

C.A. de Temuco

Temuco, diecinueve de febrero de dos mil veintiuno.

VISTO:

A folio 1, comparece doña ANA ELIZABETH ESPINOZA SALDAÑA, funcionaria pública, domiciliada para estos efectos en calle Antonio Varas N°989, oficina 2101 e interpone Recurso de Protección, en contra del SERVICIO NACIONAL DE MENORES, representado por su Directora doña CLAUDIA DE LA HOZ CARMONA, ignora profesión u oficio, ambos domiciliadas en calle Miraflores N°945 de la comuna y ciudad de Temuco, por el acto ilegal y arbitrario consistente en la dictación de la Resolución 263/45/2020 del Servicio Nacional de Menores de fecha 17 de agosto de 2020 y tomada de razón por la Contraloría General de la República con fecha 26 de agosto de 2020, que declaró vacante su cargo, la cual detalla en su parte pertinente lo siguiente: “RESUELVO: DECLÁRESE VACANTE POR SALUD INCOMPATIBLE, a contar de la notificación de la total tramitación del presente acto administrativo, por haber hecho uso de licencias médicas por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los dos últimos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable”.

Indica que ingresó a trabajar el 03 de febrero del año 1993, desempeñándose como educadora de trato directo, destacando que durante todo este tiempo se ha mantenido en lista 1 por sus buenas calificaciones (cuyas notas variaban entre 6.0 y 7.0).

Agrega que por el cumplimiento propio de sus funciones laborales en el año 2012 presentó complicaciones de salud especialmente en sus articulaciones superiores, y se sometió a una operación “túnel carpiano” y que en el año 2019 presentó nuevamente malestar en sus muñecas por lo cual se operó por segunda vez con el mismo diagnóstico.

Acota que en el presente año fue diagnosticada con Tendinopatía Supraespinoso (hombro derecho), por lo que asiste a un especialista que dispone terapia de rehabilitación kinesiológica, (para evitar someterse



nuevamente a una operación), lo que no tuvo los resultados esperados, por lo cual el tratamiento kinesiológico se extendió hasta el día 07 de septiembre del 2020, siendo autorizada el 8 de septiembre para volver a trabajar, recibiendo el 10 de septiembre del 2020 una notificación por correo certificado acerca de la vacancia de su cargo por salud incompatible.

Indica que la resolución recurrida es del siguiente tenor: “RESUELVO: DECLÁRESE VACANTE POR SALUD INCOMPATIBLE, a contar de la notificación de la total tramitación del presente acto administrativo, por haber hecho uso de licencias médicas por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los dos últimos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable, al cargo servido por: 1) Don(a) ANA ELIZABETH ESPINOZA SALDAÑA, R.U.N. 10352777-5, ADMINISTRATIVO, grado 13° ESCALA ÚNICA DE SUELDOS, Contrata, del servicio SERVICIO NACIONAL DEMENORES”.

Menciona que mediante las licencias médicas se le ha otorgado reposo laboral total para el desarrollo de sus actividades profesionales propias del cargo; sin embargo, la recurrida yerra en sus argumentos fácticos al mencionar que su salud es incompatible para el desarrollo de sus funciones puesto que como lo señala la misma resolución recurrida en su punto N° 9, con fecha 12 de junio del 2020, el COMPIN emitió la Resolución Exenta N° CC7-5781, en la cual señala la evaluación por Salud Irrecuperable de la Sra. María Cecilia Neira Martínez, a través de la cual resuelve que la funcionaria adolece de una estado de salud RECUPERABLE, lo que deja establecido para los fines estatutarios correspondientes.

Añade que en tal sentido, la Contraloría General de La República ha mencionado que “la facultad de declarar la salud de un funcionario como incompatible con el cargo que ejerce por el Jefe de Servicio, sólo se encuentra limitada legalmente por la declaración de salud irrecuperable” (Dictamen 14.871 de fecha 26 de abril de 2017).



Refiere que el artículo 63 de la Ley N°21.050, agregó un inciso tercero nuevo al artículo 151 del Estatuto Administrativo del siguiente tenor: “El jefe superior del servicio, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo”

Arguye que en similares términos se incorporó esta orden de requerir informe previo a la COMPIN en diversa normativa, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, Estatuto Docente, Estatuto de Salud Primaria de Atención Municipal, para efectos de declarar vacancia del cargo por salud incompatible.

