución N°834 de 11 de junio de 2019, “por no ser necesarios sus servicios”. Sin embargo, al igual que en este caso, ha quedado demostrado en autos que la labor de anestesiólogo fue ejercida por otros médicos, contratados posteriormente, no obstante se le desvinculó a pesar que el denunciante sí podía desempeñarse como médico general, que es la función para la cual fue contratado. Subsiguientemente, tampoco resulta cierto que no hayan sido necesarios los servicios del denunciante al mantenerse el cargo de médico cirujano, y existir otras plazas vacantes. Lo que desvirtúa el fundamento del acto administrativo y lo convierte en una actuación arbitraria e ilegal.

**VIGESIMO SEPTIMO:** Que con esto se echa por tierra toda la argumentación del empleador en torno a la justificación de la medida aplicada, tal como lo ha sentenciado la Excm. Corte Suprema en el Recurso de Protección mencionado. Agregando expresamente este tribunal superior que además al haberse cometido una ilegalidad, se ha vulnerado la garantía fundamental de la igualdad ante la ley respecto de la recurrente y otros trabajadores que fueron contratados en iguales condiciones y que no fueron objeto del término de sus contrataciones.

**VIGESIMO OCTAVO:** Que a la demandada se le ha acusado de vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación, al terminar anticipadamente la contrata de la denunciante, constituyendo este acto una discriminación que vulneraría tal garantía constitucional. Como ya lo dejamos establecido, el clima discriminatorio que el trabajador denuncia ha sido acreditado indiciariamente, debiendo entonces discernirse si la conducta lesiva del empleador, desde el punto de vista jurídico, es lícita o no. Será ilícita cuando afectando el contenido esencial del derecho fundamental que se denuncia se trata de una conducta calificada como ilegal por el sistema jurídico. En este sentido, es claro que terminado el



periodo de la contrata, esto es, al 31 de diciembre de 2019, el Jefe del Servicio está en su derecho de renovarla o bien ponerle término, pero si decide ponerle término anticipado utilizando la fórmula “hasta que sus servicios sean necesarios”, y considera que éstos ya no lo son, debe expresar la motivación de ello. El acto recurrido, además, de carecer de esta motivación es ilegal, porque la fórmula utilizada no es cierta. Los servicios de la denunciante seguían siendo necesarios en el Servicio para el desarrollo de su cargo, que se mantiene como subsistente. Por tanto, el fundamento explicitado difiere del aquél que realmente se tuvo en vista para terminar el vínculo con el trabajador, sin que logre el denunciado acreditar la justificación de su conducta, debiendo considerarse ésta sin más lesiva de su derecho a la igualdad y no discriminación ya que se le ha separado de su cargo por su nacionalidad, discriminándose respecto de sus iguales al habersele excluido en base a una categoría sospechosa como es su nacionalidad.

**VIGESIMO NOVENO:** Que, claramente, esta conducta lesiona el contenido esencial del derecho a la no discriminación de la trabajador por cuanto, la igualdad entre las personas es uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como todas las personas son iguales, consecuentemente no se puede establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas. El principio de no discriminación es una consecuencia de la igualdad de las personas, pero al tratarse de conceptos distintos no quiere decir que no se pueda discriminar entre iguales. Lo que se prohíbe es la discriminación arbitraria, esto es, aquella que no sea razonable. Se ha asentado el criterio que un trato diferenciado no viola el derecho a la igualdad si está basado en criterios razonables y objetivos. Nuestra Constitución consagra la igualdad de las personas en su artículo 1 al indicar que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”. Por su parte, el artículo 19 N°2 asegura a todas las personas “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Tal concepto de igualdad ha evolucionado en nuestra dogmática constitucional hacia el principio de la no discriminación, siendo actualmente lo rechazado las llamadas “diferencias arbitrarias”.

**TRIGESIMO:** Que en el ámbito laboral la Constitución en su artículo 19 N°16 inciso tercero dispone respecto de la libertad de trabajo y su protección “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

Tal como lo propugna, Eduardo Camaño en su obra “El derecho a la no discriminación en el empleo” (2° edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007), se fija una regla fundamental, toda vez que el otorga



rango constitucional al principio de no discriminación en materia laboral y, por tanto, todas las normas de nuestro sistema jurídico deben ajustarse a esta disposición, sin perjuicio que, además, considera la discriminación laboral como un ilícito a nivel constitucional. Asimismo, amplía la prohibición a los particulares, lo que es propio de las relaciones de trabajo. Sin embargo, contempla una excepción general y dos particulares, siendo la general, la capacidad o idoneidad personal, que permite efectuar discriminaciones lícitas en el ámbito laboral, y las particulares, como la edad y la nacionalidad.

Se contiene, entonces, una prohibición amplia de no discriminación, proscribiendo cualquier conducta discriminatoria que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio que se pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Con este precepto se pone de manifiesto la estrecha relación entre la prohibición de discriminación y el derecho a la libertad de trabajo pues aparece como una protección de aquella libertad, siendo una clara manifestación del principio de igualdad.

