

Jbl
C.A. de Valparaíso

Valparaíso, dieciséis de febrero de dos mil veintidós.

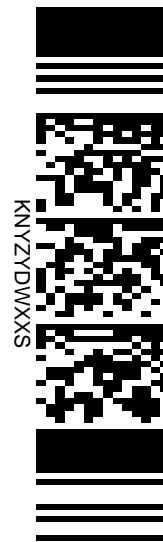
VISTO:

A folio uno, comparece doña **Madelyn Andrea Maluenda Pérez**, abogada, no indica domicilio, quien interpone recurso de protección a favor de doña **Traccy Merian Rivera Diaz**, médico especialista, en contra del **Servicio de Salud de Valparaíso-San Antonio**, representado legalmente por su Director (S) don Juan Carlos Aránguiz Henríquez, ambos domiciliados en Av. Brasil N° 1435, Valparaíso y en contra del **Hospital Carlos Van Buren**, representado legalmente por su Director don Javier del Río Valdovinos, ambos domiciliados en San Ignacio N° 725, de esta ciudad, con motivo del no pago de la asignación de estímulo por competencias profesionales por sus funciones en el área de oftalmología que presta a dicho Hospital, actuación ilegal y arbitraria que infringe sus derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 N° 2 y 24 de la Constitución Política de la Republica,

Refiere que es especialista en oftalmología, titulada de la Universidad de Valparaíso y el 23 de julio de 2021 ingresó a prestar funciones como oftalmóloga en el Hospital Carlos Van Buren. Sin embargo, ha sido remunerada como una profesional sin dicha especialidad, negándosele la posibilidad de que se le pagara la asignación en forma retroactiva, atendida la falta de presupuesto.

Se le otorgó el título de la especialidad el 31 de agosto de 2021, figurando en el Registro de Prestadores Nacionales de la Superintendencia de Salud. En noviembre del mismo año, elevó una solicitud ante el Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, respondida bajo el Ordinario N° 2044 de 23 de noviembre de 2021, que señaló: “Asignación de Estímulo: El hospital tramita esta asignación en base a su disponibilidad presupuestaria”.

La asignación transitoria de estímulo de la Ley N° 19.664, es aquel estipendio que se podrá otorgar por las horas de la jornada semanal que los profesionales funcionarios desempeñen en actividades, lugares o condiciones especiales o por las competencias profesionales exigidas para determinados puestos de trabajo que el Servicio de Salud correspondiente requiera incentivar para cumplir con los planes y programas de salud (artículo 2° del Decreto N° 845 de 2000). El porcentaje que puede asignarse, puede ir de un 10% a un 180% por sueldo base, aunque por acuerdo suscrito entre el Colegio Médico de Chile A.G. y el Ministerio de Salud en 2015, el porcentaje mínimo que debe reconocerse a los médicos especialistas es de un 40% del sueldo base.



Asimismo, en cuanto a su composición, este estipendio contempla tres ítems de pago, a saber: 1) Jornadas Prioritarias: Corresponden al desempeño de funciones en los horarios diurnos que cada Servicio de Salud defina como necesarios para una mejor atención al público usuario, con el objeto de dar cumplimiento al programa o plan de trabajo y para cuya puesta en práctica el establecimiento encuentre dificultades; 2) Competencias profesionales: Corresponden a la valoración de un determinado puesto de trabajo sobre la base de la formación, capacitación y especialización o competencias del personal que lo ocupare; y, 3) Condiciones y lugares de trabajo: Suponen el desarrollo de actividades en lugares aislados o que impliquen desplazamientos en lugares de difícil acceso o que presenten condiciones especiales de desempeño que sea necesario estimular. El porcentaje a pagar a los profesionales funcionarios por la suma de los conceptos señalados, no podrá exceder del 180% del sueldo base y se pagará por las horas de la jornada semanal que el profesional tenga efectivamente asignadas a la función objeto de este estímulo. Asimismo, se caracteriza por otorgarse mientras se mantengan las circunstancias que le dieron origen y se pagará como una sola, aun cuando sea otorgada por distintos conceptos.