Manifiesta que también resulta necesario tener presente el mensaje presidencial que inició la tramitación del proyecto que se convertiría en la Ley N°21.050, donde se expresa que uno de sus propósitos es “contribuir al fortalecimiento de la función pública, mejorando las condiciones de empleo y comprometiéndose con un Estado al servicio de los ciudadanos y del interés general del país”, puesto antes de esta ley la calificación de la salud del funcionario, como irrecuperable o incompatible para el cargo, era realizada por el jefe superior del servicio, esto es, una persona no experta en salud ocupacional, por lo que en definitiva se propuso modificar el artículo 151 de la Ley N° 18.834 y el artículo 148 de la Ley N°18.883, en orden a que tal incompatibilidad fuese declarada por la COMPIN respectiva, esto es, por un órgano técnico.

Acota que de lo anterior fluye que la intención legislativa, al momento de establecerse la obligatoriedad del informe previo de la COMPIN, es que resulta vinculante para el servicio público y, en este sentido, de declararse que la salud es recuperable, no es posible aplicar la causal del artículo 151 del Estatuto Administrativo.

Añade que ordenamiento jurídico vigente no considera una etapa previa a la dictación del acto terminal del jefe superior del



servicio, en la que el funcionario afectado pueda ser oído y ejercer su defensa, pues no todas las situaciones son idénticas, de modo que la autoridad debe ser especialmente diligente en la fundamentación del ejercicio de una potestad discrecional.

Refiere vulneración de las garantías constitucionales dispuestas en el artículo 19 n° 24, n° 2, n° 3 y n° 9 de la Constitución Política de la República por cuanto posee un derecho incorporal sobre el cargo; el mero hecho de presentar días de licencia no es fundamento de la decisión gravosa en la vida de una persona lo que afecta su igualdad, dignidad y derechos; no se le permitió una adecuada defensa de sus derechos en sede administrativa, de forma previa, no respetando la idea del procedimiento e investigación racionales y justos, considerando la situación actual de otros funcionarios en las mismas condiciones y el hecho de que un funcionario esté con licencia por más de seis meses no es por decisión propia, contradiciendo las normas impugnadas el válido reconocimiento de esta garantía de protección de la salud.

Finaliza solicitando se deje sin efecto la Resolución TRA N° 263/45/2020 del Servicio Nacional de Menores de fecha 17 de agosto de 2020 y tomada de razón por la Contraloría General de la República con fecha 26 de agosto de 2020, que declaró vacante su cargo, y reestablecer el imperio del derecho, con costas.

A folio 7, la recurrida evacua su informe, pidiendo el rechazo del recurso.

Indica que la recurrente ingresó al Servicio con fecha 3 de febrero de 1992, bajo la calidad jurídica a contrata, Grado 26° E.U.S., Escalafón Administrativo, para desempeñarse en la CREAD Belén, Centro de Administración Directa, dependiente de la Dirección Regional de la Araucanía del SENAME y que actualmente la funcionaria tiene asignado el Grado 13° E.U.S., para desempeñar funciones de Educador de Trato Directo Rotativo.

Refiere que la potestad ejercida por la autoridad, se encuentra regulada en el Estatuto Administrativo Ley N°18.834 que en su



artículo 3 letra c) que regula el empleo a contrata y su carácter transitorio limitado por el tiempo y las necesidades del servicio.

Apunta que en el caso de la actora, aquella pertenecía a la dotación a contrata del servicio, bajo la cláusula expresa de “mientras sean necesarios sus servicios”.

Agrega que entre el periodo que va de marzo de 2018 a octubre de 2019, la recurrente hizo uso de licencias médicas por un total de 207 días, a lo que deben sumarse las numerosas licencia presentadas con anterioridad, entre mayo de 2013 a abril de 2017, por un total de 212 días, lo que demuestra que el estado de salud de la ex funcionaria no resultaba acorde al adecuado cumplimiento de sus funciones, lo que produce gran perjuicio para la institución puesto que es necesaria la presencia del funcionario para responder a las necesidades inmediatas y mediatas de los niños y niñas que se encuentran bajo el cuidado del Servicio Nacional de Menores.

