

Rancagua veintiuno de diciembre de dos mil veintitrés

VISTOS:

Con fecha 29 de septiembre del año 2023, comparece don \_\_\_\_\_, abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, domiciliado en Calle Rubio 285 oficina 606, comuna de Rancagua, en representación, de don \_\_\_\_\_, cédula nacional de identidad N° \_\_\_\_\_, enfermero, domiciliado para estos efectos en comuna de Rancagua, y viene en deducir recurso de protección en contra del Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins RUT 61.602.138-9 representado legalmente por su directora doña Paula Médico Internista, ambos domiciliados en Avenida Libertador Bernardo O`Higgins N ° 611, de nuestra ciudad Rancagua, Región del Libertador Bernardo O'Higgins, en virtud de los fundamentos de hecho y derecho que en su presentación expuso.

Indica que su representado con fecha 30 de agosto del presente año fue notificado en su domicilio a través de carta certificada de la Resolución Tra N°110355/9/2023 de fecha 8 de agosto de 2023, en la que el Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins, declara vacante su cargo, bajo el fundamento de "salud incompatible, por haber hecho uso de licencia médica por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los dos últimos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable".

Explica que el recurrente ingresó a prestar servicios en el Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins el día 8 de Julio de 2016, específicamente a la Unidad de Emergencia Hospitalaria, posterior a haber realizado su práctica profesional en el mismo servicio en enero del año 2016. Desde su ingreso hasta el año 2021 se desempeñó sin problema alguno en su función, teniendo una conducta intachable, incluso trabajando durante la pandemia por COVID-19.

Relata que a finales del año 2021 su representado se vio afectado en su vida personal, repercutiendo en la vida laboral, pues tuvo dos intentos de autolisis llevados a cabo en el mes de octubre de 2021 y el segundo intento en el mes de Julio de 2022. Ante la situación anteriormente descrita, se emiten licencias médicas por periodos prolongados de tiempo, periodos durante el cual se le diagnostica a su representado Trastorno Límite de la Personalidad (TLP) y depresión, enfermedades que fueron tratadas de forma convencional y alternativa a fin de poder volver a encontrarse sano y retomar de la mejor manera su vida.

Añade que en abril del presente año se reintegra a su trabajo en Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins, siendo sancionado, por el hecho ocurrido en Julio de 2022, a través de sumario administrativo con tres meses de suspensión y recibiendo el 50% de su remuneración mensual.

Posterior a la sanción administrativa, vuelve a reintegrarse a su trabajo el día 5 de Julio del presente año, y en dicho momento le informan que a pesar de que COMPIN había declarado su salud como recuperable, su cargo sería puesto en vacancia por salud incompatible con el mismo.

Además, se le informa que dentro de un plazo de 5 días hábiles podía realizar sus descargos a la directora del Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins, siendo dichos descargos rechazados.

Finalmente, el día 30 de agosto del presente año, se le notifica representado mediante carta certificada, que a contar de la fecha de notificación, es decir el 30 de agosto de 2023, por resolución TRA N°110355/9/2023 del 08 de agosto de 2023, se declaraba su cargo vacante por salud incompatible por haber hecho uso de licencia médica por un lapso continuo o discontinuo por un lapso superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.

Arguye que la resolución, resulta ser un acto ilegal y arbitraria toda vez que para fundamentar la declaración de salud incompatible con el cargo solo se estuvo al hecho de haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, considerando ese único hecho como suficiente, según se desprende de la resolución aludida, para determinar la falta de idoneidad personal de su representado, no obstante ello no habilita al Jefe Superior del Servicio para determinar per-se que este tiene salud incompatible con el cargo, lo que se desprende claramente de lo dispuesto en la Ley 21.050.- que modificó el artículo 151 de la Ley 18.834 agregando un tercer inciso que introdujo la obligatoriedad de solicitar un informe previo de la COMPIN, cuya intención legislativa fue la de que un organismo técnico revisara y estudiara los antecedentes médicos del funcionario con el objeto de determinar si la salud de este es o no recuperable, resultando dicho pronunciamiento emanado del órgano técnico (COMPIN) vinculante para el Servicio, por lo tanto de existir un pronunciamiento que declara la salud de mi representado como recuperable, como sucede en la especie con la Resolución de Evaluación folio N° 16345296 de fecha 31 de mayo de 2023 emitida por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, no es posible aplicar la causal del artículo 151 de la Ley 18.834 por el solo hecho de haber hecho uso de licencias médicas continuas o discontinuas por más de 6 meses en un periodo de 2 años como se hizo, evidenciando la ilegalidad del acto por parte de la recurrida al haber declarado la vacancia de su cargo dando con ello término a la relación estatutaria, pese a la existencia del informe de la COMPIN que declaro la salud de mi representado como recuperable.

