

Iquique, veintisiete de marzo de dos mil veinte.

VISTO:

Comparece doña Madelyn Andrea Maluenda Pérez, abogada, quien en favor de don **Andrés Felipe Alberto Platero Chang**, recurre de protección en contra de la **Contraloría Regional de Tarapacá**, representada legalmente por doña Sandra Estay Contreras, Contralora Regional o quien legalmente la subrogue, por atentar en contra de sus derechos garantizados en el artículo 19 N° 2, 3 (sic) y 24 de la Constitución Política de la República.

Expone que su representado es médico, especialista en ginecología y obstetricia, comenzando a realizar turnos de reemplazo en la Urgencia de la Maternidad del Hospital Dr. Ernesto Torres Galdámes, entre enero a marzo de 2017. Añade que en conocimiento de la necesidad asistencial de un sub especialista en patología mamaria, propone al servicio la opción de sub especializarse en esa área, para lo cual necesitaba su patrocinio, ante tal propuesta, el servicio acepta y lo envía en comisión de estudios por un cargo de 33 horas, de esta manera, desde abril de 2017 a marzo de 2018, permaneció en Santiago haciendo la estadía de mastología en el Hospital San Borja Arriarán, retornando al Hospital Dr. Ernesto Torres Galdámes en abril de 2018.

Menciona que estando en comisión de estudio, el 12 de abril de 2017, el Servicio de Salud dictó la resolución que establecía las especialidades que recibirían la asignación de estímulo, sus porcentajes y la nómina de profesionales beneficiarios, en la cual sin explicación, no fue incluido el Sr. Platero pese a contar con contrato vigente.

Señala que pese a pedir el reconocimiento al Servicio durante el año 2018, estando ya en desempeño de su subespecialidad, sólo se reconoce que no fue incluido porque había sido subcontratado con posterioridad a la vigencia de esa resolución.

Precisa que no obstante lo anterior, le refieren que sería incluido en el presupuesto del año siguiente, ya que estaba en trámite el nuevo acto



administrativo que le otorgaría la asignación, lo que no ocurrió, por lo cual, el 26 de abril de 2019, recurre ante la Contraloría Regional, solicitando pronunciamiento sobre la discriminación de la que estaba siendo víctima en comparación a sus colegas que sí recibieron el beneficio.

Describe que el 7 de noviembre de 2019 se emite un primer pronunciamiento, citando lo que indica, añadiendo que acto seguido, se ordena la revisión del caso del Sr. Platero, para regularizar el pago adeudado.

Refiere que el servicio cumplió con la revisión, pero informa a Contraloría que no podrá realizar el pago ya que no le fue reconocido y porque no existirían fondos para ello, agregando que instruyó sumario para establecer las responsabilidades administrativas derivadas del no reconocimiento de la asignación, reconociendo expresamente el error.

Agrega que ante esto, Contraloría, contraviniendo su primer pronunciamiento y dictámenes vigentes, indica sin mayor fundamento que “se tiene por cumplido lo ordenado en oficio N° 3.671, de 2019, de esta procedencia, dejándose establecido que en mérito de lo expuesto, y de acuerdo con el criterio contenido en los dictámenes N° 72.471 y 85.218, ambos del 2018, el recurrente no tiene derecho a la asignación de estímulo que regula el artículo 28, letra b), de la ley N° 19.664, en el periodo requerido, ya que dicho beneficio no le fue concedido por la autoridad competente, ni considerando dentro del cálculo de la disponibilidad presupuestaria respecto de este emolumento”.

Expone que se evidencia un actuar ilegal y arbitrario, ya que la autoridad contralora establece una fundamentación errónea, de acuerdo con la misma jurisprudencia administrativa de esta Contraloría en los dictámenes que refiere, donde conociendo el caso de un médico a quien tampoco se le habrían retribuido sus funciones señala lo que indica.

Menciona que en el presente caso, el órgano contralor ni siquiera justifica por qué cambia su criterio, admitiendo que en virtud de un error infundado, se le prive de su derecho a ser retribuido al igual que a sus colegas que se desempeñan en ese servicio y que si perciben la correcta retribución de sus funciones.



Indica que con este pronunciamiento caprichoso y desmotivado, se contraviene el artículo 11 inciso 2° y 41 inciso 3° de la Ley N° 19.880. Añade que se afectan los derechos garantizados en el artículo 19 N° 2 y N° 24 de la Constitución Política, desde que Contraloría Regional ha emitido un pronunciamiento que ha discriminado arbitrariamente a su representado, ya que ha admitido que por error de la administración, se le prive de la retribución legal de las funciones ejercidas sin expresión de causa o del por qué en este caso, se permite sin más el perjuicio de un funcionario producto del yerro de la administración. Asimismo alega que el actuar de Contraloría, sin justificación admite que se le prive al Sr. Platero del derecho a la asignación de estímulo que debió ser reconocida por la autoridad, siendo la única opción de haber sido privado de este emolumento en virtud de una decisión motivada por parte del servicio, cuestión que no ocurrió.