Menciona que es por lo anterior que Servicio por medio del Oficio N° 573, de 28 de febrero de 2020, de esa Dirección Nacional, remitió una solicitud a la Subcomisión de Medicina Preventiva e Invalidez de Cautín, de la Región de la Araucanía, para que dicha instancia procediera a evaluar los antecedentes de salud de la servidora, determinando si su salud era irrecuperable, o bien, incompatible con el desempeño del cargo, ello conforme lo dispuesto en los artículos 146, 150, 151 y 152 del DFL N° 29 de 2004 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Lev N° 18.834. sobre Estatuto Administrativo.

Acota que Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), por medio de la Resolución Exenta1 N° CC7-5781, de 12 de junio de 2020, (emitida propiamente por la Subcomisión de Medicina Preventiva e Invalidez de Cautín), expidió dictamen respecto de la materia consultada por el SENAME, pronunciamiento que es resultado del acuerdo de la Comisión de Discapacidad consignada en el Acta N° 30, de la misma fecha y de la evaluación de los antecedentes



médicos y administrativos efectuados por la COMPIN en el periodo correspondiente al 01 de marzo de 2018 al 28 de febrero de 2020, en el cual concluye que: "...Ana Elizabeth Espinoza Saldaña, RUN N° 10.352.777-5, adolece de un estado de salud recuperable, lo que se deja establecido para los fines estatutarios correspondientes."

Menciona que la servidora cesó en su cargo por aplicación de la causal de cese consignada en el artículo 146, letra c), en relación a lo dispuesto por los artículos 150, letra a), 151, y 152, del Estatuto Administrativo, causal que por tanto se encuentra contenida y regulada en la Ley, conteniendo el acto de desvinculación fundamentos de hecho y derecho, y siéndole legalmente notificado, a fin de que la ex servidora afectada pudiese accionar, según estimase conveniente a sus derechos y que la decisión fue adoptada considerando las licencias presentadas y las que fueron extendidas mientras se evaluaba su cese, además se consideró la naturaleza imprescindible de las funciones que cumple y el acotado presupuesto asignado para reemplazo por licencias médicas conforme la Ley de Presupuesto, haciendo en definitiva uso de una potestad reglada atributiva a la Superioridad del Servicio.

Arguye que el artículo 146 del Estatuto Administrativo, considera como una de las causales de cese de funciones, la declaración de vacancia del cargo, siendo dable precisar que, por disposición del artículo 150 del mismo texto normativo, la declaración de vacancia procederá por salud irrecuperable y/o incompatible con el desempeño del cargo. A su vez, el artículo 151, inciso primero, del Estatuto Administrativo, establece que el Jefe Superior del Servicio, podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, respecto de un funcionario, el haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable. Luego el inciso tercero del citado artículo 151 -incorporado por el artículo 63 de la ley N° 21.050, dispone que "El jefe superior del servicio, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a



la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo."

Acota que de la normativa anterior fluye que el Jefe del Servicio tiene la potestad para declarar la vacancia por salud incompatible y que la modificación al artículo 151 incorporado por la Ley 21.050, introdujo una exigencia a la Autoridad Administrativa para su declaración, cual es el recabar el pronunciamiento de la COMPIN respectiva, lo cual constituye un requisito formal que no es vinculante, y por ende la declaración de salud recuperable no implica necesariamente compatibilidad con el servicio.

Por otro lado, señala que la trayectoria de la ex servidora, la que se remonta al año 1992, configurándose en su favor el principio de confianza legítima, tampoco constituye óbice para cesar su cargo, si la autoridad, cumpliendo los requisitos legales, pondera y decide que la salud de un servidor, no es compatible con el desempeño del cargo.

En conclusión refiere que la decisión tiene sustento en el artículo 151 del Estatuto Administrativo, y que fue tomada en consideración a la cantidad de licencias extendidas, las funciones imprescindibles que cumplía la recurrente y el escaso presupuesto para contratar suplencia.

En cuanto a las garantías conculcadas y en relación al artículo 19, N°2, esto es "Igualdad ante la Ley", alega que el cargo de la recurrente es a contrata y por ende transitorio, que se le aplicó la normativa que regula la forma de término en cuestión, como se efectúa con todos aquellos funcionarios que se encuentran en igual situación que la recurrente, en calidad de contrata y con un plazo máximo de duración el 31 de diciembre de 2020 o "mientras sean necesarios sus servicios", agregando que la recurrida no presentó recurso alguno en sede administrativa.