Previas citas legales solicita en definitiva acoger en todas sus partes el presente recurso ordenando se deje sin efecto la Resolución TRA N°110355/9/2023, del 8 de agosto de 2023 y las que de ella se derivan, emitida por el Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins, debiendo el recurrido reincorporar a su representado a sus mismas funciones y cargo en el Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins, junto con proceder al pago de todas las remuneraciones y estipendios correspondientes, debidamente reajustados entre la fecha de la separación y la de su efectivo reingreso, todo ello sin perjuicio de cualquier otra medida que esta Corte estime pertinente ordenar a objeto de restablecer el imperio del derecho.

Por su parte y con fecha 15 de noviembre compareció la recurrida y procedió a evacuar el respectivo informe indicando que tal como lo expone el recurrente en su presentación, con fecha 8 de Agosto de 2023, se dictó la Resolución TRA N°110355/9/2023 la cual fue tomada de razón por la Contraloría Regional de O'Higgins con fecha 25 de Agosto de 2023, siendo notificada al recurrente

con fecha 30 de Agosto de 2023, la cual en lo medular confirmó en todas sus partes, la Resolución Exenta N°2757 de fecha 5 de junio de 2023, manteniéndose afirme la decisión de la autoridad superior del Establecimiento de declarar la vacancia en el cargo de técnico en grado 22 desempeñado por el recurrente por salud incompatible, esto por haber hecho de uso de licencia médicas por un periodo de 296 días de reposo continuo o discontinuo en los 2 últimos dos años. Dicho acto administrativo fue notificado con fecha 5 de Julio de 2022, respecto del cual la recurrente dedujo recurso de reposición en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos que Rigen Los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, petición que en definitiva fue rechazada por la misma autoridad, ratificándose la decisión mediante el acto administrativo que motivó la presente acción.

Agrega que en el contexto de lo señalado, la motivación y razonamientos que ponderó la autoridad para hacer efectiva aplicar la declaración de vacancia por salud incompatible, del cargo que desempeña el recurrente, se encuadran en los lineamientos Administrativos mandados desde el Gobierno Central a través de la Subsecretaría de Redes Asistenciales en su rol de ser la articuladora y encargada del desarrollo de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Salud para lo cual dictó la Resolución Exenta N°1042 de fecha 14 de Noviembre de 2018 la cual aprobó el "Instructivo sobre gestión del ausentismo laboral por licencia médica curativa con enfoque biopsicosocial". Dicho instructivo en su punto 2 regula un apartado que trata sobre la detección y caracterización oportuna de Ausentismo por Licencia Médica (LM) Curativa, el cual tiene por objeto que los Servicios de Salud y Establecimientos Dependientes monitoreen el ausentismo por Licencia Médica Curativa de sus funcionarios promoviendo desde los Deptos. de Gestión de las Personas la realización de análisis y estudios que permitan identificar patrones de ausencia que requieran una gestión específica, lo anterior con la idea de que el Comité de Ausentismo Laboral que se designe por el estamento correspondiente adopte las medidas administrativas que correspondan según la situación en cada caso. Dicha definición comprendida en el Instructivo, regula las siguientes situaciones:

- Ausentismo de corta duración y reiterado

- Ausentismo prolongado. Este último a su vez comprende dos subpuntos

- a) Ausentismo Prolongado. Criterio social ante enfermedad catastrófica.

