

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.
Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
Chile. Constitución 1980.
Reformas constitucionales. Chile.
Migrantes.
Derecho internacional. Chile.
Pandemia.
Estallido social. Chile.
Estados de excepción constitucional. Chile.
Prisioneros políticos. Chile.
Ahorro para el retiro.
Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

17. DEROGACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SALUD INCOMPATIBLE PARA EL DESEMPEÑO DEL CARGO COMO CAUSAL DE DECLARACIÓN DE VACANCIA

Alejandro Cárcamo Righetti¹

Resumen

Sin perjuicio de la vigente regulación legal relativa a la salud incompatible para el desempeño del cargo como hipótesis de declaración de vacancia y, por ende, causal de cesación de funciones de un funcionario público, en recientes pronunciamientos emitidos por nuestra Corte Suprema, dicha causal resulta en la práctica derogada, proponiéndonos en este contexto, analizar brevemente dicha jurisprudencia judicial, no sin antes, efectuar algunas referencias generales a la regulación de la institución y a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en la materia.

La salud incompatible para el desempeño del cargo como causal de declaración de vacancia. Breve revisión de su regulación legal y de los principales criterios de la jurisprudencia administrativa

El artículo 19 N° 17 de la Constitución Política de la República asegura a las personas la igual admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

Conforme a los artículos 12 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo -en adelante, Ley N° 18.834- y 10 de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales -en adelante, Ley N° 18.883-, uno de los requisitos generales de ingreso a la Administración del Estado, es tener salud compatible con

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Talca; Abogado; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca; profesor de derecho administrativo de la Universidad Alberto Hurtado y de la Universidad de Talca. Actualmente cursando estudios de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Correo electrónico: alejandrocarmoarobogado@gmail.com.

Expreso mi agradecimiento a los abogados de la Contraloría Regional del Maule, Francisco Valdés Mau-reira y Cristian Cartes Gutiérrez, por sus valiosos aportes y comentarios para la elaboración de este trabajo.

el desempeño del cargo, el cual se acredita mediante certificación del servicio de salud correspondiente, lo que constituye la idoneidad física exigida a todo funcionario público. Por dicha razón, coherentemente, nuestro legislador, al determinar las hipótesis que dan lugar a la causal de cesación en el cargo consistente en la declaración de vacancia -artículos 146 Ley N° 18.834 y 144 Ley N° 18.883- establece, dentro de ellas, la salud incompatible con el desempeño del cargo -artículos 150 literal a) Ley N° 18.834 y 147 literal a) Ley N° 18.883-, lo que se configurará cuando, por una situación de afectación sobreviniente de su salud, el funcionario público deja de poseer el requisito general de ingreso antes señalado, cesando en el cargo público respectivo, previa declaración de vacancia por parte del jefe superior del servicio o el alcalde, según corresponda.

Los artículos 151 de la Ley N° 18.834 y 148 de la Ley N° 18.883, en análogos términos², regulan la operatividad de la declaración de salud incompatible para el desempeño del cargo, situación que debe ser distinguida y, por ende, que no cabe de modo alguno confundir, con la declaración de salud irrecuperable del funcionario, la cual se encuentra regulada principalmente en los artículos 152 de la Ley N° 18.834 y 149 de la Ley N° 18.883, respectivamente.

La Contraloría General de la República, efectuando correctamente la diferenciación, ha dictaminado que “resulta improcedente declarar la vacancia de un cargo por la causal de salud incompatible con el mismo, cuando el funcionario a quien afecta esa medida, con anterioridad, ha presentado ante el organismo pertinente una solicitud de declaración de invalidez, pues ignorar tal situación implica vulnerar el derecho fundamental a la seguridad social. Dicha facultad se encuentra limitada en su ejercicio por la circunstancia de que no haya mediado declaración de salud irrecuperable”³.

Mientras la declaración de salud incompatible con el desempeño del cargo es una facultad eminentemente discrecional de la autoridad o jefatura superior correspondiente, que no reconoce derechos al funcionario⁴ -salvo el derecho a jubilar de manera prematura, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por las disposiciones legales pertinentes⁵-, la declaración de salud irrecuperable de los funcionarios afiliados a una Administradora de Fondos de Pensiones es

2 Normas similares se consultan en la Ley N° 19.070, Estatuto Docente -artículo 72 bis-, y en la Ley N° 19.378, Establece el Estatuto de Salud Primaria de Atención Municipal -artículo 48, letra g)-.

3 Contraloría General de la República, Dictamen 25.036/2010.

4 Contraloría General de la República, Dictamen 23.183/2012.

5 Contraloría General de la República, Dictamen 25.036/2010; Contraloría General de la República, Dictamen 86.370/2013.

resuelta de manera técnica por la Comisión Médica competente en conformidad a las normas legales que la rigen, disposiciones a las que se sujetarán los derechos que de tal declaración emanan para el funcionario, conforme a lo dispuesto en los artículos 112 de la Ley N° 18.834 y 111 de la Ley N° 18.883, según corresponda.