**TRIGESIMO PRIMERO:** Que el Código del Trabajo en su artículo 2 consagra expresamente la prohibición de discriminación en el trabajo al señalar “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”, conceptuando qué se entiende por estos actos y asumiendo lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio N°111 de la OIT. Agrega que para entender configurado un acto de discriminación en el trabajo se debe anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación. Por su parte, el artículo 5, inciso primero, fortalece la tutela de los derechos fundamentales al establecer que “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

En este sentido la legislación laboral no parece alejarse de las nociones de igualdad y no discriminación contenidas en el Derecho Internacional y en nuestra Constitución Política, ya que actualmente tampoco se entiende la igualdad como una igualdad material y precisamente lo que ampara el principio de no discriminación es la no discriminación arbitraria o infundada

**TRIGESIMO SEGUNDO:** Que, en consecuencia, el término anticipado de la contrata del trabajador demandante constituyó un acto discriminatorio fundado en su nacionalidad, que afectó el contenido esencial del derecho fundamental que se denuncia como conculcado, al habersele cambiado de sus funciones, sin justificación, y excluido arbitrariamente, quitándole el lugar que ocupaba como médico anestesista, a través del ejercicio de una facultad que resultó ser ilegítima, por cuanto su fundamento es equivocado ya que los servicios del demandante si s eran necesarios, ya que su cargo continúa actualmente, siendo ahora ocupado por otro médico anestesista, pudiendo haberse designado otras



funciones, ya que se le contrató en virtud de ser médico cirujano, plazas escasas en dicho hospital, debiendo ser acogida su denuncia de tutela de derechos fundamentales.

**TRIGESIMO TERCERO:** Que el artículo 489 del Código del Trabajo ordena expresamente que en caso de acogerse la denuncia el juez debe ordenar el pago de las indemnizaciones del artículo 162 y 163 del Código del Trabajo, con el correspondiente recargo de conformidad al artículo 168 y, adicionalmente, la indemnización que fije el juez de la causa, de entre seis y once meses de remuneración mensual. La reparación económica de la víctima se encuentra expresamente prevista y tasada con estas indemnizaciones y, por tanto, **estas son las que deben ordenarse y no otras.**

**TRIGESIMO CUARTO:** Que, en consecuencia, siendo una obligación para el juez su concesión en caso de acogerse la acción y teniendo presente que la remuneración mensual del demandante ascendía a la fecha de término de su contrata a la suma de \$2.455.003, la demandada de autos deberá ser condenada al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo por la suma de \$2.455.003, la indemnización por años de servicios por un año, al haber ingresado al servicio, ascendente a la suma de \$2.455.003, con el recargo del 50% por la suma de \$1.227.501, según lo dispuesto en el artículo 168 letra b) del Código del Trabajo y a una indemnización adicional que se fija prudencialmente en la suma de \$ 14.730.018 por 6 remuneraciones mensuales, debiendo rechazarse la petición de condenar a la demandada a la totalidad de las remuneraciones adeudadas desde el cese de funciones hasta la fecha de término de la contrata, 31 de diciembre de 2019, por tratarse de una sanción no contemplada en la norma citada en el motivo precedente., misma suerte corre la petición de feriado proporcional, por no haberse acreditado los días adeudados, y el monto solicitado.

**TRIGESIMO QUINTO:** En virtud de lo razonado, no se emitirá pronunciamiento en cuanto a la demanda subsidiaria.-

**TRIGESIMO SEXTO:** Para efectos procesales, se deja constancia que la prueba no analizada no altera en nada lo resuelto precedentemente.-

En mérito de estas consideraciones, citas legales y lo dispuesto en los artículos 19 N° 1, 4, 16, de la Constitución Política, y artículos 2, 162, 168, 172, 446 y siguientes, 485 y siguientes del Código del Trabajo, y demás Normas se declara:

**I.** Que se acoge la denuncia de tutela de derechos fundamentales deducida por don **FELIX AUGUSTO BOLIVAR VARGAS**, en contra de la **SERVICIO DE SALUD ARAUCO**, representada por don **LEONARDO RIVAS SOLAR**, declarándose que el empleador lesionó el derecho fundamental de la trabajador de igualdad y no discriminación con ocasión de su despido al ser



éste un acto discriminatorio fundado en su nacionalidad, debiendo condenarse a la demandada únicamente al pago de las siguientes prestaciones, rechazándose en lo demás:

1. \$2.455.003 por indemnización sustitutiva por falta de aviso previo.

2. \$2.455.003 por indemnización por años de servicios.

3. \$1.227.501 por recargo legal del 50% de la indemnización por años de servicios, según lo dispuesto en el artículo 168 letra b) del Código del Trabajo.

4. \$14.730.018 por indemnización adicional del artículo 489 del Código del Trabajo.( 6 meses)

II. Que las sumas ordenadas pagar deberán serlo con los intereses y reajustes del artículo 173 del Código del Trabajo.

III. Que no se condena en costas a la demandada al haber tenido motivo plausible para litigar.

IV. Remítase copia de esta sentencia a la Dirección del Trabajo para su registro.

Regístrese y en su oportunidad archívese.

**RIT T-6-2019**

**RUC 19- 4-0212111-7**

**SENTENCIA PRONUNCIADA POR DOÑA FRANCIA SANDOVAL TRONCOSO, JUEZ SUPLENTE DEL TRIBUNAL DE LETRAS DE LEBU.**

?

En Lebu a treinta de octubre de dos mil diecinueve, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