- b) Ausentismo asociado a salud o conducta incompatible con el cargo. Aplicación del Art°151 de la ley N°18.834

Señala que el instructivo en este último apartado indica que en caso que se determine que, pese al apoyo y gestión realizada mediante los mecanismos institucionales, los funcionarios/as perpetúen sus Licencias Médicas Curativas, la institución dispondrá administrativamente el inicio del proceso de evaluación respecto del estado de irrecuperabilidad. Acto seguido, hace referencia expresa a lo dispuesto en el actual artículo 151 del DFL N°29 que Fijó el actual texto de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, en el cual fue incorporado un inciso final mediante la ley 21.050 de 2017 el cual reza lo siguiente: "...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."

Luego, el punto concluye "al respecto, precisar que la resolución de evaluación que realice la COMPIN constituirá un antecedente sobre la Irrecuperabilidad de la salud del funcionario/a, ya que, se trata de la valoración que un organismo técnico especializado, realiza acerca de la condición de salud (Dictámenes 6869/marzo y 17351/julio, del año 2018). Por ello, en el evento de que COMPIN informe que la salud es irrecuperable, el jefe superior de servicio deberá abstenerse de declarar la vacancia del cargo por salud incompatible, correspondiendo iniciar el trámite mediante la comisión médica pertinente, a fin de que esta pondere declarar la salud irrecuperable de dicho funcionario.

De caso contrario, si la COMPIN estima que la salud del funcionario es recuperable, el Jefe de Servicio se encuentra facultado para declarar su incompatibilidad con el desempeño del cargo, y resolver la vacancia de éste por esa causal (Aplicación del Artículo 151 del Estatuto Administrativo)..."

Agrega que por otra parte, el Hospital Regional como Establecimiento de Autogestión en Red, si bien se encuentra adscrito a un sistema desconcentrado orgánicamente bajo dependencia del Servicio de Salud O'Higgins, cuenta con autonomía para administrar los recursos que le son destinados desde nivel central ministerial para el cumplimiento de sus fines, estos aportes son regulados por "Compromisos de Gestión", en el marco de las redes integradas de Servicios de Salud, emitido por el por el Departamento de Control de Gestión de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud. Dentro de estas Directrices, se encuentra el Compromiso de Gestión N°21 "Disminución del Ausentismo laboral en la Red Asistencial, el cual tiene por objetivo general implementar acciones de prevención y acompañamiento en el ámbito de la gestión de personas tendientes a disminuir el índice de ausentismo por licencia médica curativa. Dentro de sus acápites se destaca en su página 283, la referencia a la Resolución Exenta N° 1042 de 14 de Noviembre de 2018, reiterando en lo que respecta al debate de autos, lo descrito en los párrafos anteriores, lo cual acredita que para efectos de autos estamos frente a una materia que obedece a una política ministerial a la cual se debe ceñir el establecimiento recurrido.

Explica que consecuentemente, y en el marco del cumplimiento del COMGES 21, es que, con fecha 5 de junio del 2019 se dicta la Resolución Exenta N°3083 por medio de la cual se formaliza y aprueba la "Política de Gestión y Abordaje del Ausentismo por Licencia Médica Común del Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins", acto administrativo que fue actualizado y complementado en algunos acápites por medio de la Resolución Exenta N°1167 de 29 de Marzo de 2021, y a su vez refunda el Comité Local de Salud Funcionaria y la Comisión de Ausentismo en un solo comité denominado "COMITÉ LOCAL DE SALUD FUNCIONARIA Y AUSENTISMO LABORAL HRLBO", ente encargado de analizar, resolver y establecer medidas a efectuarse en cada caso, de forma centrada en la realidad de cada persona, y con el objetivo de abordar con un enfoque integral, la salud, calidad de vida y necesidades de los/as funcionarios/as del HRLBO que repercuten en los niveles de ausentismo de la institución.

