

Minuta
SOBRE LA CESACIÓN EN EL CARGO O FUNCIÓN POR SALUD
INCOMPATIBLE O POR SALUD IRRECUPERABLE

1. MOCIÓN PRESENTADA POR SENADORA CAROLINA GOIC EN 2016
Y QUE FUERA DECLARADA INADMISIBLE

1.1 Fundamentos

El artículo 146 del Estatuto Administrativo establece la cesación en el cargo de funcionario público por la declaración de vacancia del mismo. Por su parte, el artículo 150 del mismo cuerpo legal dispone que la declaración de vacancia procederá, entre otras causales, por la “salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo”. Similares disposiciones se contienen en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, en el Estatuto Docente y en el Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal.

Es posible constatar que el tratamiento legislativo, en particular a lo referido a los derechos y prerrogativas del funcionario público es extremadamente diferente según se trate de la declaración de salud irrecuperable o de la consideración de que aquel tiene salud incompatible con el desempeño del cargo. En este último caso no existirían las adecuadas garantías e incluso podría estimarse que hay afectación de garantías constitucionales.

Tratándose de la declaración de salud irrecuperable 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, y sólo si transcurrido dicho plazo el empleado no se retirare, procederá la declaración de vacancia del cargo. Se reconoce como derechos para el funcionario que, a contar de la fecha de la notificación y durante el referido plazo de seis meses, no esté obligado a trabajar y pueda gozar de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo, las que serán de cargo del empleador. Para su determinación existe un pronunciamiento de un órgano experto, puesto que es la

Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez competente la que declara irrecuperable la salud de un funcionario. El rol del jefe superior del servicio respectivo será el de notificar al empleador de la irrecuperabilidad una vez que la autoridad médica le haya comunicado la determinación en tal sentido. Por último, existe la posibilidad de que se revierta el pronunciamiento de la mencionada Comisión, en cuyo caso el funcionario podría reincorporarse a su cargo.

En cambio, tratándose de la consideración de salud incompatible, la situación del funcionario público es evidentemente desmedrada. Dispone el artículo 151 del Estatuto Administrativo que 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”. Considerada la salud del funcionario por el jefe de servicio respectivo como incompatible con el desempeño del cargo, se produce la inmediata declaración de vacancia del mismo. Es decir, no hay un pronunciamiento experto ni el trabajador tiene derecho a gozar de su remuneración por un cierto tiempo. Además, la posibilidad de revertir la decisión es extremadamente difícil.

El Tribunal Constitucional ha señalado 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”. Tal criterio se orienta a exigir que el ejercicio de dicha facultad por parte del respectivo jefe de servicio se ajuste “a todas las disposiciones constitucionales y legales aplicables para ser jurídicamente irreprochable” y a vedar “todo abuso en el ejercicio de una potestad pública”. Entiende el Tribunal Constitucional que no basta el mero uso de licencia por el mencionado lapso para formular la declaración de vacancia del cargo, sino que es necesario que ello dé cuenta de una irrecuperabilidad y únicamente en esa hipótesis sería admisible tal determinación, pues sólo en tal caso no sería posible continuar desempeñando el cargo (ver sentencia TC Rol 2024-11-INA, de 13 de diciembre de 2012).

A pesar de tal criterio del Tribunal Constitucional, los derechos de los funcionarios están severamente limitados. La ley no define el procedimiento para que el respectivo jefe de servicio tome esta determinación, ni se garantiza que el funcionario sea escuchado antes de que ella sea tomada. A lo anterior hay que sumar el criterio de la Contraloría General de la República respecto del ejercicio de esta facultad, la cual, a través de reiterada jurisprudencia administrativa, ha concluido que “compete privativamente a la superioridad del Servicio calificar si el goce de licencia médica durante el lapso indicado puede estimarse que implica tener salud incompatible con el desempeño del empleo, sin que corresponda a este Organismo de Control revisar los fundamentos que hubiere tenido en cuenta la autoridad para adoptar la medida en cada caso particular” (ver, entre otros, dictamen CGR núm. 38312, de 23 de agosto de 2007).

La Constitución Política de la República, en su artículo 19 núm. 9 asegura a todas las personas el “derecho a la protección de la salud” y, específicamente tal garantía se concreta, al tenor del párrafo segundo de dicho numeral, en el deber del Estado de proteger “el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. Las disposiciones de los artículos 150 a) y 151 del Estatuto Administrativo, al establecer la salud incompatible, del modo que lo hacen, como causal de declaración de vacancia de un cargo público afectarían severamente el mencionado derecho, al faltar el Estado al deber constitucional de proteger el acceso a acciones orientadas a la recuperación de la salud y rehabilitación (ver, al respecto, prevención de Ministros Viera-Gallo y Suárez en la sentencia TC Rol 2024-11-INA, de 13 de diciembre de 2012).

Debemos agregar que las normas 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° de D.S. núm. 3, de 1984, del Ministerio de Salud, dispone que “[c]ompletadas 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 citado artículo que “[c]umplidas 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 medicina, 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, el resto del ordenamiento posibilita que existan licencias continuas hasta por un año, al cabo del cual, previo pronunciamiento sobre la recuperabilidad por un órgano experto, puedan extenderse por un tiempo mayor.