En cuanto a lo estipulado en artículo 19, N° 3 incisos 1, 2 y 6, de la Constitución Política de la República, expresa que la actora



no ejerció sus derechos por medio de un recurso de reposición o de reclamación ante el Ente Contralor.

En relación al del artículo 19 N° 9, del texto constitucional, menciona que no se le impide el acceso a las acciones de recuperación de su salud, ni se la discrimina ante otros servidores para dicho fin, sino que únicamente se ejerce una facultad que el ordenamiento jurídico le franquea a la recurrida.

Por último, en cuanto a la garantía establecida en el artículo 19 N° 24, de la Carta Fundamental, refiere que se trata de un cargo a contrata, transitorio y que no se explica de qué forma se afecta dicha garantía.

Se ordenó traer los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, a través del presente recurso de protección, se impugna la dictación de la Resolución TRA N° TRA N° 263/45/2020, del Servicio Nacional de Menores de fecha 17 de agosto de 2020 y tomada de razón por la Contraloría General de la República el 26 de agosto de 2020, que declaró vacante el cargo de la recurrente, que en su parte decisoria, disponer: “RESUELVO: DECLÁRESE VACANTE POR SALUD INCOMPATIBLE, a contar de la notificación de la total tramitación del presente acto administrativo, por haber hecho uso de licencias médicas por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los dos últimos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable, al cargo servido por: 1) Don(a) ANA ELIZABETH ESPINOZA SALDAÑA, R.U.N. 10352777-5, ADMINISTRATIVO, grado 13° ESCALA ÚNICA DE SUELDOS, Contrata, del SERVICIO NACIONAL DE MENORES”, decisión que en concepto de la actora resulta ilegal y arbitraria, vulnerando los derechos constitucionales que detalla en su libelo.

SEGUNDO: Que, de los antecedentes allegados al recurso, resultan ser hechos indubitados, los que siguen:



a) Que la recurrente, doña ANA ELIZABETH ESPINOZA SALDAÑA, ingresó al Servicio Nacional de Menores con fecha 03 de febrero del año 1993, desempeñándose como educadora de trato directo.

b) Que la misma, hizo uso de licencia por enfermedad o accidente común por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los dos últimos a dos años, (207 días), sin mediar una declaración de salud irrecuperable.

c) Que con fecha 12 de junio del 2020, la Comisión de Medicina Preventiva (COMPIN) emitió la Resolución Exenta N° CC7-5781, declarando la recuperabilidad laboral de la recurrente.

d) Que a través de la Resolución TRA N° 263/45/2020 del Servicio Nacional de Menores, de 17 de agosto de 2020, se puso término a la relación funcionaria, al declararse la vacancia del cargo que desempeñaba la recurrente por salud incompatible.

TERCERO: Que, el artículo 63 de la Ley N° 21.050, agregó un inciso tercero al artículo 151 del Estatuto Administrativo del siguiente tenor: “El jefe superior del servicio, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo”.

En términos casi idénticos, el artículo 64 del mismo texto legal incorporó un inciso tercero nuevo al artículo 148 de la Ley N° 18.883 que aprueba el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales: “El alcalde, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo”.

CUARTO: Que, asimismo, resulta de interés considerar lo dispuesto en el artículo 72 bis, de la Ley N° 19.070, que contiene el



Estatuto Docente, norma que fue introducida por la Ley N° 21.093, publicada el 23 de mayo de 2018. Antes de su dictación, sobre la causal en comento el artículo 72 del Estatuto Docente, preceptuaba: “Los profesionales de la educación que forman parte de una dotación docente del sector municipal, dejarán de pertenecer a ella, solamente, por las siguientes causales: h) Por salud irrecuperable o incompatible con el desempeño de su función en conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.883.

Se entenderá por salud incompatible, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, exceptuando las licencias por accidentes del trabajo, enfermedades profesionales o por maternidad”.

La Ley N° 21.093 eliminó el párrafo segundo de la disposición transcrita e intercaló un nuevo artículo 72 bis, que establece: “El alcalde podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, a que se refiere la letra h) del artículo 72, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.