En este contexto, se realiza el abordaje del caso de D. Rodrigo Novoa Peña, ex funcionario que se desempeñó como Técnico en Enfermería en sistema de 4to turno B en el Servicio de Urgencia Adulto del Hospital, quien fue presentado al Comité Local de Salud Funcionaria y de Ausentismo Laboral celebrado con fecha 04 de Abril de 2023. En ese contexto, y de forma previa la decisión de derivar su caso a la Comisión Médica Preventiva e Invalidez para pronunciamiento respecto de su irrecuperabilidad se abordó su caso por el departamento de Calidad de Vida Laboral, en donde se desarrolló una serie de gestiones administrativas, ya sea entrevistas presenciales, contactos telefónicos, visita domiciliaria y análisis de situación con su jefatura, en donde se destacan los siguientes hitos:

- El día 19 de Mayo de 2022 se intenta contactar vía telefónica al funcionario con el objetivo de hacer monitoreo de su ausentismo intermedio (ausentismo entre 50 y 180 días de licencia médica común). En dicha gestión no se logra contacto con el recurrente luego de 4 intentos, ya que no contestó.

- Con fecha 08 de julio de 2022, la Jefa (S) del Servicio de Urgencia Adultos del Hospital da cuenta de situación ocurrida en turno del día 07 de Julio de 2022 con el funcionario Rodrigo Novoa Peña en donde fue encontrado en el baño de funcionarios con una vía, con compromiso de consciencia, luego de haberse inyectado Propofol durante dicho turno, siendo trasladado a reanimador para su manejo. Al efecto se solicitó test de drogas el cual resultó positivo a las varias sustancias: cocaína, marihuana, benzodiazepinas, entre otros"

- Fue evaluado por profesional psiquiatra de enlace el 08 de Julio de 2022 quién indica como hipótesis diagnóstica "trastorno de personalidad límite en crisis, suicidalidad y policonsumo", en donde no accede a derivación a la Unidad de Corta Estadía, siendo hospitalizado en Unidad de Tratamiento Intensivo, solicitando alta voluntaria, accediendo a derivación para rehabilitación de forma ambulatoria en Comunidad Terapéutica Elella, firmando consentimiento informado al efecto.

- Recurrente ingresa el día 19 de Julio de 2022 al Centro Elella, con escasa adherencia, bajo el argumento de no poder concurrir diariamente a terapias por encontrarse estudiando, situación que priorizó, haciendo uso de liberación por Resolución Exenta N°3743 de la cual fue beneficiario desde el 12 de julio de 2022 hasta el 04 de septiembre de 2022. Posterior a ello Elella emite Licencias Médicas desde el 05 de septiembre de 2022 hasta el 06 de diciembre de 2022, posterior a eso es egresado por abandono al no adherir a tratamiento, en donde al respecto, desde Comunidad Terapéutica Elella se emitió Certificado de fecha 31 de marzo de 2023, en donde se da cuenta del incumplimiento de acuerdos terapéuticos del recurrente traducidos en baja adherencia y no logro de abstinencia.

- Posteriormente se mantuvo con licencia médica común de forma continua hasta el 2 de abril de 2023, lo cual, sin perjuicio de la aplicación a su persona de una medida disciplinaria en el contexto de un procedimiento disciplinario.

Relata que dado a los antecedentes expuestos, los miembros del Comité determinan la derivación del funcionario a Evaluación de Salud Irrecuperable de Funcionario Público en COMPIN, puesto su registro a ese momento de ausentismo en los dos últimos años de 296 días, como ya se indicó. Así con fecha 21 de abril de 2023, dicha entidad emite la Resolución Folio 16216458 por medio del cual determina que el recurrente "presenta un estado de salud recuperable, lo que se deja establecido para los fines estatutarios correspondientes".