Así, se trata de dos causales claramente diferenciadas desde la perspectiva legislativa, que pueden dar lugar a la declaración de vacancia de un cargo público y, con ello, al cese de las funciones del respectivo servidor público.

Los respectivos Estatutos Administrativos, en el artículo 151 de la Ley N° 18.834 y 148 de la Ley N° 18.883, establecen que el jefe superior de servicio o, en su caso, el alcalde, podrán considerar como salud incompatible para 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.

El Organismo Contralor ha precisado que “el uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses, debe cumplirse dentro del plazo de los dos años contados hacia atrás desde la data de emisión del documento que disponga el cese de funciones por salud incompatible o vacancia del cargo por ese motivo, porque el artículo 151 del Estatuto Administrativo cuando emplea la expresión “en los últimos dos años” no especifica que correspondan a años calendarios, de modo que sólo cabe entenderla referida, conforme a las reglas de cómputo de plazos establecidas en el Código Civil, a la unidad de tiempo que media entre la fecha de emisión de ese acto administrativo y la fecha anterior en dos años a aquélla”⁶.

Como límite legal al ejercicio de dicha facultad, en las normas precedentemente citadas se establece que no se considerará para el cómputo de los seis meses, las licencias otorgadas en los casos de accidente en actos de servicio o de enfermedad a consecuencia o con ocasión del desempeño de sus funciones, ni tampoco las licencias médicas vinculadas a la protección de la maternidad.

Al respecto, la Contraloría General de la República se ha pronunciado señalando que, “procede reincorporar a una funcionaria, a quien, encontrándose embarazada, se le declaró vacante su cargo por salud incompatible, ya que las normas sobre inamovilidad como son las de fuero maternal, deben primar en los casos en que el término de funciones no depende en forma imperativa de la ley, sino de la eventual facultad de la autoridad respectiva para disponer el alejamiento del servicio”⁷.

6 Contraloría General de la República, Dictamen 20.604/2005; Contraloría General de la República, Dictamen 11.618/2007.

7 Contraloría General de la República, Dictamen 12.659/2006; Contraloría General de la República, Dictamen 42.160/2015.

Adicionalmente, se ha dictaminado que “las licencias médicas por accidente en actos de servicio y las que tienen como causa una enfermedad profesional deben excluirse del cómputo a que se refiere el artículo 151 del Estatuto Administrativo, para declarar vacante el empleo por salud incompatible. En estos casos, es necesario que el empleado que se encuentra haciendo uso de esos reposos, lo comunique oportunamente a la autoridad del servicio que corresponda, a fin que ésta dé cuenta del hecho a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez respectiva, organismo competente para determinar acerca del carácter profesional de una afección de la cual no hay constancia”⁸.

Finalmente, en las normas legales analizadas, se establece que, para ejercer válidamente esta potestad administrativa, la autoridad respectiva debe 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, requisito esencial⁹, cuya omisión, afecta la validez del acto administrativo por medio del cual se adopta la decisión.

En efecto, “si la Comisión Médica Preventiva e Invalidez estima que la salud del funcionario que ha hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años es recuperable, la autoridad se encuentra facultada legalmente para declarar la mencionada causal. En la situación opuesta, esto es, si se informa que la salud es irrecuperable, no podrá declararse la referida incompatibilidad, pues nace para el funcionario el derecho a acceder a los beneficios de seguridad social propios de dicha declaración”¹⁰.

Al respecto, cabe señalar que esta última exigencia legal, consistente en requerir a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez previo informe de evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud, fue incorporada en las respectivas normas estatutarias -incisos finales, artículos 151 Ley N° 18.834 y 148 Ley N° 18.883-, a través de los artículos 63 y 64 de la Ley N° 21.050, de fecha 07 de diciembre de 2017.

El mensaje presidencial que inició la tramitación del proyecto de ley que, con posterioridad, se transformó en la Ley N° 21.050, señalaba que uno de sus objetivos era “contribuir al fortalecimiento de la función pública, mejorando las

8 Contraloría General de la República, Dictamen 55.480/2005; Contraloría General de la República, Dictamen 77.122/2010; Contraloría General de la República, Dictamen 78.606/2013.

9 Contraloría General de la República, Dictamen 20.322/2018; Contraloría General de la República, Dictamen 7.587/2020.

10 Contraloría General de la República, Dictamen 33.241/2019; Contraloría General de la República, Dictamen E127453/2021.

condiciones de empleo y comprometiéndose con un Estado al servicio de los ciudadanos y del interés general del país”¹¹.