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

Refiere que, en el caso particular, el Servicio de Salud, mediante Ordinario N° 2044 de 23 de noviembre de 2021, notificado el 16 de diciembre del mismo año, desconoce su deber legal, señalando que la “asignación de estímulo: Ley N° 19.664 en su artículo 35 concede asignación de estímulo por competencia a profesionales médicos, por acuerdo entre Colmed y Minsal se reconoce un porcentaje mínimo ascendente a 40%, contando con la especialidad registrada en la Superintendencia de Salud. El Hospital tramita esta asignación en base a su disponibilidad presupuestaria, al mes siguiente de haber presentado certificado de especialidad”.



Argumenta que no existe motivación alguna para la distinción entre funcionarios que ejercen la misma función, como lo ha dicho la Contraloría General de la República.

Refiere que este no es un tema de presupuesto sino de la gestión que se haga del mismo, pues la propia Ley N° 19.664 obliga a los Directores de los Servicios de Salud a evaluar la resolución fundada que la otorga, a lo menos cada 3 años, pudiendo hacer dicho análisis año a año, lo que se entiende por la llegada anual de un número determinado de médicos. De esta forma, no existe explicación legal ni fundada que aclare por qué médicos especialistas, con las mismas labores, mismo empleador y siendo ambos dependientes del Servicio de Salud de Iquique, perciben distintos porcentajes por concepto de asignación de estímulo.

Cita fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 27.587-2019, sobre caso de anestesista y motivación de los actos administrativos y el fallo en causa Rol N° 39.649-2020 del mismo Tribunal.

Refiere que dicho acto, vulnera los derechos de igualdad y propiedad, atendido que se le discrimina frente a otro funcionario que ejerce unas mismas funciones y que afecta la asignación a la cual tiene derecho por cumplir con los requisitos legales.

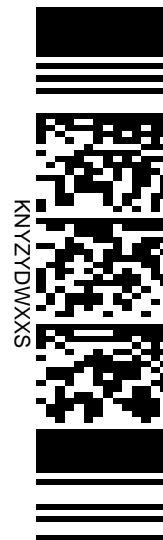
Solicita que se dicte una nueva resolución fundada, de conformidad al artículo 35 de la Ley N° 19.664 y se ordene el pago de las asignaciones adeudadas a la fecha.

Acompaña documentos a su recurso.

Que a folio siete, informa el **Hospital Carlos Van Buren**, solicitando el rechazo del recurso de protección, con costas, fundado en que la recurrente es funcionaria del Hospital, en calidad de contrata, conforme a la Resolución Exenta N° 4.710 de fecha 4 de agosto de 2021, que establece que ejercerá funciones de médico cirujano de la Ley N°19.664, desde el 23 de julio de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2021. Luego, el 6 de octubre de 2021, la recurrente le envía un correo electrónico a doña Sandra Silva Silva, funcionaria de la Unidad de Personal y un certificado emitido por la Superintendencia de Salud, de 5 de octubre de 2021, el cual especifica que la recurrente posee la especialidad de oftalmología, a través de un título otorgado por la Universidad de Valparaíso, que fuera emitido con fecha 31 de agosto de 2021.

En dicho contexto, a través de la Resolución Exenta N° 5438 de 12 de noviembre de 2021, emitida por el Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio se concedió a la recurrente la asignación de estímulo profesional, procediendo el Hospital Carlos Van Buren a ejecutar el pago de la misma a la doctora Díaz, a contar del mes de noviembre de 2021, es decir, al mes siguiente en que la funcionaria presentó el certificado de inscripción del registro de su especialidad, tal como se detalla en las liquidaciones de sueldo.

Hace presente que en el mes de diciembre de 2021, el pago de la asignación de estímulo profesional, es menor a lo concedido en la



Resolución Exenta señalada, en consideración a que la funcionaria solicitó un permiso sin goce de sueldo por 12 días y por tanto, el pago de la asignación es proporcional a los días efectivamente trabajados.

