

**Sergio
Guzmán Silva**

serguzsil@gmail.com

Desnaturalización de la función pública por los Tribunales Superiores de Justicia: la salud incompatible con el desempeño del cargo como causal de vacancia. Análisis crítico de la sentencia dictada en causa Rol 58.355-2021 de la Excma. Corte Suprema de Chile

Denaturalization of the public function by the Superior Courts of Justice: incompatible health as grounds for vacancy of the public function. Critical analysis of the sentence handed down in case 58.355-2021 of the Hon. Supreme Court of Chile

Resumen: De un tiempo a esta parte, la Excma. Corte Suprema de Chile ha introducido en sus sentencias relativas a la declaración de vacancia por salud incompatible una interpretación individualista de la función pública, desnaturalizándola y perdiendo de vista el fundamento de las diferencias regulatorias que existen entre el empleo público y el privado. En estas líneas, analizaré el porqué de la diferente regulación, cómo es que ese fundamento ha sido rescatado tanto por el Tribunal Constitucional como por la Contraloría General de la República y el problema que representa, para la vigencia de los principios de servicialidad y regularidad de la Administración del Estado, esta desnaturalización de la función pública, a propósito de reciente jurisprudencia del máximo tribunal respecto de la causal de vacancia denominada “salud incompatible con el desempeño del cargo”.

Palabras clave: Función pública; servicialidad y regularidad de la Administración del Estado; salud incompatible.

Abstract: For some time now, the Hon. Supreme Court has introduced an individualistic interpretation of the public function in its rulings on vacancy due to incompatible health, distorting it and losing sight of the foundation of the regulatory differences that exist between public and private employment. In these lines I will analyze the reason of the different regulation, how that foundation has been rescued both by the Constitutional Court and by the Comptroller General of the Republic, and the problem that it represents, for the validity of the Principles of Serviceability and Regularity of the Public Administration, the denaturalization of the public function, regarding the recent jurisprudence of the highest court concerning the cause of vacancy called “incompatible health with the performance of the position”.

Keywords: Public function; serviceability and regularity of the Public Administration; incompatible health.

La Administración del Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Para eso, deben atenderse las necesidades públicas en forma continua y permanente¹. Eso es lo que explica la existencia de distintos estatutos jurídicos que regulan el régimen de trabajo de los funcionarios a través de los cuales el Estado satisface esas necesidades colectivas y que, a ellos, por ejemplo, les esté vedado el derecho a huelga. De lo contrario, el constituyente y el legislador habrían aplicado el Código del Trabajo a los funcionarios públicos, cuestión que no hicieron de manera general.

En prácticamente todas las relaciones laborales del Estado de Chile con sus funcionarios² es posible encontrar tanto el requisito de ingreso consistente en poseer “salud compatible con el desempeño del cargo” —en otros ordenamientos, denominado como “capacidad funcional para el desempeño de las tareas” (Parejo, 2018, p. 1.161)³— como la causal de cese de la relación consistente en la declaración de salud incompatible con su desempeño (Valdivia, 2018, pp. 120 y 124). Lo anterior pareciera ser lógico si se considera que es nada menos que el interés general lo que está detrás del empleo público y las necesidades que, con él como vehículo, se satisfacen por el Estado (STC Rol 3006-16-INA). El motivo de esto, nuevamente, es que se trata de prestaciones que no pueden suspenderse ni paralizarse, dado el principio de la servicialidad del Estado y el grave detrimento que se seguiría, de suceder aquello, para la población más menesterosa del país.

De un tiempo a la fecha, esto que aparece tan claro de la legislación estatutaria ha sido, a mi juicio, paulatinamente desnaturalizado por la jurisprudencia

de los tribunales superiores de justicia, los que han aplicado criterios individualistas y privatistas propios de la legislación laboral común en la que el interés satisfecho es uno de carácter particular, para resolver cuestiones contenciosas que se explican solo desde la legislación especial y que tienen su fundamento, como dije, en el interés de la colectividad.

Estudiaré a continuación una de esas materias “desnaturalizadas”: la de la declaración de vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo. Para esos efectos, se revisará críticamente la sentencia Rol 58.355-2021, dictada por la Corte Suprema el pasado 27 de agosto de 2021 en cuanto confirmó —sin declaración— la resolución definitiva dictada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en autos Rol Protección-932-2021, que a su vez hizo lugar al recurso incoado por una funcionaria a quien se aplicó la causal de vacancia del cargo del artículo 148 de la Ley N° 18.883.

Es mi opinión, lo adelanto, que ambas cortes incurren en yerros que desconocen la naturaleza jurídica propia de la relación estatutaria entre la Administración del Estado y sus funcionarios. Además, los errores se producen en el contexto de la acción constitucional de protección, que ha reemplazado, en ocasiones no adecuadamente, la ausencia de un contencioso administrativo general (Vergara, 2018, pp. 70-71). Lo anterior es aún más relevante si se considera que la ley, en el artículo 156 del Estatuto Municipal, ha creado un procedimiento de impugnación administrativo ante la Contraloría General de la República, lo que debería, en teoría, funcionar como un “foro alternativo a la jurisdicción” (Valdivia, 2017, p. 351).