En este escenario, si bien la declaración de salud incompatible con el desempeño del cargo es una potestad discrecional -al emplear las normas legales analizadas la voz “podrá” - reconocida a la jefatura superior del organismo administrativo -siendo solo ella quién puede disponerla¹²-, dicha facultad se encuentra delimitada legalmente en un doble sentido. Por una parte, no es posible considerar para el cómputo de los seis meses, las licencias otorgadas en los casos de accidente en actos de servicio o de enfermedad a consecuencia o con ocasión del desempeño de sus funciones, ni tampoco las licencias médicas vinculadas a la protección de la maternidad y, por la otra, la autoridad debe, necesariamente, de manera previa a ejercer la potestad, requerir 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.

Fuera de lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 11, inciso 2°, de la Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado -en adelante, Ley N° 19.880-, el acto administrativo que efectúe la declaración de incompatibilidad y, por ende, declare la vacancia del respectivo cargo público, al tratarse de un acto desfavorable para el destinatario, debe necesariamente contener motivación, es decir, expresar los fundamentos de hecho y de derecho en virtud de los cuales se adopta la decisión respectiva, como requisito de validez del mismo.

Por otro lado, conforme a los artículos 45 y 46 de la misma Ley N° 19.880, el acto administrativo que declara la vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo debe ser notificado al funcionario respectivo una vez que se encuentre totalmente diligenciado por la Contraloría¹³, produciendo sus efectos a partir de dicha comunicación¹⁴.

En este contexto, sin perjuicio de encontrarnos frente a un acto administrativo que emana del ejercicio de una potestad discrecional, que confiere un amplio margen de apreciación de las circunstancias al momento de adoptar la decisión, éste resulta plenamente controlable, caso a caso, máxime si es desfavorable, ya sea

11 Bcn.cl, Historia de la Ley 21.050, Mensaje, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7243/HLD_7243_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf, consultada el 28 de noviembre de 2022.

12 Contraloría General de la República, Dictamen 1.716/2014.

13 Contraloría General de la República, Dictamen 22.698/2014.

14 Contraloría General de la República, Dictamen 85.936/2015; Contraloría General de la República, Dictamen 20.634/2017.

por la Contraloría General de la República y/o por los tribunales de justicia, a fin de que examinen su sujeción a la legalidad, así como a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Sin perjuicio de todo lo señalado y de los precedentes administrativos antes citados, de una somera revisión de la jurisprudencia administrativa, es también posible apreciar cómo, en ejercicio de su potestad dictaminante, la Contraloría General de la República, sin ignorar la existencia de la potestad administrativa tantas veces aludida, ha ido acotando el alcance de la institución. En efecto, ha dictaminado que “las normas sobre inamovilidad en el empleo -entre ellas, las de fuero gremial-, prevalecen respecto de aquellas disposiciones en que el término de las funciones de los servidores públicos depende del ejercicio de una facultad discrecional de la autoridad. Distinta es la situación en que la propia ley ordena imperativamente el alejamiento del servicio, en cuyo caso tal normativa protectora no tiene aplicación. En este sentido, y teniendo en cuenta que el artículo 151 del Estatuto Administrativo no obliga a poner término a los servicios de la funcionaria por la que se consulta, no resulta procedente declarar vacante su cargo por salud incompatible, dado que al ser tesorera de una asociación gremial de funcionarios, se encuentra amparada por el fuero previsto en el artículo 25 de la ley N° 19.296”¹⁵. Fuera de lo anterior, en recientes pronunciamientos, el Organismo Contralor ha establecido que las licencias médicas otorgadas a un funcionario público por padecer cáncer no son útiles para declarar la vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo, por lo que la superioridad debe descontar los períodos en que el afectado estuvo con permisos médicos originados en dicha enfermedad para efectos de disponer el cese por tal causal¹⁶. Por ende, dado que los organismos administrativos no conocen los diagnósticos por los cuales se emiten las licencias médicas, corresponde que los funcionarios afectados pongan en conocimiento de la autoridad respectiva el diagnóstico de cáncer para efecto de que los períodos de los permisos médicos pertinentes no sean considerados para configurar la causal de cese¹⁷.

15 Contraloría General de la República, Dictamen 38.351/1995; Contraloría General de la República, Dictamen 65.086/2015.

16 Contraloría General de la República, Dictamen 33.241/2019; Contraloría General de la República 7.587/2020; Contraloría General de la República, Dictamen E127453/2021.

17 Contraloría General de la República, Dictamen E204321/2022.

2. Análisis de los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la declaración de salud incompatible para el desempeño del cargo. La derogación jurisprudencial de la institución

Contrariamente a la revisada jurisprudencia administrativa del Organismo Contralor -así como a algunos pronunciamientos de Cortes de Apelaciones¹⁸- que, reconociendo la existencia de la potestad administrativa, cumplidos los requisitos legales, permite declarar la salud de un funcionario como incompatible con el desempeño del cargo, la jurisprudencia judicial de nuestra Corte Suprema -apoyándose en algunos precedentes del Tribunal Constitucional¹⁹-, particularmente durante el año 2021, se fue decantando por desconocer dicha atribución legal.