Otro antecedente importante es el Informe de Impacto de Ausentismo Laboral de fecha 12 de Mayo de 2023, elaborado por la Jefatura Directa del recurrente en el Servicio de Urgencia Adultos del Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins. El cual da cuenta en detalle de los hitos o situaciones de impacto que ha generado en dicho Servicio la situación de ausentismo del recurrente (informe que se adjunta a esta presentación) y cuyos motivos fueron expuestos en el considerando octavo de la Resolución Exenta N°2757 de fecha 05 de junio de 2022

Dicho lo anterior, y con todos los antecedentes pertinentes al efecto, el Jefe Superior del Establecimiento estimo de toda pertinencia y justificación declarar la salud de la recurrente como incompatible con el desempeño de sus funciones por haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los dos últimos años. Así, la decisión de autoridad sustentada en las facultades legales que forman parte de la Administración activa devino en la dictación de la Resolución Exenta N°2757 de 05 de junio de 2023 que declaró la salud de la recurrente como incompatible con el cargo que desempeñaba de conformidad a lo dispuesto en el art°151 de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

Arguye que tanto en la dictación de las Resoluciones Exentas N°2757 de 2023 y Resolución TRA N° 110355/9/2023 de 25 de Agosto de 2023, no se han vulnerado los derechos constitucionales que el recurrente alega haber sido conculcados de forma arbitraria e ilegal por su representada esto es su D° a la integridad psíquica, D. a la igualdad ante la ley y el D° de propiedad, y ello basado principalmente en los fundamentos de ambos actos administrativos sustentados en lo hitos ya referenciados concordados con las normas aplicables en este caso en concreto. Lo anterior se evidencia en lo siguiente:

Los considerandos tercero y cuarto de la Resolución Exenta N°2757 de 2023, son del siguiente tenor:

3- Que, el artículo 146, letra c), de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, prescribe que el funcionario cesará en su cargo por la declaración de vacancia del mismo. Por su parte, el artículo 150, letra b), del mismo cuerpo legal citado, dispone que la declaración de vacancia procederá cuando el funcionario público pierda, de forma sobreviniente, algunos de los requisitos de ingreso a la Administración del Estado, los cuales están establecidos en el artículo 12, disponiendo, en lo que aquí interesa, su letra c), que uno de ellos es tener salud compatible con el desempeño del cargo.

4- Que, sobre la compatibilidad de la salud con el desempeño del cargo, el artículo 151 de la ley N°18.834, dispone que el jefe superior de servicio podrá considerar, como salud incompatible con

el desempeño del cargo, 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. De la norma descrita, se concluye que considerar la salud incompatible con el desempeño del cargo es una facultad radicada en el Jefe Superior del Servicio, la cual para su ejercicio exige que se cumplan los siguientes requisitos: que el funcionario haya 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 que, previamente, la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez haya evaluado al funcionario sobre la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo. Añade el artículo citado que no se considerará, dentro del cómputo de los seis meses, las licencias otorgadas por accidentes en servicio de trabajo o con ocasión del desempeño de sus funciones, o que sean concedidas en uso del derecho otorgado en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo. Al no exigir una declaración de salud como irrecuperable, necesariamente lleva a entender que la situación que plantea está definida para que el jefe superior del servicio pondere el ejercicio de la facultad contenida en dicha norma, bajo una situación de salud recuperable, más aun considerando que la norma que define cómo proceder en el caso de que la salud de un determinado funcionario, previamente evaluado por la COMPIN, sea declarada irrecuperable es la del artículo 152 de la ley N°18.834, por cuanto dicha norma comienza indicando que "Si se hubiere declarado irrecuperable la salud de un funcionario", éste deberá retirarse dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la resolución que declare la irrecuperabilidad de su salud, en caso de no hacerlo, se procederá a declarar la vacancia del cargo; además, en caso de irrecuperabilidad de salud, se exime al funcionario de la obligación de cumplir con su jornada de trabajo, manteniendo, en todo caso, el derecho a recibir íntegramente su remuneración durante los seis meses que medien entre la notificación de la resolución de salud irrecuperable y el referido plazo, beneficios, estos últimos, que no los tiene el funcionario cuando su salud es declarada como recuperable.