No se considerarán para el cómputo de los seis meses señalados en el inciso anterior las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 114 de la ley N° 18.883 y el Título II del Libro II del Código del Trabajo.

El alcalde, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del profesional docente respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo.

La facultad señalada en este artículo será ejercida por el Director Ejecutivo del Servicio Local de Educación Pública a partir de la fecha en que sea traspasado el respectivo servicio educacional de conformidad a la ley N° 21.040”.



Por último, el artículo 48 letra g) de la Ley N° 19.378 que establece el Estatuto de Salud Primaria de Atención Municipal prescribe: “Los funcionarios de una dotación municipal de salud dejarán de pertenecer a ella solamente por las siguientes causales: g) Salud irrecuperable, o incompatible con el desempeño de su cargo, e conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.883”.

QUINTO: Que, la Excma. Corte Suprema, entre otras, en sentencias dictadas en causas Rol 122.198-2020; 122.199; 76.761-2020 y 104.498-2020, ha sostenido que existe la debida correspondencia y armonía entre las Leyes N° 18.834, N° 18.883, N° 19.070 y N° 19.378, en lo que atañe al procedimiento y a las causales de cesación en el cargo, en aquellos casos en que un empleado público ha hecho uso de licencias médicas en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses, en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable; circunstancia que no sólo obedece a la necesaria unidad, consistencia y plenitud a la que debe aspirar todo sistema jurídico, sino que evidencia una intención del legislador -plasmada en las Leyes N° 21.050 y N° 21.093- en orden a resguardar debidamente a los funcionarios públicos y a los profesionales de la Educación que desempeñan una función pública.

SEXTO: Que, conforme se expresa en las causas de la referencia por parte del Máximo Tribunal, el mensaje presidencial que inició la tramitación del proyecto que se convertiría en la Ley N° 21.050, expresa que uno de sus propósitos es “contribuir al fortalecimiento de la función pública, mejorando las condiciones de empleo y comprometiéndose con un Estado al servicio de los ciudadanos y del interés general del país” (https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7243/HLD_7243_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf).

Antes de la Ley N° 21.050, uno de los reproches a la legislación vigente a esa fecha radicaba en que la calificación de la salud del funcionario, como irrecuperable o incompatible para el cargo, era



realizada por el jefe superior del Servicio, esto es, una persona no experta en salud ocupacional. En efecto, al alero de la antigua normativa, el Tribunal Constitucional sostenía que “la mera circunstancia de haber hecho uso de licencias médicas por más de seis meses en los últimos dos años no habilita por sí sola al Jefe superior del servicio para considerar que el funcionario que ha disfrutado de ellas tenga salud incompatible con el desempeño del cargo que le corresponde, sino cuando ellas sean indicativas que el afectado no podrá recuperar el estado de salud que le permite desempeñar el cargo”(STC Rol 2024-11-INA, de 13 de diciembre de 2012).

Del mismo modo, expresó que “no basta para fundamentar la declaración de salud incompatible con el cargo el solo hecho de haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, y que, de existir efectivamente un estado de salud en el funcionario afectado que le impida desempeñar el cargo, ella es constitutiva de falta de idoneidad personal -que no es ciertamente culposa- para continuar en su trabajo, circunstancia que, al igual que ocurre con la capacidad, la Carta Fundamental contempla específicamente como factor de diferenciación en materias laborales, al aludir de modo expreso a la “idoneidad personal” (STC 3006-16-INA, de 29 de septiembre de 2016).

Por este motivo, el Ejecutivo propuso modificar el artículo 151 de la Ley N° 18.834 y el artículo 148 de la Ley N° 18.883, en orden a que tal incompatibilidad fuese declarada por la Compin respectiva, esto es, por un órgano técnico cuya función consiste en desarrollar prestaciones médico-administrativas para constatar, evaluar, declarar o certificar el estado de salud, la capacidad de trabajo o recuperabilidad de los estados patológicos permanentes o transitorios de los trabajadores, con el objetivo de permitir la obtención de beneficios estatutarios y laborales.

En conformidad a lo señalado, en el texto final quedó consignado que el pronunciamiento incluirá “la evaluación del



funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo”.