En sentencias definitivas pronunciadas en causas Rol N° 154.793-2020, de fecha 22 de marzo de 2021, Rol N° 149.306-2020, de fecha 12 de abril de 2021, y Rol N° 58.191-2021, de fecha 28 de diciembre de 2021, todas de la Corte Suprema, conociendo de recursos de protección, revocó sentencias apeladas acogiendo la acción, dejando sin efecto los respectivos actos administrativos por medio de los cuales se declaraba incompatible la salud de las funcionarias respectivas para el desempeño de sus cargos, ordenando adicionalmente, su reincorporación y el pago de todas las remuneraciones y estipendios correspondientes, entre la fecha de la separación y la de su efectivo reingreso, todo, por estimar conculcados ilegítimamente sus garantías de igualdad ante la ley -artículo 19 N° 2- y el derecho de propiedad -artículo 19 N° 24-.

Se consigna que, “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 irreuperable o incompatible para el cargo, era realizada por el jefe superior del servicio, esto es, una persona no experta en salud ocupacional”, por ende, la modificación legal implicó -a juicio de la Corte Suprema-que tal incompatibilidad fuese declarada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez respectiva, esto es, por un órgano técnico²⁰. “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,

18 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 5132-2021, 19-10-2021, revocada por la Corte Suprema, Rol N° 84.619-2021, 11-03-2022; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 34.615-2021, 18-01-2022, revocada por la Corte Suprema, Rol N° 3.806-2022, 24-03-2022.

19 Tribunal Constitucional, Rol 2024-11-INA, 13-12-2012; Tribunal Constitucional, Rol 3006-16-INA, 29-09-2016.

20 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 6°); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 6°); Corte Suprema, Rol N° 58.191-2021, 28-12-2021 (C. 7°).

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 de la Ley N° 18.834²¹.

En mi opinión, las consideraciones anteriormente referidas implican confundir dos instituciones de naturaleza diversa y con regulación legal independiente. Por un lado, la declaración de salud irrecuperable y, por el otro, la declaración de salud incompatible con el desempeño del cargo. La primera, entregada a la órbita de competencia del organismo técnico, la segunda, entregada a la discrecionalidad de la autoridad o jefatura superior de la institución quien debe gestionar, con probidad, eficacia y eficiencia, los recursos económicos, materiales y humanos del correspondiente servicio.

Adicionalmente, el argumento aludido altera el alcance y valor que los informes tienen, por regla general, en el ámbito administrativo, por cuanto conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 19.880, salvo disposición expresa en contrario, no son vinculantes. Si bien, la normativa analizada exige requerir previamente el informe respectivo, siendo desde dicha perspectiva un trámite obligatorio y esencial para el ejercicio de la potestad, no existe regla especial en orden a su valor, recobrando plena aplicación lo prescrito en el artículo 38 antes invocado.

Se agrega por la Corte Suprema, que “...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”²², con lo cual la jurisprudencia judicial, fuera de desnaturalizar la atribución legal, confundiendo la irrecuperabilidad con la incompatibilidad -como ya se señaló-, en términos prácticos, deroga la normativa legal respectiva.

Para fundamentar su decisión, la Corte Suprema, además, constata la existencia de otras disposiciones legales que difieren de la regulación contenida en los Estatutos Administrativos respecto a la materia, ejemplificando con el artículo 30 del Decreto Supremo N° 3 de 1984 del Ministerio de Salud, el cual dispone

21 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 7°); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 7°); Corte Suprema, Rol N° 58.191-2021, 28-12-2021 (C. 8°).

22 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 8°); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 8°); Corte Suprema, Rol N° 58.191-2021, 28-12-2021 (C. 9°).

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 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”. Así, remata sosteniendo que, “...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”²³.

No obstante, la argumentación anterior no repara en que el estatuto público y el régimen privado que regula las relaciones de trabajo son diferenciados, primeramente, desde la perspectiva constitucional²⁴ y, en segundo lugar, por la especial naturaleza de las funciones que debe cumplir y las necesidades o fines que debe satisfacer la Administración del Estado. Desde dicha perspectiva, dicho análisis comparativo resulta inadecuado, por cuanto intenta homologar dos regímenes jurídicos constitucional y lógicamente diversos.

Finalmente, las sentencias en análisis, sostienen que, “...además, 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, de modo 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”²⁵.