Asimismo, en consideración al porcentaje en específico del sueldo base que se determina como asignación profesional, señala que, por una parte, no se acompaña ningún antecedente material que dé cuenta que exista el otorgamiento de un porcentaje del sueldo base mayor o distinto a otro oftalmólogo, en suma, no se ha acompañado un acto administrativo emitido por el Servicio de Salud que conceda a un médico con especialidad de oftalmología un porcentaje superior al 40% de su sueldo base por el concepto de asignación de estímulo profesional o una liquidación de remuneraciones que consigne el pago de un porcentaje mayor a su sueldo base, para que, de esa forma, se acredite que otros funcionarios que cumplen la misma función perciban más asignación.

Continua indicando que el Hospital no define el porcentaje del sueldo base que debe otorgarse como asignación de estímulo profesional, como tampoco conceder el estipendio a los profesionales a los cuales por ley les corresponda su otorgamiento, pues ambas decisiones, recaen en el Director del Servicio de Salud, quedando su función en el cumplimiento de las mismas.

Concluye que no existe el acto que se denuncia, tampoco un actuar ilegal y/o arbitrario, ni vulneración de derechos fundamentales.

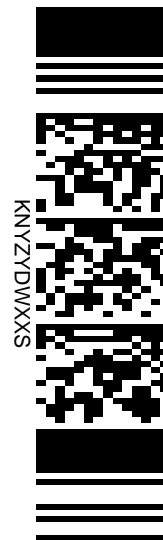
Acompaña documentos a su informe.

Que a folio diez, informa el **Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio**, solicitando el rechazo del recurso, con costas, remitiéndose a los hechos informados por el Hospital Carlos Van Buren.

Aclara que la posibilidad de pedir la asignación se inicia no desde que un médico se incorpora a la Institución, o desde que se titula de una especialidad, sino al momento que presenta el certificado de la Superintendencia de Salud que acredita la inscripción de la especialidad, de modo que al haber presentado el documento el día 6 de octubre de 2021, se le hizo efectivo desde el mes de noviembre de ese año.

De acuerdo a ello, no existe una discriminación, atendido que tuvo acceso a la asignación solicitada y que le fue entregada, por lo que no existe acto arbitrario.

Cita el artículo 35 de la Ley, que regula la entrega de la remuneración transitoria, que exige: 1) Se otorga atendiendo a los conceptos que ahí son explicitados: Jornadas prioritarias, (funciones en horarios diurnos) competencias profesionales (valoración del puesto según su especialización) y condiciones y lugares de trabajo (que tan aislado es el lugar de trabajo); 2) Sobre la base de aquello y teniendo en cuenta las facultades del Director del Servicio, indica que, por las sumas de los factores indicados en la letra anterior, la asignación consistirá en un porcentaje que no podrá exceder del 180% del sueldo base y se pagará por las horas de la jornada semanal que el profesional



tenga efectivamente asignadas a la función objeto de ese estímulo; 3) La asignación se mantendrá mientras se mantengan las circunstancias que le dieron origen; y, 4) Finalmente, indica la norma que la asignación es evaluable, al menos una vez cada tres años. De esta forma destaca que su entrega depende de la disponibilidad de recursos.

No existe vulneración del derecho de propiedad, ya que la asignación nace desde que es entregado y no antes, puesto que no se origina directamente de la ley, sino de un acto administrativo fruto de las facultades del Director de Servicio, materializado mediante Resolución Exenta N° 5438 de 12 de noviembre de 2021 el que fue dictado oportunamente.

Finalmente y respecto al ordinario N°2044 de 23 de noviembre de 2021, constituye una simple respuesta a un requerimiento, en el que se señala las normas aplicables al caso y envía los antecedentes al Hospital, puesto que, en su calidad de establecimiento auto-gestionado, es el ente directo con quien se relaciona la actora.

Concluye que no existe actuar arbitrario o ilegal por parte del Servicio de Salud, que vulnere las garantías denunciadas por la recurrente.