Que acto seguido la propia resolución en sus considerandos décimo y décimo primero, exponen los fundamentos de lo que a su juicio, es la correcta interpretación sistemática de las normas contenidas en los artículo 12 letra c), artículo 146, letra c), artículo 150, letra a) y b) y artículo 151 de la ley 18.834. Lo anterior, se plasmó de la siguiente forma:

10.- Que, una interpretación sistemática de las normas contenidas en el artículo 12, letra c), artículo 146, letra c), artículo 150, letras a) y b), y artículo 151, de la ley N°18.834, lleva necesariamente a concluir que, si durante el transcurso de su carrera funcionaria la salud de un servidor público deviene en incompatible con el desempeño de su cargo, el jefe superior de servicio debe, al menos, ponderar la posibilidad de declarar la vacancia del cargo que este ocupa, y en caso de que, efectivamente, la salud del servidor público, estando aún vinculado estatutariamente con la Administración del Estado, no dé certeza y seguridad de que continuará cumpliendo sus funciones regularmente y que esto impacte negativamente en el funcionamiento del servicio o unidad en el que se desempeña, a la autoridad le asiste el deber de declarar la vacancia del cargo, puesto que, tal como ya se expuso, es deber de las autoridades y funcionarios públicos velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y el debido cumplimiento de la función pública.

11.- Que, el artículo 36, letra f), del Decreto con Fuerza de la Ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud que fijó el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°2.763, de 1979, y de las leyes N°18.933 y 18.469, establece, en su último párrafo, que el Director de los Establecimientos de Autogestión en Red ejercerá, respecto del personal a contrata y al contratado sobre bases de honorarios, las funciones propias de un jefe superior de servicio; dentro de estas funciones está la de poner término a los servicios de los funcionarios, según el artículo 23, letra g), del mismo cuerpo legal. En cuanto a la naturaleza jurídica de los funcionarios a contrata, la doctrina y la jurisprudencia administrativa han indicado que la relación entre el funcionario y la Administración tiene el carácter de un vínculo estatutario de derecho público. Así lo señaló la Contraloría General de la República en dictamen 31.000, de 2008, al informar al Tribunal Constitucional en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 1133-2008 INA: "No obstante ello, conviene tener presente que la jurisprudencia administrativa ha reconocido que el vínculo que une a los servidores públicos con la Administración y que se conoce como vínculo estatutario, en su sentido amplio, supone la sujeción de los funcionarios, empleados o servidores públicos a un régimen de derecho público preestablecido, unilateral, objetivo e impersonal, fijado por el Estado, cualquiera sea el nombre específico que pudieran recibir los diversos cuerpos estatutarios que los rijan y sea cual fuere la naturaleza del servicio en que se desempeñen". Esto significa que el vínculo se encuentra establecido con anterioridad al nombramiento del funcionario, que le es obligatorio respetarlo, y por ello se inicia con un acto unilateral de la Administración, denominado nombramiento, y no con un acto bilateral como lo es el contrato.

Destaca que el recurrente expone como base argumentativa de su acción principalmente la supuesta inexistencia del presupuesto de base de la Resolución Exenta N°2757 de 5 de Junio de 2023 esto es, no tener salud compatible con el desempeño del cargo, lo anterior, justificado en que no basta para fundamentar la declaración de salud incompatible con el cargo el solo hecho de haber hecho usos de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los dos últimos años, en donde agrega que ello no es suficiente en atención a que dicho pronunciamiento emanado del órgano técnico (COMPIN) es vinculante para el Servicio, por lo tanto de existir un pronunciamiento que declara la salud del recurrente como recuperable, como sucede en la especie con la Resolución de Evaluación folio N°16345296 de fecha 31 de mayo de 2023 emitida por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez que declaro como recuperable la salud de RODRIGO ANDRÉS NOVOA PEÑA, no es posible aplicar la causal del artículo 151 de la Ley 18.834.