Lo señalado precedentemente sobre la cesación en el cargo por salud incompatible en el Estatuto Administrativo resulta predicable, igualmente, respecto de las normas del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, del Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal y del Estatuto Docente.

Los fundamentos antes expuestos aconsejan revisar la normativa que establece y regula la salud incompatible para el ejercicio del cargo o función como causal cesación. En nuestro concepto, sólo debieran contemplarse para dicho efecto los casos de salud irrecuperable, para los cuales existe una regulación con garantías y resguardos razonables.

1.2 Texto propuesto como proyecto de ley

Artículo 1°.- *Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°29, de 2004, del Ministerio de Hacienda:*

- a) *Suprímese en el literal a) del artículo 150 las expresiones “o incompatible con el desempeño del cargo”, y*
- b) *Derógase el artículo 151.*

Artículo 2°.- *Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N°18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales:*

- a) *Suprímese en el literal a) del artículo 147 las expresiones “o incompatible con el desempeño del cargo”, y*
- b) *Derógase el artículo 148.*

Artículo 3°.- *Introdúcense las siguientes modificaciones a la letra h) del artículo 72 del Estatuto Docente, contenido en el decreto con fuerza de ley N°1, de 1996, del Ministerio de Educación, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.070 que aprobó el Estatuto de los Profesionales de la Educación, y de las leyes que la complementan y modifican:*

- a) *Suprímese en el párrafo primero las expresiones “o incompatible con el desempeño de su función”, y*
- b) *Suprímese el párrafo segundo, que señala “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”.*

Artículo 4°.- *Suprímese en la letra g) del artículo 48 de la Ley núm. 19.378, Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal, las expresiones “o incompatible con el desempeño de su cargo,”.*

2. MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 21.050, QUE OTORGA REAJUSTE DE REMUNERACIONES A LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO, CONCEDE AGUINALDOS QUE SEÑALA, CONCEDE OTROS BENEFICIOS QUE INDICA, Y MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES, DE 07 DE DICIEMBRE DE 2017

2.1 Contenido de la modificación

Mediante su artículo 63 agregó el siguiente inciso tercero nuevo al artículo 151 del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo:

"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 irreuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo."

Por su parte, el artículo 64 agregó el siguiente inciso tercero nuevo al artículo 148 de la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para 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."

Es decir, la nueva norma tuvo por objeto agregar, mediante el nuevo inciso tercero, un requisito a la facultad que se reconoce a jefes de servicios y alcaldes en el inciso primero de las respectivas disposiciones, cual es la evaluación de la irrecuperabilidad por un órgano experto.

2.2 Cuestiones problemáticas sobre la modificación

Al hacerse obligatoria la declaración de irrecuperabilidad para considerar la existencia de salud incompatible, podría entenderse que en la práctica estaría desapareciendo la diferenciación entre salud incompatible y salud irrecuperable.

De este modo, tanto tratándose de un funcionario regido por el Estatuto Administrativo como por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales se exigirá siempre la declaración de la irrecuperabilidad de la salud para poder declarar la vacancia del cargo. Dado ello, resultarían aplicables las disposiciones del artículo 152 o del artículo 149, según el caso. Así, declarada irrecuperable la salud de un funcionario, éste deberá retirarse de la Administración/Municipalidad dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que se le notifique la resolución por la cual se declare su irrecuperabilidad y si transcurrido este plazo el empleado no se retirare, procederá la declaración de vacancia del cargo. Conforme a la citada disposición, 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.

Sin embargo, cabe tener presente que la reforma de la ley 21.050 dejó inalterado el texto del inciso primero de los respectivos artículos 151 (EA) y 148 (EAFM). Estos señalan que el jefe de servicio o el alcalde podrán 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”. Resulta difícil entender cómo podría hacer tal consideración sin mediar esta declaración, dado el nuevo inciso tercero de ambos artículos. En nuestro concepto, la reforma junto con agregar este último inciso, debió suprimir las expresiones, “sin mediar declaración de salud irrecuperable”.

Por otra parte, es preciso destacar que las modificaciones introducidas por la ley 21.050 solo dicen relación con el Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Nada señaló respecto del Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal ni del Estatuto Docente.

3. ORIENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Considerando lo señalado precedentemente, se sugieren las siguientes orientaciones:

- a) Se debiera establecer y explicitar con claridad solo una causal de cesación en el cargo de funcionario por la declaración de vacancia del mismo vinculada a la salud de éste, la que necesariamente debiera estar asociada a la irrecuperabilidad de la salud.
- b) Respecto del cese por esa causa vinculada a la salud irrecuperable del funcionario, siempre debiera condicionarse a la declaración previa de la misma por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez competente.
- c) En todos los casos debiera contemplarse que, a contar de la fecha de la notificación y durante el 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.
- d) Todo lo anterior debiera regularse armónicamente en el Estatuto Administrativo, el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, el Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal y el Estatuto Docente.

Valparaíso, abril de 2018.