Que a folio once se ordenó traer los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero: Que la acción constitucional de protección, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, ha sido establecida a favor de quien, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19 de la Carta Fundamental.

Segundo: Que los hechos que se han planteado en el presente recurso de protección dicen relación con el acto arbitrario e ilegal que el Servicio de Salud Regional y el Hospital Carlos Van Buren de Valparaíso, habrían cometido respecto de la médico cirujano doña Traccy Rivera Díaz, funcionaria a contrata del nosocomio referido, desde el 23 de julio de 2021, con especialidad en oftalmología, consistente en el pago de la asignación de estímulo que le corresponde, solo a contar del 1 de noviembre de 2021 y no desde su ingreso al Servicio, en circunstancias que la ley no contempla la exigencia de que la especialidad se encuentre registrada ante la Superintendencia de Salud.

Tercero: Que las entidades informantes sostuvieron la inexistencia del acto arbitrario e ilegal atendido que la posibilidad de solicitar la asignación nace en el momento en que se presenta el certificado de la Superintendencia de Salud, que acredita la inscripción de la especialidad en dicho Servicio y no desde que el médico se incorpora a la Institución o desde que se titula de la especialidad. En este caso, la doctora Rivera, remitió el 6 de octubre de 2021 a la unidad de personal del Hospital, el certificado aludido, emitido el 5 de octubre de 2021, por lo que la asignación se le empezó a pagar a



partir del mes de noviembre de 2021, siguiente a aquél en que se acreditó la exigencia señalada.

Cuarto: Que de los libelos materia de la discusión y documentos acompañados, se desprenden los siguientes antecedentes, no controvertidos:

1.- Doña Traccy Marian Díaz Rivera, en etapa de destinación y formación, fue contratada por el Hospital Carlos Van Buren, a contar del 23 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2021 y mientras fueren necesarios sus servicios, como médico cirujano, de la planta de profesionales funcionarios regidos por la Ley N° 19.664, con jornada de 44 horas semanales.

2.- El 31 de agosto de 2021 se otorgó a la doctora Díaz el título de la especialidad en oftalmología, encontrándose inscrita en el registro nacional de prestadores individuales de salud de la Superintendencia de Salud, desde el 20 de diciembre de 2017.

3.- El 23 de noviembre de 2021 el Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio contestó la solicitud de pago de asignación de estímulo formulada por la profesional, señalando que el artículo 35 de la Ley N° 19.664, concede asignación de estímulo por competencia a profesionales médicos; por acuerdo entre Colmed y Minsal, se reconoce un porcentaje mínimo ascendente a un 40%, contando con la especialidad registrada en la Superintendencia de Salud; el Hospital tramita esta asignación en base a su disponibilidad presupuestaria, al mes siguiente de haber presentado certificado de especialidad.

4.- El 12 de noviembre de 2021, mediante resolución exenta N° 5438, de la Sección Personal, de la Subdirección de Recursos Humanos, del Hospital Carlos Van Buren, del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, se concede a la doctora Díaz, que tiene su especialidad registrada en la Superintendencia de Salud, la asignación de estímulo que se detalla, a contar del 1 de noviembre de 2021, quien posee título de especialista en oftalmología con fecha 31 de agosto de 2021.

Quinto: Que los artículos 25, 26 y 28 de la Ley N° 19.664 que “Establece Normas Especiales para Profesionales Funcionarios de los Servicios de Salud”, ubicados en el Párrafo 4° del Título I, previenen, en síntesis, que los profesionales funcionarios de planta y a contrata que cumplan jornadas diurnas de 11, 22, 33 o 44 horas semanales en los establecimientos de los Servicios de Salud se regirán por el sistema de remuneraciones que se establece en los artículos siguientes. Las remuneraciones son permanentes y transitorias y éstas serán fijadas y concedidas por el Director del Servicio de Salud correspondiente, dentro de los rangos que establecen las disposiciones pertinentes de esta ley y su reglamento. La asignación de estímulo es una remuneración transitoria consistente en el estipendio que podrá otorgarse por las horas de la jornada semanal que los profesionales funcionarios desempeñen en actividades, lugares o condiciones especiales o por las competencias profesionales exigidas para determinados puestos de