¹ Es lo que se ha denominado el principio de la “servicialidad del Estado”, consagrado, para la Administración, en los artículos 1 de la Constitución Política de la República y 3 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

² V.gr. artículos 12 letra c) y 151 de la Ley 18.834, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos; artículos 9 letra c) y 84 del Estatuto del Personal del Senado; artículos 23 letra b) y 70 del Estatuto del Personal de la Cámara de Diputados; artículos 14 y 32 quinquies N° 4 del DS 412 de 1991 del Ministerio de Defensa, que aprueba el Estatuto del Personal de Carabineros de Chile; artículo 295 letra c) del Código Orgánico de Tribunales; artículo 84 bis de la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central; y artículos 24 N° 3, 72 letra h) y 72 bis de la Ley 19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación, entre otros.

³ En el mismo sentido, la página 1.163, donde se determina que incluso para la contratación de personas con discapacidad, es necesario acreditar la compatibilidad con el desempeño de las tareas.

1. Descripción del caso

Doña Johana Francis Salas Maldonado ingresó a trabajar en la Municipalidad de Punta Arenas el 1 de julio de 2002 en diferentes calidades y cargos. Desde fines de 2019, comenzó a hacer uso de licencias por afecciones surgidas a raíz del fallecimiento de su marido. Regresó a sus labores el día 7 de junio de 2021, luego de más de 431 días de licencia médica, siéndole notificado cuatro días más tarde el Decreto Alcaldicio N° 1.085, que declaró vacante el cargo de planta grado 13° de la Escala Municipal de Sueldos del que era titular por la causal de “salud incompatible con el desempeño del cargo”, esto es, por haber hecho uso de licencia médica por más de seis meses en los últimos dos años, y haber sido su salud declarada como “recuperable” por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de Magallanes y la Antártica Chilena.

En contra de ese acto administrativo, la otrora funcionaria municipal dedujo recurso de protección, por

considerar que constituía una acción ilegal y arbitraria que la vulneraba y privaba en el ejercicio de sus derechos de integridad física y psíquica, igualdad ante la ley, de protección de la salud y a la propiedad. El asunto fue resuelto en primera instancia por la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas mediante sentencia definitiva de fecha 5 de agosto de 2021, dictada en autos Rol Protección-932-2021, haciendo lugar al recurso en todas sus partes, dejando sin efecto la mentada resolución municipal y disponiendo la reincorporación de la servidora a sus funciones, con derecho al pago de las remuneraciones devengadas en el tiempo intermedio.

En contra de esa sentencia dedujo la Municipalidad de Punta Arenas recurso de apelación para ante la Excm. Corte Suprema, la que resultó a la postre confirmada mediante sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 27 de agosto de 2021, dictada en autos Rol 58.355-2021⁴.

2. Análisis crítico

2.1. La norma, antes y después de la Ley N° 21.050

El artículo 10 letra c) de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, dispone que para ingresar a la municipalidad será necesario cumplir, entre otros, el siguiente requisito: “c) Tener salud compatible con el desempeño del cargo”.

Consecuentemente, el artículo 147 de la misma ley

dispone que la declaración de vacancia en el cargo procede por “a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo”.

Por último, el artículo 148 disponía, hasta diciembre de 2017, lo siguiente:

“Artículo 148.- El alcalde podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber

⁴ Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Sergio Muñoz G. (P), Ángela Vivanco M., Adelita Ravanales A., Mario Carroza E., y la Abogada Integrante M.^a Angélica Benavides C.

hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.

No se considerarán para el cómputo de los seis meses señalado en el inciso anterior, las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 114 de este Estatuto y el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo”.

El año 2017, el artículo 64 de la Ley N° 21.050 introdujo un nuevo inciso tercero a la norma, del siguiente tenor:

“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”.

A mi juicio, lo que pretendió el legislador con esta última modificación fue evitar que quedara al arbitrio del alcalde —o del jefe del servicio, en el caso de la Ley N° 18.834— la declaración acerca de la recuperabilidad o irrecuperabilidad de los funcionarios, radicando así en la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) la competencia técnica para hacerlo.