Afirma que sobre esta alegación, en el caso de marras, sin duda que la autoridad ponderó otros antecedentes concretos del impacto que ha generado el ausentismo del funcionario, consta Informe de Impacto de Ausentismo Laboral, elaborado por el Enfermero Supervisor del Servicio de Urgencia Adulto del Hospital Regional, el cual es refrendado por el Depto. de Calidad de Vida Laboral, el cual dio cuenta de hitos internos, vinculados a la gestión y continuidad, de la unidad en la que se desempeña, que se han visto afectados a causa de su uso prolongado de licencias médicas, de modo que, junto con verificarse la concurrencia de los presupuestos legales, existen antecedentes de hecho que hicieron necesaria declarar la vacancia del cargo desempeñado por la recurrente. Agrega que todos estos hitos reclamados fueron debidamente fundados en la Resolución Exenta N°2757 de 05 de Junio de 2023.



Concluye que en la decisión del jefe superior del servicio de declarar la salud del recurrente D. Rodrigo Novoa Peña como incompatible con el desempeño del cargo en que se desempeña mediante la Resolución Exenta N°2757 de 05 de Junio de 2023, ratificada por la Resolución Tra N°110355/9/2023 de 25 de Agosto de 2023, no se han vulnerado los derechos a la integridad psíquica, a la igualdad ante la ley ni al derecho de propiedad de la funcionaria. Lo anterior, está en consonancia incluso con la jurisprudencia invocada en su libelo, puesto que no se han adoptado criterios exclusivamente discrecionales y objetivos como se indicó y así lo reflejan los antecedentes fundantes de los actos administrativos en cuestión.

Agrega que la decisión de la autoridad fue realizada mediante acto administrativo, de conformidad al principio de legalidad. La potestad ejercida por la autoridad administrativa para determinar el cese de funciones de la recurrente por declaración de vacancia del cargo en que se desempeñaba está contemplado en el art 151 del Estatuto Administrativo, norma que lo faculta a ejercer la prerrogativa cuando se cumplan los supuestos contemplados en ella para dar lugar a ello, por otra parte es una facultad que además está amparada en el artículo 36, letra f), del Decreto con Fuerza de la Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud que fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las Leyes N° 18.933 y 18.469, norma que establece en su último párrafo que el Director de los Establecimientos de Autogestión en Red ejercerá respecto del personal a contrata y al contratado sobre bases de honorarios las funciones propias de un jefe superior de servicio, dentro de las cuales está la de poner término a los servicios de los funcionarios, según el artículo 23, letra g), del mismo cuerpo legal. Cabe agregar que la Contraloría General de la República refrenda esta situación. Dicha decisión se encuentra fundamentada en el inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 19.880, que señala que las decisiones escritas que adopte la administración se expresarán por medio de actos administrativos. Su inciso segundo agrega que para efectos de esa ley estos serán: "las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado de las cuales contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública." Así las cosas, la decisión de la autoridad administrativa, se encuentra materializada en acto administrativo fundado.

Se ordenó traer los autos en relación.

#### CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección ha sido instituido por el constituyente como una acción de urgencia destinada a evitar las posibles consecuencias dañosas derivadas de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales, que produzcan privación, perturbación o amenaza de alguna o algunas garantías constitucionales expresamente señaladas en la Constitución Política de la República, a fin de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección a quien pueda resultar afectado.

SEGUNDO: Que el acto ilegal y arbitrario que el actor reprocha de la institución recurrida, estaría dado por la dictación de la Resolución TRA N°110355/9/2023 de fecha 8 de agosto de 2023, en virtud de la cual se declaró vacante su cargo, bajo el fundamento de "salud incompatible, por

haber hecho uso de licencia médica por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los dos últimos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable", de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de la ley 18.834, todo lo cual produce una grave vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley, a la salud y propiedad consagrado en el artículo 19 N° 2, 9 y 24 de la Constitución Política de la Republica.

TERCERO: Que, la recurrida al evacuar su informe negó las imputaciones efectuadas en el recurso, señalando que la resolución impugnada se ajusta a la ley y al mérito de los antecedentes que la respaldan, agregando que la resolución fue objeto del trámite de toma de razón por parte del órgano contralor.

CUARTO: Que, al efecto, cabe tener presente que el artículo 151 del Estatuto Administrativo, luego de la modificación introducida por la Ley 21.050, dispone: "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".