En cuanto a esto último, la Corte Suprema acertadamente refiere a la exigencia de motivación que todo acto administrativo que declare la salud de un funcionario como incompatible para el desempeño del cargo debe tener -artículos 11, inciso 2°,

23 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 9°); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 9°); Corte Suprema, Rol N° 58.191-2021, 28-12-2021 (C. 10°).

24 Lo que se desprende con claridad de los artículos 19 N° 16; 19 N° 17; 38, inciso 1°; 65, inciso 4°, N°s 2, 4 y 6.

25 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 10°); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 10°); Corte Suprema, Rol N° 58.191-2021, 28-12-2021 (C. 11°).

y 41, inciso 4°, Ley N° 19.880-, lo cual puede siempre ser controlado, pero ello dista sustancialmente de sostener que siempre que el informe previo de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez declare que la salud es recuperable, ello sea vinculante para el organismo administrativo, no siendo, por ende, posible declarar la salud como incompatible para el desempeño del cargo. Esto último, deja sin efecto práctico alguno la normativa que refiere a la declaratoria de salud incompatible de un funcionario público para el desempeño del cargo, afectando seriamente la gestión del recurso humano al interior de la Administración Pública.

Por otro lado, a lo menos resulta dudoso que en estos casos sea exigible la existencia de una etapa previa a la dictación del acto administrativo que declare la salud de un funcionario como incompatible para el desempeño del cargo, en que éste pueda ser oído y ejercer su defensa. Al respecto, Cordero expresa que la Ley N° 19.880 no ha establecido la obligatoriedad de la audiencia previa, esto es, que la Administración deba otorgar a los interesados -hayan iniciado o no estos el procedimiento-, una específica ocasión para defender sus derechos e intereses en el mismo, durante la etapa de instrucción. Por el contrario, señala que el cuerpo normativo referido establece obligatoriamente la audiencia previa solo en tres casos, a saber, en los artículos 41, 53 y 59²⁶.

Adicionalmente, no es posible olvidar que, ante una decisión de vacancia adoptada por la autoridad, el funcionario público afectado siempre podrá impugnar aquel acto mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico regulados en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión -artículo 60 Ley N° 19.880- y los demás recursos que establezcan leyes especiales²⁷. A lo anterior, se suman las eventuales acciones judiciales que fueren procedentes.

Así las cosas, de adherir a la tesis sostenida por el máximo tribunal, en ningún caso sería posible disponer el cese de funciones por salud incompatible, dado que, si la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez declara la salud de un funcionario como irrecuperable, la jefatura superior del servicio tampoco podrá declarar la referida incompatibilidad, ya que, en tal situación, el término de su relación laboral se deberá regir, de manera obligatoria, por los artículos 152 de la Ley N° 18.834 o 149 de la Ley N° 18.883, según corresponda.

Luego de la reforma legal introducida por la Ley N° 21.050, la declaración que realiza la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez determina el procedimiento

26 Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Thomson Reuters), 2018, p. 405.

27 Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Thomson Reuters), 2018, p. 373.

y causal a aplicar. Si el estado de salud del funcionario es recuperable, la autoridad o jefatura superior del servicio puede declarar la salud incompatible para el desempeño del cargo, y si esta es irrecuperable, corresponderá dicha declaración, siendo ambas calificaciones excluyentes entre sí.

Desde esta perspectiva, y como lo ha sostenido la jurisprudencia administrativa del Organismo Contralor, cuando se trata de la interpretación de las normas que conforman el derecho administrativo, debe preferirse la interpretación que haga útil la norma de que se trate o que le permita surtir efectos, por sobre aquella que conduzca a la ineficiencia o ineficacia de la misma²⁸.

2.1 Disidencias

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es menester destacar que en las sentencias definitivas pronunciadas en causa Rol N° 154.793-2020, de fecha 22 de marzo de 2021, y en causa Rol N° 149.306-2020, de fecha 12 de abril de 2021, la decisión se adoptó con el voto en contra de la Ministra señora Sandoval y del Abogado Integrante señor Quintanilla -en el primer caso- y de la Ministra señora Sandoval y del Ministro Suplente señor Shertzer -en el segundo-, quienes estuvieron por confirmar el fallo apelado, por cuanto manifiestan que, en primer término, “es necesario diferenciar entre la salud incompatible y la salud irrecuperable del funcionario, situaciones que son tratadas de manera diferenciada por el legislador”, como se demuestra a partir de la atenta lectura de los artículos 146 letra c), 150 letra a), 151 y 152, todos de la Ley N° 18.834²⁹. Agregan que, para que tenga lugar la declaración de vacancia en el cargo por salud incompatible deben concurrir los siguientes requisitos: “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 Compín competente”³⁰.

De este modo, correctamente constatan que, en la especie, la recurrida hizo uso de una potestad discrecional, la cual sólo puede ser ejercida con fines públicos, pues

28 Contraloría General de la República, Dictamen 25.157/2006; Contraloría General de la República, Dictamen 37.329/2013; Contraloría General de la República, Dictamen 64.272/2016; Contraloría General de la República, Dictamen 13.760/2019; Contraloría General de la República, Dictamen E16098/2020.