trabajo que el Servicio de Salud correspondiente requiera incentivar para cumplir los planes y programas de salud. El artículo 35, dispone cuáles son los conceptos en virtud de los cuales se otorga la asignación de estímulo; en qué porcentaje consiste; cómo se determina la forma y circunstancias que originan cada concepto; la forma en que se establecen las causales y los porcentajes específicos asignados a cada uno de los conceptos; y, el tiempo durante el cual se paga la asignación, cómo se paga, la situación de los funcionarios que cumplen comisiones de estudio y el deber del Director del Servicio de Salud de evaluar la mantención de la asignación, al menos cada tres años, atendido lo que se señala.

Sexto: Que en ninguna norma de la Ley N° 19.664, ni en su Reglamento (Decreto N° 487 del Ministerio de Salud de 7 de febrero de 2001), se dispone que la asignación de estímulo aludida, solo pueda ser pagada desde el momento en que se presente el certificado de la Superintendencia de Salud que acredite la inscripción de la especialidad en dicho Servicio, de tal forma que ésta remuneración transitoria se tenga que empezar a cancelar a partir del mes siguiente a aquél en que se acreditó lo señalado, como han sostenido los recurridos y como se contestó a la recurrente por el Servicio de Salud el 23 de noviembre de 2021, resolviéndose de la misma manera en la Resolución Exenta N° 5438 citada en el apartado 4.- del motivo precedente.

Séptimo: Que cuando la ley ha querido que se proceda de la forma anterior para el pago de alguna asignación profesional, así lo ha dispuesto expresamente, como ocurre con la asignación de permanencia para especialistas y subespecialistas, que es una remuneración permanente, tal como consta en el artículo 33 bis de la Ley N° 19.664, agregado a la misma por la Ley N° 20.982 de 28 de diciembre de 2016, cuestión que no sucede con la asignación de estímulo. Desde esta perspectiva, no se puede presumir una voluntad general del legislador a partir de una interpretación restrictiva, ya que la misma ley que establece el requisito que nos ocupa para la asignación de permanencia (recién desde 2016), no lo ha considerado para la de especialidad ni para las demás señaladas en la Ley N° 19.664.

Octavo: Que algo similar ocurre con la asignación de estímulo por competencias profesionales para los funcionarios que tengan especialidades certificadas e inscritas en el registro que mantiene la Superintendencia de Salud y desempeñen cargos de planta o a contrata de 28 horas semanales, regidos por la Ley N° 15.076, en los establecimientos dependientes de los servicios de salud señalados en el artículo 16 del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 de la Ley N° 20.707 de 12 de diciembre 2013, que tampoco es el caso de autos.

Noveno: Que por otra parte, el artículo 121 N° 6 del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio De Salud, dispone que corresponde a la



Superintendencia de Salud, para la fiscalización de todos los prestadores de salud, públicos y privados, diversas funciones y atribuciones, las que ejercerá a través de la Intendencia de Prestadores de Salud, entre otras, mantener registros nacionales y regionales actualizados de los prestadores individuales de salud, de sus especialidades y subespecialidades si las tuvieran, y de las entidades certificadoras, todo ello conforme al reglamento correspondiente.

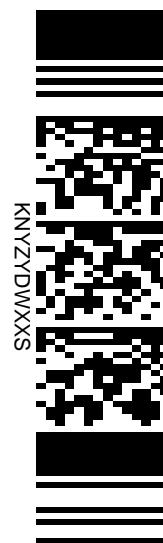
Décimo: Que como se aprecia, efectivamente la Superintendencia de Salud mantiene registros de los prestadores individuales de salud, de sus especialidades y subespecialidades y puede certificar dichas calidades, pero con miras al ejercicio de la función fiscalizadora, lo que no implica que solo desde la fecha de la inscripción del registro y certificación respectiva proceda el pago de la asignación legal de estímulo de la doctora recurrente, como sostienen los recurridos.