Pide se declare, que la recurrida ha incurrido en un acto ilegal y arbitrario al emitir un dictamen que contraviene la propia jurisprudencia del órgano sin que haya justificado de modo racional y completo dicho cambio de criterio, asimismo que la conducta señalada vulnera los derechos aludidos, y que consecuentemente se ordene a la recurrida dejar sin efecto el dictamen referido y lo corrija conforme a derecho, ordenando al Servicio de Salud regularice los pagos adeudados al recurrente, con costas.

Acompaña documentos fundantes.

Evacuándose informe, se alega falta de legitimación pasiva respecto de la petición concreta que se pague la asignación que reclama y estima se le adeuda, indicando que tal solicitud da cuenta que la eventual causa de agravio que aduce, es la Resolución Exenta N° 770, de 12 de abril de 2017, del Servicio de Salud de Iquique, que concede la asignación de estímulo establecida en el artículo 35 de la Ley N° 19.664, a los profesionales funcionarios de ese servicio, entre los cuales no fue considerado el recurrente, acto que no emanó de esa Sede Regional, sino de la autoridad administrativa singularizada.



Añade que si bien el recurrente impugna el oficio N° 343, de 28 de enero de 2020, dicho acto no determinó su exclusión de la asignación, sino que sólo desestimó sus pretensiones de percibirla al constatar los fundamentos dados por el Servicio de Salud de Iquique que determinaron su exclusión.

Menciona que la actuación que el recurrente estima lesiva, no emanó del Servicio de Salud de Iquique, autoridad a la que le correspondió verificar la concurrencia de las circunstancias que determinan la procedencia del otorgamiento del estipendio, y que en razón de dicha ponderación decidió no incorporar al recurrente en la Resolución Exenta N° 770, de 12 de abril de 2017.

Reclama la extemporaneidad del recurso, desde que si bien está formalmente dirigida contra el oficio N° 343, de 28 de enero de 2020, lo que verdaderamente impugna es la Resolución Exenta N° 770, de 12 de abril de 2017, del Servicio de Salud Iquique.

Señala que sin perjuicio de lo expresado, el asunto es ajeno a la naturaleza cautelar de este recurso, mencionando que en la especie, el recurrente no ha intentado amparar un derecho indubitado y no disputado, sino que como puede advertirse, lo pretendido es plantear una controversia jurídica sobre la procedencia de pagar o no la asignación de estímulo consignada en la ley N° 19.664, situación que no corresponde ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar, ya que no constituye una instancia de declaración de derechos, sino de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados.

Reclama ausencia de ilegalidad y arbitrariedad, indicando que no se advierte de qué manera el pronunciamiento impugnado ha podido ser ilegal, toda vez que se limitó a ejercer las competencias que normativamente le han sido asignadas, por lo que la actuación recurrida se ha emitido de acuerdo a la habilitación respectiva, con estricto apego y respeto al ordenamiento jurídico sustantivo que regula la materia. Añade que el oficio no constituye una conducta que pueda ser calificada de arbitraria, ya que constituye el resultado de un estudio acabado de los antecedentes en torno a la situación y la interpretación de la normativa vigente sobre la materia.



En cuanto al fondo, indica que el recurrente no tiene derecho respecto de la asignación que reclama, ya que dicho beneficio no le fue conferido por la autoridad, quien está facultada para indicar las causales para ser titular. Precisa que la asignación de estímulo, conforme el artículo 28 letra b) de la Ley N° 19.664, es un estipendio que puede otorgarse por las horas de jornada semanal que los profesionales funcionarios desempeñen en actividades, lugares o condiciones especiales o por las competencias profesionales exigidas para determinados puestos de trabajo que el Servicio de Salud correspondiente quiera incentivar para cumplir los planes y programas de salud. Agrega que el emolumento podrá otorgarse atendiendo a las jornadas prioritarias, esto es, al desempeño de funciones en horarios diurnos que cada servicio de salud defina como necesarios para una mejor atención al público usuario. Añade que el artículo 3 inciso 2° del decreto N° 847, de 2000, del Ministerio de Salud, precisa que los directores de los servicios de salud, mediante resolución fundada, establecerán las causales y porcentajes específicos fijados a cada uno de los conceptos que componen esta asignación, así como el número máximo de horas de la dotación a los cuales les podrá conceder el beneficio. Agregando que las resoluciones que otorguen en forma específica el citado estipendio, deberán sujetarse tanto a los cargos de la planta de directivos ya la cantidad de horas, como las disponibilidades presupuestarias fijadas en la referida resolución fundada.