QUINTO: Que, como lo ha sostenido la Excm. Corte Suprema, en otros, en sentencia de 9 de septiembre de 2020, dictada en el Rol 88.302-2020, antes de la Ley N° 21.050, uno de los reproches a la legislación vigente, 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 de 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, el Tribunal Constitucional 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).

En razón de dichas objeciones, el Ejecutivo propuso modificar el artículo 151 de la Ley N° 18.834, 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, proyecto de ley que dio origen al actual inciso tercero del artículo 151.

SEXTO: Que, de lo consignado en el motivo anterior, no cabe duda que la intención del legislador 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, como también que informe sobre si su salud le permite o no desempeñar el cargo, ello a propósito de fundar la incompatibilidad, informe 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, en principio, no es posible aplicar la causal del artículo 151 del Estatuto Administrativo, si es que la Compín no concluye, a su vez, que la salud del funcionario no le permite desempeñar el cargo.

SÉPTIMO: Que, dicha interpretación es la única coherente con la intención del legislador al incorporar el nuevo inciso tercero, pues de otra forma se permitiría que la autoridad administrativa resolviera con independencia de la opinión del organismo técnico, con lo cual la decisión quedaría desprovista de todo fundamento, al prescindirse del informe obligatorio en relación a la irrecuperabilidad de la salud del funcionario y a la compatibilidad de la misma con el desempeño del cargo. En este sentido, del claro tenor de la norma legal antes señalada, el informe no sólo debe solicitarse respecto al carácter irrecuperable de la salud, sino también sobre la incompatibilidad de la salud del funcionario para desempeñar el cargo.

OCTAVO: Que, en la especie, la declaración de salud incompatible con el cargo, se basó en la circunstancia de haber hecho uso el recurrente de licencias médicas por un periodo superior a seis meses, en los últimos dos años, presupuesto que no basta para cumplir los requisitos del artículo 151 del Estatuto Administrativo, por cuanto es un hecho no discutido que por Resolución Exenta N° 16345296 de 31 de mayo de 2023, la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de la Región de O’Higgins, declaró que la salud del actor es recuperable, sin pronunciarse sobre si, a pesar de ello, resulta incompatible con el cargo.

Lo anterior deja de manifiesto no sólo la ilegalidad del acto administrativo recurrido, al dar término al vínculo estatutario del actor sin cumplir con el presupuesto legal del artículo 151 de la Ley N° 18.834, sino también su arbitrariedad, dado que no cumple con el informe que la ley exige para determinar que la salud del actor no sería compatible con el cargo, limitándose a invocar el hecho de hacer uso de licencias médicas por el lapso establecido en la ley y un informe de ausentismo laboral, el que en ningún caso puede suplir la exigencia legal antes referida, para sustentar la determinación de vacancia del cargo.

NOVENO: Que, por lo demás, cabe tener presente que a la fecha en que se notificó el acto impugnado al actor, ésta ya se encontraba reincorporado a sus labores, desde julio de 2023, según consta de los documentos allegados a esta causa, lo que da cuenta además de la falta de proporcionalidad y razonabilidad de la medida de desvinculación.

DECIMO: Que, por lo expuesto, la ilegalidad constatada produce una vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente, contemplados en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, razón por la cual el recurso necesariamente debe ser acogido.

Por estas consideraciones, atendido lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se acoge, sin costas, el recurso deducido por el abogado don Haroldo Leguá Barrales, en representación, de don\_\_\_\_, cédula nacional de, en contra del Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins y, en consecuencia, se deja sin efecto la Resolución TRA N° 110355/9/2023, de 8 de agosto de 2023, tomada de razón por Contraloría General de la República con fecha 25 de agosto de 2023, debiendo la recurrida reincorporar al actor al servicio y proceder al pago de todas las remuneraciones y estipendios correspondientes, desde la fecha de separación y hasta su efectiva reincorporación, en caso de que se haya producido la desvinculación.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol I. Corte 3165-2023 Protección.