29 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 2° de la disidencia); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 2° de la disidencia).

30 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 3° de la disidencia); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 3° de la disidencia).

de lo contrario se incurre en la denominada desviación de fin o poder. Asimismo, reconocen que los tribunales de justicia están habilitados para realizar un control de razonabilidad de la decisión, toda vez que no es admisible que una autoridad ejerza la facultad acudiendo al sólo capricho, precisando a continuación, que el “control judicial del ejercicio de la facultad discrecional se proyecta en varios sentidos: a) que el acto cumpla con las exigencias previstas en la ley, cuestión que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza; b) que la Administración ejerza sus atribuciones con razonabilidad y de manera fundada; c) que la medida impuesta sea proporcional a la falta y sea establecida por la ley en forma previa a los hechos (proporcionalidad, legalidad y tipicidad); y d) que la facultad discrecional sea ejercida con fines públicos, sin incurrir en la desviación de fin o poder. Sin embargo, la ponderación de los hechos corresponde primariamente a los órganos de la Administración activa”³¹.

Si bien no resulta correcto referir a la existencia de una “falta” y, por ende, que ésta “sea establecida por la ley en forma previa a los hechos” -principio de tipicidad y de irretroactividad-, por cuanto no nos encontramos frente al ejercicio de una potestad disciplinaria, en lo restante, el razonamiento esbozado me parece más ajustado a nuestro ordenamiento jurídico vigente.

En ese contexto jurídico, los disidentes concluyen 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 de que la salud de la recurrente es incompatible con el cargo que ella sirve, cumpliendo con el estándar de fundamentación exigido por los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880... De esta manera, el control jurisdiccional se agota al constatar que la recurrida se ha limitado a ejercer una facultad discrecional sin que se divise arbitrariedad en su ejercicio...”³².

A mayor abundamiento, sostienen “...que 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”³³.

31 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 4° de la disidencia); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 4° de la disidencia).

32 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 5° de la disidencia); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 5° de la disidencia).

33 Corte Suprema, Rol N° 154.793-2020, 22-03-2021 (C. 6° de la disidencia); Corte Suprema, Rol N° 149.306-2020, 12-04-2021 (C. 6° de la disidencia).

2.2 ¿Criterio jurisprudencial consolidado?

Finalmente, cabe señalar que durante el año 2022, la tesitura jurisprudencial de nuestra Corte Suprema que vengo analizando, se ha consolidado, lo que se desprende de la sentencia definitiva pronunciada en causa Rol N° 84.619-2021, de fecha 11 de marzo de 2022, adoptada con el voto en contra del Ministro señor Matus; de la sentencia definitiva pronunciada en causa Rol N° 3.806-2022, de fecha 24 de marzo de 2022; de la sentencia definitiva pronunciada en causa Rol N° 9.459-2022, de fecha 08 de abril de 2022, que confirma la sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de causa Rol N° 359-2022, de fecha 11 de marzo de 2022; de la sentencia definitiva pronunciada en causa Rol N° 17.284-2022, de fecha 14 de junio de 2022, que confirma -con declaración- la sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de causa Rol N° 204-2022, de fecha 17 de mayo de 2022; y, de la sentencia definitiva pronunciada en causa Rol N° 14.134-2022, de fecha 30 de junio de 2022, que confirma -con declaración- la sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de causa Rol N° 7.835-2022, de fecha 29 de abril de 2022.

2.3 Problema de interpretación legal e inexistencia de afectación legítima de derechos y garantías constitucionales

En la interpretación de las normas legales que conforman nuestro derecho administrativo, resultan plenamente aplicables las disposiciones de los artículos 19 a 24 del Código Civil. Así, debe recordarse que el mencionado artículo 19 establece que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Por su parte, el inciso 1° del artículo 22, dispone que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

De la lectura de tales preceptos, queda de manifiesto que la Corte Suprema no observa las anotadas reglas de hermenéutica en los fallos analizados, por cuanto la normativa es clara al prescribir que la causal de cese por salud incompatible procede en la medida que no exista declaración de salud irrecuperable, pese a lo cual, dicho tribunal toma impropriamente en cuenta la historia del establecimiento del inciso 3° de los artículos 151 y 148 de las leyes N° 18.834 y 18.883 -respectivamente-, obviando, además, el contexto de la normativa aplicable y la debida correspondencia y armonía que existe entre tales hipótesis de declaración de vacancia de un cargo público.

De esta manera, el criterio jurisprudencial que vengo analizando, junto con desatender las reglas de hermenéutica legal previstas en los artículos 19 y

siguientes del Código Civil, genera, en términos prácticos, como ya se anticipó, la ineficacia de los preceptos legales relativos a la declaración de salud incompatible con el desempeño del cargo de un funcionario público.

