

Santiago, trece de septiembre de dos mil veintitrés.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los fundamentos que razonan en el sentido de rechazar la acción constitucional los que se eliminan.

**Y se tiene en su lugar y, además, presente:**

**Primero:** Que, a través del presente recurso de protección, se impugna la dictación de la Resolución que declara vacante el cargo de la recurrente, al registrar más de 6 meses de licencia médica en los últimos 2 años.

**Segundo:** Que, es indispensable recordar, primeramente 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".*

**Tercero:** *Que, asimismo, resulta de interés, a estos efectos, tener presente 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, de conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.883".

**Cuarto:** Que, esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias dictadas en causas Roles Nos 122.198-2020;



122.199-2020; 76.761-2020; 104.498-2020 y 28.666-2021, 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.

**Quinto:** Que, conforme se expresa en las causas citadas en el basamento que antecede, 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/72\\_43/HLD\\_7243\\_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/72_43/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 Compín 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"*.

**Sexto:** 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 técnico 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.

**Séptimo:** Que, en efecto, y al tenor de lo sostenido por esta 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.

**Octavo:** 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 Compin autorizar una ampliación de hasta seis meses más, previo su pronunciamiento acerca de la recuperabilidad del trabajador".*

Agrega el precepto 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.

**Noveno:** Que, por otra parte, 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, lo 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, 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.

**Décimo:** Que, como se refirió antes, 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 del recurrido, 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 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Por estos fundamentos y lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada, y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido en favor de la parte



recurrente, por lo que se deja sin efecto la resolución que declara vacante el cargo, disponiéndose que la recurrida debe reincorporar a la actora a sus funciones y proceder al pago de todas las remuneraciones y estipendios correspondientes, debidamente reajustados, entre la fecha de la separación y la de su efectivo reingreso.

Acordada con el **voto en contra** del Abogado Integrante señor Alcalde, quien estuvo por confirmar la sentencia impugnada y, en definitiva, rechazar la acción de protección intentada, teniendo en especial consideración:

**Primero:** 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.

**Segundo:** 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.



**Tercero:** 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.º 18.834 y N.º 18.883, respectivamente.

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.º 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.º 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 ter de la Ley N.º 19.070.

**Cuarto:** 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 sólo 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.

**Quinto:** Que a lo dicho anteriormente no se opone, a juicio de este disidente, la reforma operada por la Ley N.º 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.º 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.º 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.º 18.834 y el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales de la ley N.º 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.”

**Sexto:** Que a estas mismas conclusiones ha llegado el Dictamen de la Contraloría General de la República, N.ºE188441, de 24 de abril de 2022, que ratifica el criterio expuesto en el dictamen N.º17.351, de 2018, que concluyó que las modificaciones introducidas por la Ley N.º 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.

**Séptimo:** 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.

**Octavo:** 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 un término que excede los 180 días en dos años, dejando de cumplir con sus funciones por más de seis meses.

**Noveno:** 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.





**Décimo:** 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° 167.324-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Angela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y el Abogado Integrante Sr. Enrique Alcalde R. Santiago, 13 de septiembre de 2023.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a trece de septiembre de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