SÉPTIMO: Que, de lo expuesto, fluye que la intención legislativa, al momento de establecerse la obligatoriedad del informe previo de la Compín, fue que un organismo técnico estudiara los antecedentes del funcionario, a fin de determinar si su salud resulta o no recuperable, pronunciamiento que al emanar del órgano administrativo competente al efecto, resulta vinculante para el servicio público y; en este sentido, de declararse que la salud es recuperable, no es posible aplicar la causal del artículo 151, del Estatuto Administrativo.

OCTAVO: Que, en efecto, y al tenor de lo sostenido por la Excma. Corte Suprema en las causas antes citadas, la anterior es la única interpretación que, por un lado, materializa la intención del legislador y, por otro, permite dar sentido a la dictación de la Ley N° 21.050, puesto que -de otra forma- aun cuando el organismo técnico hubiere emitido un pronunciamiento, se permitiría que la autoridad administrativa no especializada resolviera en contrario, dejando desprovisto de todo fundamento el establecimiento de un informe obligatorio en relación a la irrecuperabilidad de la salud del funcionario.

NOVENO: Que, por otro lado, ha de tenerse presente que las disposiciones relativas a la salud incompatible como causal de declaración de vacancia del cargo, difieren de los criterios adoptados en otros cuerpos normativos en relación con la autorización de las licencias médicas de los trabajadores y la eventual declaración de invalidez. Así, por ejemplo, el artículo 30 del Decreto Supremo N° 3 de 1984, del Ministerio de Salud, dispone que “completadas cincuenta y dos semanas continuadas de licencia o reposo, corresponderá a la Compín autorizar una ampliación de hasta seis meses más, previo su pronunciamiento acerca de la recuperabilidad del trabajador”. Agrega la norma que “cumplidas setenta y ocho semanas de licencia, la



Compin podrá autorizar nuevas licencias médicas, en el caso de enfermedades que tengan un curso prolongado y requieran una recuperación de más largo plazo”. Es decir, mientras el Estatuto Administrativo habilita a un jefe de servicio, no necesariamente experto en la ciencia médica, para declarar la salud incompatible con el cargo por el uso de licencias médicas, en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, otras normas del ordenamiento posibilitan que existan licencias continuas hasta por un año, al cabo del cual, previo pronunciamiento sobre la recuperabilidad por un órgano experto, pueden extenderse por un tiempo mayor.

DÉCIMO: Que, de otro lado, el ordenamiento jurídico vigente no considera una etapa previa a la dictación del acto terminal del jefe superior del Servicio, en la que el funcionario afectado pueda ser oído y ejercer su defensa, pues no todas las situaciones son idénticas por lo que la autoridad debe ser especialmente diligente en la fundamentación del ejercicio de una potestad discrecional, que no por ello se encuentra exenta, claro está, del control jurisdiccional cuando la misma se ha ejercido al margen de la legalidad o de manera arbitraria, sin expresión de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirven de fundamento.

Es en este contexto que, a juicio de estos sentenciadores y siguiendo así el criterio expresado por el Máximo Tribunal en las causas de la referencia, más allá que efectivamente la supuesta incompatibilidad con las labores debe fundarse en antecedentes técnicos, que determinan que necesariamente la Compin debió evaluar además tal circunstancia, lo cierto es que la sola declaración de recuperabilidad de la salud sin evaluación de la compatibilidad con el cargo, determina la interdicción del ejercicio de la facultad concedida al Jefe de Servicio para declarar la vacancia del cargo.

UNDÉCIMO: Que, como se refirió antes, a través de la Resolución Exenta N° CC7-5781, la Compin declaró que la salud de la actora es recuperable, acto administrativo que se encuentra firme.



Con ello, fluye la ilegalidad de la actuación de la recurrida, puesto que se declaró terminado el vínculo estatutario sin cumplir con el presupuesto legal del artículo 151 de la Ley N° 18.834, todo lo cual se traduce en una vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente, contemplados en los numerales 2 y 24 artículo 19 de la Constitución.