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha consignado que el nombramiento no confiere el derecho de propiedad sobre el cargo, ni puede enmarcarse en la concepción patrimonial que involucra el dominio, de manera que la declaración de salud incompatible no configura una infracción del derecho de propiedad regulado en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Así, el ejercicio de un cargo público permite desempeñar labores en tanto no exista una causa legal de alejamiento, la que, se verifica, al cumplirse los supuestos que prevé el Estatuto Administrativo³⁴.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha precisado que la aplicación de esta causal -artículos 150 y 151 de la Ley N° 18.834-, no implica por sí solo una privación de derechos, puesto que lo que autoriza es sólo a poner término al ejercicio de un cargo para el cual ya no se es idóneo. Agrega, que el legislador de manera objetiva, racional y equitativa aplica el precepto a todos aquellos que en el presupuesto fáctico de salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo no puedan cumplir en el desempeño de sus funciones, fijando un plazo referencial de seis meses o más en un lapso de dos años³⁵.

En consecuencia, la aplicación de la causal de salud incompatible, debidamente fundamentada, no vulnera la garantía de igualdad ante la ley prevista en el numeral 2° del citado artículo 19 de la Constitución.

3. Reflexiones finales

La función administrativa, en términos generales, es aquella que propende a la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua -artículos 3 y 28 Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante, Ley N° 18.575-, es decir, responde a una actividad orientada esencialmente al interés público o general, lo que es plenamente coherente con el principio de servicialidad del Estado -artículo 1°, inciso 4°, Constitución Política y artículo 3°, inciso 1°, Ley N° 18.575-.

En este contexto, dicha actividad se rige, entre otros, por los principios de continuidad, de regularidad, de eficacia y eficiencia -artículo 3° Ley N° 18.575-,

34 Contraloría General de la República, Dictamen 11.774/2017.

35 Tribunal Constitucional, Rol N° 2.921-2015, 13-10-2016 (C. 6°).

debiendo las autoridades y funcionarios velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública -artículos 5 Ley N° 18.575 y 9 Ley N° 19.880-, constituyendo una especial contravención al principio de probidad administrativa el contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración -artículo 62 N° 8 Ley N° 18.575-.

Como lo destaca Bermúdez, “la eficacia dice relación con la finalidad primera de la Administración Pública, que es la satisfacción de las necesidades públicas. Ésta se debe realizar en el menor tiempo posible, con el máximo aprovechamiento de los recursos que los funcionarios públicos tienen a su disposición para ello, es decir, de manera eficiente. “En la medida en que las metas propuestas se logren o se descubran mejores medios para obtenerlas a menor costo y menos esfuerzo, a la organización se le atribuyen los valores de eficacia y eficiencia organizacionales”³⁶.

Los principios señalados previamente, constituyen el fundamento de la posibilidad legal de declarar la salud de un funcionario público como incompatible para el desempeño de un cargo.

En esta dimensión, el Tribunal Constitucional ha expresado que la Administración del Estado, conforme al principio de servicialidad del artículo 1°, inciso 4°, de la Constitución Política, debe atender necesidades públicas en forma continua y permanente, lo que efectúa por medio de los servicios públicos. Ello obliga a la Administración Pública a atender las necesidades colectivas por medio de personas idóneas para el desempeño de las tareas que se les encomiende y al no existir dicha idoneidad se vuelve imposible el cumplimiento de la función pública³⁷.

También sostiene ese tribunal, que no merece reproche el criterio adoptado en el artículo 150, letra a), de la Ley N° 18.834, que permite declarar vacante un cargo público por salud irrecuperable o incompatible con el cargo de quien lo desempeña, en razón que el funcionario afectado no puede desempeñar la función y tareas inherentes al mismo, o bien, lo hará de modo deficiente, por lo que resulta razonable que el cargo sea ocupado por una persona idónea para así dar debido cumplimiento a la función pública³⁸.

En el mismo sentido, Celis expone que la aplicación de los referidos artículos del Estatuto Administrativo no merece reproche alguno, precisando, que resulta

36 Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legalpublishing – Thomson Reuters), 2014, p. 389.

37 Tribunal Constitucional, Rol N° 2.024-2011, 13-12-2012 (C. 6° y 7°).

38 Tribunal Constitucional, Rol N° 2.024-2011, 13-12-2012 (C. 9°).

del todo razonable que un cargo declarado vacante por alguna de las causales estudiadas sea reemplazada por una persona idónea y necesaria para el cumplimiento de la función pública³⁹.

