

Santiago, nueve de agosto de dos mil veintidós.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de veintiuno de julio de dos mil veintidós.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Matus, quien estuvo por revocar la sentencia impugnada y, en definitiva, rechazar la acción de protección intentada, teniendo en especial consideración:

1º) Que, para el éxito de una acción cautelar como la intentada, el artículo 20 de la Constitución Política de la República exige la existencia de un acto y omisión ilegal o arbitrario de la recurrida que prive, perturbe o amenaza a la recurrente en el ejercicio de los derechos constitucionales que allí se señalan taxativamente.

2º) Que, por tanto, se debe analizar, en primer lugar, si el acto recurrido es ilegal, esto es, se ha dictado contraviniendo la legislación vigente o excediendo las facultades y competencias conferidas por esta al recurrido; o si, no siéndolo, es arbitrario, por ser fruto de un mero capricho sin fundamento, o de un abuso o desvío de poder.

3º) Que, al respecto, los jefes de servicios y los alcaldes tienen la facultad legal de declarar la vacancia por "*salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo*", según disponen los artículos 150, letra a) y 147, letra a) de las leyes N° 18.834 y N° 18.883.



Tratándose de la declaración de vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo, el inciso primero artículo 151 del Estatuto Administrativo dispone: "Artículo 151.- *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.*" Y su inciso tercero agregado por el artículo 23 de la Ley N° 21.050, añade: "*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.*" Idénticas exigencias se establecerán en los incisos primero y final del artículo 148 de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales.

Y ambos cuerpos legales establecen, para el caso de que la salud del funcionario sea declarada irrecuperable, una regla especial de retiro y otra de pago de remuneraciones: "*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” (artículo 152 Estatuto Administrativo y 149 Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales).

Idénticas disposiciones, respecto de los profesionales sujetos al Estatuto Docente, contemplan los artículos 72 bis y 72 término la Ley N° 19.070.

4°) Que, en consecuencia, a juicio de este disidente, esos tres cuerpos legales distinguen entre la declaración de vacancia por salud irrecuperable de aquella dispuesta por salud incompatible con el desempeño del cargo, más allá de las diferencias semánticas entre lo irrecuperable (lo que no se puede recuperar) y lo incompatible (lo que no puede estar, funcionar o coexistir sin impedimento de otra cosa).

En efecto, según los textos citados, la declaración de vacancia por salud irrecuperable solo puede fundamentarse en un antecedente médico que así lo establezca, emitido por las autoridades técnicas establecidas al efecto y que, eventualmente, habilita al funcionario para solicitar su jubilación anticipada por invalidez. Ello permite que, excepcionalmente, una vez notificada la declaración del



irrecuperabilidad, se pague al funcionario sus remuneraciones durante seis meses, sin necesidad de presentar licencia médica ni de desempeñar sus funciones, lapso tras el cual se procederá a declarar la vacancia del cargo, salvo retiro o jubilación anticipada del funcionario.

En cambio, la declaración de vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo no otorga ninguno de esos beneficios pues, como expresan los textos legales citados, ella se dispone "*sin mediar declaración de salud irrecuperable*" o, lo que es lo mismo, cuando la autoridad técnica establece que su salud es recuperable. Aquí, la incompatibilidad con el desempeño del cargo se traduce en el hecho de que, salvo excepciones legales como el diagnóstico de cáncer y la protección de la maternidad, cualquiera sea la enfermedad que padezca el funcionario, y a pesar de ser recuperable, su condición médica resulta incompatible con el desempeño de la función pública, al no permitirle ejercer su cargo por más de seis meses dentro de un lapso de dos años.

5°) Que a lo dicho anteriormente no se opone, a juicio de este disidente, la reforma operada por la Ley N° 21.050, de 2017, que otorgó el reajuste de remuneraciones, entregó otros beneficios a los empleados públicos y modificó diversos cuerpos legales, entre otros, los artículos 151 y 148 del Estatuto Administrativo y del Estatuto



Administrativo de los Funcionarios Municipales, respectivamente, agregando sus actuales incisos finales, ni la operada en el Estatuto Docente por la Ley N° 21.093, de 2018, que replicó para esa clase de profesionales lo dispuesto en la normativa general antes citada. Ello por cuanto, en primer término, los legisladores no modificaron —pudiendo hacerlo— el inciso primero de dichos artículos, que establece, en su literalidad, la facultad de declarar la vacancia del cargo por salud incompatible con su desempeño, *“sin mediar declaración de irrecuperabilidad”*.

En segundo término, dichas reformas profundizaron en la necesidad de un examen técnico previo que permitiera distinguir, por sus diferentes efectos ya señalados, entre el caso de una salud irrecuperable y el de la recuperable, pero incompatible —objetivamente— para el desempeño de un cargo público.

Y, en tercer lugar, porque al estudiarse la historia de la Ley N° 21.050, nada de lo que allí se expresa hace referencia a la causal de vacancia por salud incompatible con el desempeño en el cargo, causal que no es mencionada ni una sola vez en la discusión parlamentaria, sino que ella se refiere, en cambio, a la necesidad de exigir un informe técnico para declarar la vacancia en el cargo por salud irrecuperable, como se expresa en su Mensaje: *“La presente iniciativa legal modifica el Estatuto Administrativo de la ley N° 18.834 y el Estatuto*



Administrativo de los Funcionarios Municipales de la ley N° 18.883, estableciendo que los jefes superiores de servicio y los Alcaldes deberán 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, para poder declarar la vacancia del mismo."

6°) Que a estas mismas conclusiones ha llegado el Dictamen de la Contraloría General de la República, N°E188441, de 24 de abril de 2022, que ratifica el criterio expuesto en el dictamen N° 17.351, de 2018, que concluyó que las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.050 no derogaron la causal de vacancia en el cargo por salud incompatible, la que puede declararse, en el evento de que la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez -COMPIN- estime que la salud del funcionario es recuperable, si se configura la causal objetiva de haberse hecho uso de licencia médica por más de seis meses en dos años, al tenor de lo dispuesto en los artículos 151 de la Ley N°18.834 y 148 de la Ley N°18.883.

7°) Que dicho Dictamen y el de 2018 no han sido declarados ilegales o contrarios a la Constitución, por lo que están revestidos de la presunción de legalidad de todo acto administrativo y, además, son obligatorios para los funcionarios públicos en los casos a que se refieren, de



conformidad con el inciso final del artículo 9° de la Ley orgánica del ente Contralor.

8°) Que, por otra parte, en estos autos, no se ha demostrado la existencia de una arbitrariedad, pues el acto impugnado se fundamenta en la declaración previa de salud recuperable de la recurrente y en el hecho acreditado de haber hecho uso de licencias médicas por 191 días en dos años, dejando de cumplir con sus funciones por más de seis meses.

9°) Que tampoco se han alegado antecedentes que permitan concluir la existencia de un acto que constituya abuso o desviación de poder de parte de la autoridad recurrida.

10°) Que, finalmente, no está de más recordar que, en virtud del principio de servicialidad, es también deber de los jefes de los servicios velar por la continuidad de la prestación de los mismos para la satisfacción de las necesidades colectivas que justifican su existencia, razón por la cual, no mediando abuso o desviación de poder, no es ilegal ni arbitraria la declaración de vacancia de un cargo por salud incompatible de quien lo sirve, de manera que dicho cargo sea proveído en forma y oportunamente para cumplir con la función pública encomendada.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 51.021-2022.





Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E., Jean Pierre Matus A. Santiago, nueve de agosto de dos mil veintidós.

En Santiago, a nueve de agosto de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