Por tales consideraciones, citas legales y lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara:

Que, se **ACOGE, sin costas**, el deducido por doña ANA ELIZABETH ESPINOZA SALDAÑA, en contra del Servicio Nacional de Menores, representado por su Directora doña Claudia de la Hoz Carmona y en consecuencia se deja sin efecto la Resolución 263/45/2020 del Servicio Nacional de Menores de fecha 17 de agosto de 2020 y se ordena que la recurrida deberá reincorporar a la recurrente en su cargo y proceder al pago de todas las remuneraciones y estipendios correspondientes, debidamente reajustados, hasta la culminación del periodo a contrata vigente al momento de dictarse el acto recurrido.

Decisión acordada contra el voto de la Ministra Cecilia Aravena López, quien fue de parecer de rechazar el recurso de protección en virtud de los siguientes fundamentos:

1.- Que constituyen hechos no discutidos, los que se expresan en el raciocinio segundo del presente fallo.

2.- Que para resolver, se hace necesario diferenciar entre salud incompatible y salud irrecuperable de un funcionario, situaciones jurídicas que son tratadas de manera diferenciada por el legislador.

Así, el artículo 146 de la Ley N° 18.834 dispone: *“El funcionario cesará en el cargo por las siguientes causales: (...) c) Declaración de vacancia”*. Por su parte, el artículo 150 establece: *“La declaración de vacancia procederá por las siguientes causales: a) Salud*



irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo (...)”. A su vez, el artículo 151 prescribe: “El Jefe superior del servicio podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable. No se considerará para el cómputo de los seis meses señalado en el inciso anterior, las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 115 de este Estatuto y el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.

El jefe superior del servicio, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo”.

Por último, el artículo 152 prescribe: “Si se hubiere declarado irrecuperable la salud de un funcionario, éste deberá retirarse de la Administración dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que se le notifique la resolución por la cual se declare su irrecuperabilidad. Si transcurrido este plazo el empleado no se retirare, procederá la declaración de vacancia del cargo.

A contar de la fecha de la notificación y durante el referido plazo de seis meses el funcionario no estará obligado a trabajar y gozará de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo, las que serán de cargo del empleador”.

3.- Que, como se advierte, para que tenga lugar la declaración de vacancia en el cargo por salud incompatible deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- a) Que el funcionario haya hecho uso de licencias médicas por un lapso superior a seis meses, sean continuas o no;
- b) Que las licencias tengan lugar en los dos últimos años;



c) Que la licencia no tenga como causa accidentes en actos de servicios, enfermedades profesionales y aquellas referidas a la protección a la maternidad;

d) Que la salud del funcionario haya sido declarada recuperable por la Compin competente.

4°.- Que desde esa perspectiva, no puede sino estimarse que la recurrida ha hecho uso de una potestad que le otorga la ley, desde que el acto tachado de ilegal y arbitrario cumple con las exigencias previstas en la ley, aparece suficiente fundado y la medida impuesta ha sido establecida por la ley en forma previa a los hechos en que se funda.

Así, entonces, resulta que el acto impugnado no es ilegal, por cuanto se funda en lo dispuesto en los artículos 146 letra c), 150 letra a) y 151 de la Ley N° 18.834; y tampoco es arbitrario, toda vez que expresa las razones por las que se arriba a la conclusión que la salud de la recurrente es incompatible con el cargo que sirve, cumpliendo con el estándar de fundamentación exigido por los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, constatándose que la recurrida se ha limitado a ejercer una facultad discrecional sin que se divise ilegalidad ni arbitrariedad en su ejercicio, motivo por el cual el recurso de protección no puede ser acogido.

5°.- Que finalmente, no resulta posible soslayar que el acto impugnado se limita a dar cumplimiento a la interpretación que de los señalados preceptos legales ha realizado la Contraloría General de la República a través del Dictamen N° 17.351 de 2018, jurisprudencia administrativa que es vinculante para la Administración activa, conforme con lo dispuesto en los artículos 9 y 19 de la Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

Redacción a cargo de la Ministra A. Cecilia Aravena López.

Rol N° Protección-9549-2020 (pvb).





XLTOXPLPNI

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, integrada por su Presidenta Ministra Sra. Cecilia Aravena López, Ministra (S) Sra. Cecilia Subiabre Tapia y Fiscal Judicial Sr. Juan Santana Soto. Se deja constancia que la Ministra Sra. Cecilia Aravena López no firma la sentencia que antecede, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse ausente.

En Temuco, a diecinueve de febrero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>