Undécimo: Que en consecuencia, la exigencia realizada por el Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio y el Hospital Carlos Van Buren de esta ciudad a la parte recurrente, para el pago de la asignación de estímulo vinculada a su especialidad de oftalmóloga a contrata del recinto hospitalario indicado, resulta ilegal, mismo vicio que contiene, en lo pertinente, la respuesta de 23 de noviembre de 2021 que el Servicio dio a la solicitud relativa a su pago y la Resolución Exenta de N° 5438, de 12 de noviembre de 2021, ya individualizada, en la parte que concede a la profesional la asignación de estímulo respectiva, solo a contar del 1 de noviembre de 2021, infringiendo el artículo 7° de la Constitución Política de la República.

Duodécimo: Que no obstante lo anterior, la recurrente ha reclamado el pago de la asignación de estímulo desde el 23 de julio de 2021, fecha en que fue contratada por el Servicio de Salud, lo que no corresponde, ya que el estipendio señalado tiene que ver con la especialidad de la médica cirujana, que en este caso es de oftalmología, la que fue obtenida el 31 de agosto de 2021, que es el momento a partir del cual se devengó la asignación.

Decimotercero: Que no se acompañaron antecedentes específicos que dieran cuenta que el Servicio pagó a otros especialistas la asignación de estímulo, sin considerar la exigencia que se hizo a la doctora Rivera. Sin embargo, la interpretación correcta de la ley determina que cualquier profesional en la misma situación que la parte recurrente sería acreedor del pago del estipendio en los términos por ella solicitados, por lo que desde esta perspectiva, se vulnera el derecho a la igualdad ante la ley de la actora, ya que lo señalado implica establecer diferencias arbitrarias, infringiendo el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental.

Decimocuarto: Que además, al privarla de la forma señalada, entre el 31 de agosto y el 31 de octubre de 2021, de una parte de la remuneración de carácter transitorio que le correspondía, cuyo otorgamiento debe subsistir mientras se mantengan las circunstancias



que le dieron origen, de acuerdo al artículo 3° del Reglamento para la Concesión de la Asignación de Estímulo establecida en la Ley N° 19.664, se conculcó su derecho fundamental a la propiedad sobre dicho estipendio, infringiéndose con ello el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, por lo que la acción de protección será acogida de la forma que se señalará en lo resolutive.

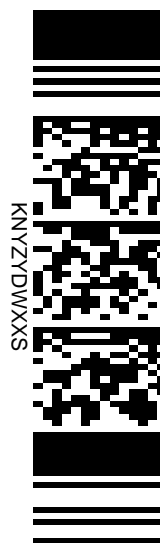
Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 20, 7° y 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, se declara que **se acoge, con costas**, el recurso de protección deducido en favor de **Traccy Merian Rivera Díaz** en contra del **Servicio de Salud de Valparaíso-San Antonio y del Hospital Carlos Van Buren** de esta ciudad y se ordena que el Servicio deberá pagar a la recurrente la asignación de estímulo por competencia en su calidad de profesional médica cirujana con la especialidad de oftalmología, correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de agosto y el 31 de octubre de 2021, que se le adeuda, debiendo dar cuenta a esta Corte del cumplimiento de lo decretado en un plazo de 10 días contados desde que la sentencia quede ejecutoriada.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Suplente Sr. Aravena.

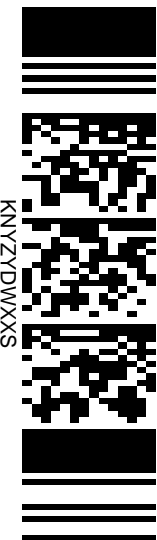
N°Protección-52129-2021.-

Se deja constancia que no firma el Ministro Sr. Jaime Arancibia Pinto, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente.



Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por Ministra Silvana Juana Aurora Donoso O. y Ministro Suplente Leonardo Aravena R. Valparaiso, dieciséis de febrero de dos mil veintidós.

En Valparaiso, a dieciséis de febrero de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.