En ese orden de ideas, es dable recordar que el principio de probidad previsto en los artículos 8° de la Carta Fundamental y 52 de la Ley N° 18.575, dispone que en el ejercicio de sus funciones públicas las autoridades respectivas, deben actuar dando preeminencia al interés general por sobre el particular, interés general que, conforme con el artículo 53 de ese cuerpo legal, exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz -en plena concordancia con el inciso segundo del artículo 3° de dicha ley-, y el recto y correcto ejercicio del poder público⁴⁰.

Así, en la labor confiada a la Administración del Estado, la capacidad de lograr los resultados u objetivos deseados o conseguir un efecto determinado con el mínimo posible de recursos, ya sea financieros, materiales o humanos, es parte esencial de la función administrativa confiada al Poder Ejecutivo -artículos 24 Constitución Política y 1° Ley N° 18.575-, en lo cual no parece razonable ni conveniente que intervenga el Poder Judicial, máxime, si el Poder Legislativo ha dotado a los organismos administrativos de expresas potestades legales al efecto, es decir, para gestionar racionalmente los recursos de que disponen.

Lo contrario, puede conducir a una deficiente o inadecuada gestión de los asuntos encomendados a la Administración del Estado, con grave daño al interés público o interés general por el cual debe prioritariamente velar, afectando de paso el principio de servicialidad del Estado, consagrado tanto a nivel constitucional -artículo 1, inciso 4°- como a nivel legal -artículo 3°, inciso 1°, Ley N° 18.575-.

La declaración de vacancia de un cargo público, como causal de cesación de funciones determinada objetiva y unilateralmente por el legislador -extinción del vínculo estatutario-, contempla dos hipótesis claramente diferenciadas, con procedimientos y fines diversos. Por un lado, la declaración de salud incompatible y, por el otro, la declaración de salud irrecuperable.

La Contraloría General de la República, a través de su jurisprudencia administrativa, ha sostenido que la resolución de la evaluación que realice la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez constituye para la autoridad que la solicita un antecedente sobre la irrecuperabilidad de la salud del servidor, ya que se trata de la

39 Celis, Gabriel, *Derecho de la Función Pública* (Thomson Reuters), 2020, pp. 576-577.

40 Contraloría General de la República, Dictamen 49.135/2015; Contraloría General de la República, Dictamen 18.850/2017; Contraloría General de la República, Dictamen 10.046/2020; Contraloría General de la República, Dictamen E62738/2020; Contraloría General de la República, Dictamen E133172/2021.

valoración que un organismo técnico especializado realiza acerca de la condición de salud de ese empleado.

Además, ha expresado que, si la Comisión estima que la salud del funcionario es recuperable, la autoridad se encuentra facultada para declarar su incompatibilidad con el desempeño del cargo en los términos que lo permiten las leyes N° 18.834 y N° 18.883 -en sus respectivos ámbitos de aplicación-, mientras que si informa que la salud es irrecuperable, procederá que el funcionario de que se trate cese en sus funciones en virtud de tal causal, no resultando posible declarar la referida incompatibilidad⁴¹. En definitiva, ha precisado que la facultad de declarar la salud incompatible con el desempeño del cargo se encuentra limitada, únicamente, por el hecho que haya mediado una declaración de salud irrecuperable⁴²,

En mi opinión, tal interpretación es la más ajustada al texto legal expreso, pues atribuye a la autoridad de un servicio la facultad exclusiva de declarar la vacancia de un cargo por salud incompatible con su desempeño, la que no se ha visto alterada por la inclusión del inciso 3° en los artículos 151 y 148 de las leyes 18.834 y 18.883, respectivamente, que solo contempla una exigencia adicional para hacer efectiva tal atribución, consistente en la solitud previa que debe formularse a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez a fin de que se pronuncie acerca de la irrecuperabilidad de la salud del empleado, requisito este último que solo tiene por objeto salvaguardar su derecho a cesar en funciones por la causal de salud irrecuperable, en el evento que así se declare por ese organismo técnico y, de ese modo, acogerse a los beneficios remuneratorios y previsionales que derivan de tal irrecuperabilidad.

Por todas las razones esbozadas, estimamos que la interpretación efectuada por la Corte Suprema en la materia resulta equívoca, debido a que no considera el claro sentido de la normativa ni la correspondencia y armonía existente entre las disposiciones que regulan la declaración de salud irrecuperable y la declaración de salud incompatible para el desempeño del cargo, infringiendo las reglas de interpretación de la ley previstas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, sin que se aprecien razones plausibles para dejar sin efecto práctico las normas legales pertinentes, afectando con ese criterio el adecuado desarrollo de la función pública y la correcta administración de los recursos públicos.

41 Contraloría General de la República, Dictamen 17.351/2018; Contraloría General de la República, Dictamen 33.241/2019; Contraloría General de la República, Dictamen E119861/2021.

42 Contraloría General de la República, Dictamen 8.178/2017.