Añade que para que un funcionario adquiera el derecho a percibir la anotada asignación de estímulo, por cualquiera de las causales previamente expuestas, es necesaria la concurrencia de dos actos administrativos, uno en el cual se determinen las causales y los porcentajes que se pagarán, y otro que, dentro de dicho marco conceda el beneficio en forma específica, al empleado de que se trate.

Indica que al efectuar el análisis de todos los antecedentes, se requirió al Servicio de Salud, informar sobre la aplicación de las disposiciones sobre prescripción previstas en los artículos 98 letra f) y 99 de la Ley N° 18.834 al



beneficio de la especie. Añade que a tal requerimiento, se informó que el Sr. Platero Chang no le fue reconocida la asignación de estímulo que reclama, dado que no fue considerado como uno de los beneficiarios de dicho proceso, agregando que el citado estipendio presentaba un déficit presupuestario de aproximadamente un 131%, por lo que tampoco contaba disponibilidad de recursos para aquello.

Menciona que no se ha acreditado la existencia de las diferencias arbitrarias que lesionen el derecho a la igualdad ante la ley, precisando que se ha observado plenamente tal principio. Añade que para que un bien ingrese al patrimonio de una persona, se deben satisfacer las condiciones que el ordenamiento jurídico prevé al efecto, así entonces, el recurrente al no cumplir con los requisitos para obtener el estipendio, nunca tuvo derecho a éste, por lo que no se aprecia de qué forma el oficio N° 343, de 2020, pudo atentar en derecho de propiedad sobre un derecho inexistente.

Concluye que procede se desestime en todas sus partes el recurso de protección deducido.

Acompaña antecedentes fundantes.

Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

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

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



Asimismo, la arbitrariedad o ilegalidad del acto contra el cual se recurre debe aparecer de manifiesto sin necesidad de que en esta sede pueda rendirse prueba o valorarse otras circunstancias que ameriten un examen de mayor amplitud o profundidad, pues la característica de brevedad e inmediatez del recurso lo impide, existiendo para ello, los procedimientos ordinarios que la ley franquea.

SEGUNDO: Que del mérito de autos, se colige que la conducta por cuya ilegalidad y arbitrariedad se reclama por esta vía, consistiría en la emisión del oficio N° 343, de 28 de enero de 2020, que estableció que el recurrente, no tiene derecho a asignación del artículo 28 letra b) de la Ley N° 19.664 en el periodo que requiere.

TERCERO: Que revisado el oficio aludido, se observa que en su parte final señala que tiene por cumplido lo ordenado en el oficio N° 3.671, de 2019, dejando establecido que en mérito de lo expuesto, y de acuerdo con el criterio contenido en los dictámenes Nos 72.471 y 85.218, ambos de 2016, el recurrente no tiene derecho a la asignación de estímulo que regula el artículo 28, letra b), de la ley N° 19.664, en el período requerido, ya que dicho beneficio no le fue concedido por la autoridad competente, ni considerado dentro del cálculo de la disponibilidad presupuestaria respecto de ese emolumento.

CUARTO: Que del artículo 28 letra b) de la Ley 19.664, se entiende, que son remuneraciones transitorias la asignación de estímulo, 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.

QUINTO: Que a su vez el artículo 98 de la Carta Fundamental, confiere a la Contraloría General de la República facultades para interpretar las normas y de este modo ejercer el control de legalidad que prevé dicho precepto.



SEXO: Que de lo expresado se desprende, que la pretensión del recurrente excede aquello que puede ser revisado mediante la presente vía cautelar de protección, desde que aspira a examinar en sede constitucional de protección, la procedencia de una asignación controvertida en cuanto a los requisitos que han de concurrir para su concesión.

En efecto, se advierte de autos que el estipendio reclamado carece del atributo de ser un derecho de carácter indubitado, presupuesto esencial de la acción constitucional activada.

Ante tal panorama, adoleciendo el reclamo de uno de los requisitos propios del instituto activado, forzoso resultará su desestimación.

SÉPTIMO: Que sin perjuicio de lo anterior, de lo expuesto puede igualmente estimarse que lo que se ha tachado como ilegal o arbitrario, no lo es, pues se colige que el órgano recurrido obró dentro de la esfera de sus facultades y atribuciones, con fundamentos plausibles y razonables, cuestión que descarta a su vez la arbitrariedad sostenida, no existiendo en consecuencia vulneración de las garantías constitucionales esgrimidas.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **SE RECHAZA** el recurso de protección interpuesto.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad, archívese.

Rol N° 112-2020 Protección.





GXRKPFPPXQ

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Iquique integrada por Ministro Presidente Pedro Nemesio Guiza G. y los Ministros (as) Marilyn Magnolia Fredes A., Rafael Francisco Corvalan P. Iquique, veintisiete de marzo de dos mil veinte.

En Iquique, a veintisiete de marzo de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 08 de septiembre de 2019, 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>