Como fuere, el procedimiento para declarar vacante el cargo de planta de un funcionario por salud incompatible, después de 2017, pasa por pedir informe a la COMPIN para que declare si su salud es recuperable o irrecuperable. Si declara lo primero, el alcalde está facultado para terminar el vínculo estatutario con el funcionario por la causal de “salud incompatible con el desempeño del cargo”, en la medida en que aquel hubiese hecho uso de más de seis meses de licencia médica común en dos años, o que el alcalde lograre probarlo por otros medios, como se verá. Si, por el otro lado, la salud es declarada irrecuperable, el funcionario deberá retirarse de la Municipalidad en el plazo de seis meses. De lo contrario, se le declarará vacante el cargo. Cabe hacer presente que lo dicho a propósito de la facultad del alcalde está regulado en iguales términos respecto del jefe superior del servicio, en el caso de los funcionarios regidos por la Ley N° 18.834,

Estatuto de los Funcionarios Públicos.

2.2. Argumentos de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas confirmados por la Corte Suprema. Jurisprudencia más reciente de la Contraloría General de la República

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas resolvió el asunto en favor de la recurrente teniendo en cuenta los siguientes argumentos, que serían luego confirmados por la Corte Suprema:

1. Si el dictamen de la COMPIN expresa que la salud es “recuperable”, debe concurrir un segundo requisito, cual es que su salud no le permita desempeñar el cargo. Esa última situación ha de encontrarse debidamente fundada, debiendo considerarse, al menos, el tipo de trabajo que desempeña, las necesidades del servicio y las particularidades de la situación de salud que aqueja al funcionario (Considerando quinto);

2. El ordenamiento jurídico no contempla una etapa previa a la dictación del acto terminal en que el 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 (Considerando sexto, citando el considerando décimo de la SCS Rol 39.585-2020);

3. De la sola lectura del Decreto Alcaldicio N° 1.085 se advierte que no se expresan las razones que llevan a estimar que la salud de la recurrente no le permite desempeñar el cargo, limitándose a citar dos dictámenes de la Contraloría General de la República que facultan a la autoridad para declararlo con el solo mérito del tiempo de licencias médicas (Considerando séptimo);

4. Por eso, el acto es ilegal y arbitrario, por cuanto no cumple los requisitos legales para su procedencia ni se encuentra debidamente motivado, toda vez que no considera los antecedentes o elementos que llevan a concluir que su salud no le permite desempeñar el cargo. Además, los documentos acompañados sirven para

llegar a la conclusión de que la servidora se desempeñó en distintas reparticiones y cargos sin haber sido objeto de medidas disciplinarias, y que ascendió cuatro grados de la escala remuneratoria en el tiempo que estuvo en la Municipalidad (Considerando octavo);

5. Por último, la falta de motivación afecta el derecho de igualdad ante la ley y de propiedad, toda vez que de sostenerse lo planteado por la Municipalidad se produciría el absurdo de que, ante una licencia médica de mayor cantidad de días, no se declare vacante el cargo, por tratarse de una facultad del alcalde (Considerando noveno).

Es posible destacar que en la materia, recientemente al menos, las cortes de apelaciones han tenido distintas interpretaciones sobre la aplicación de esta causal, sin que, al menos este último año (2021), pueda predicarse lo mismo de la Corte Suprema, la que ha sido más bien constante en sus resoluciones⁵. La Contraloría General de la República, por su parte —y como es clásico en ella— ha mantenido su línea jurisprudencial a lo largo de los años, resolviendo expresamente luego de la reforma de 2017 que el alcalde está facultado para resolver la vacancia en el cargo por salud incompatible si la COMPIN estima que la salud es recuperable (Dictamen 17.351N18).

En este último sentido, por ejemplo, la Corte Suprema mediante sentencia de fecha 28 de diciembre de 2021 dictada en autos Rol 58.191-2021 revocó lo resuelto previamente por la Il^{ta}. Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol Protección-623-2021, haciendo lugar al recurso intentado por una funcionaria del Hospital San Juan de Dios —a quien se había declarado vacante el cargo por salud incompatible— señalando específicamente que la declaración de recuperabilidad de la salud por parte de la COMPIN es vinculante para el

servicio respectivo (Considerando octavo). En la misma sentencia de segunda instancia, la Corte resuelve en similares términos a los de la sentencia estudiada de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, manifestando que el ordenamiento jurídico no contempla una etapa de participación del afectado previo a la declaración de vacancia (Considerando décimo primero), y que la ilegalidad de la resolución se debe a que la salud había sido previamente declarada “recuperable” por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, reiterando así el parecer del más alto tribunal de la República en orden a que el jefe de servicio se ve limitado y obligado por la resolución del organismo médico.

Lo que también llama profundamente la atención es la falta de concordancia entre la jurisprudencia judicial y la administrativa, contenida en los dictámenes de la Contraloría General de la República⁶. Muy recientemente, este último ente señaló en su dictamen N° E188441N22, que la modificación legal introducida en los estatutos municipal y de funcionarios públicos por la Ley N° 21.050 —y que dispuso la exigencia de solicitar a la COMPIN un pronunciamiento previo relativo a la “recuperabilidad” de la salud— no suprimió la facultad de la autoridad de disponer la vacancia del cargo por salud incompatible. Los mismos solicitantes de ese dictamen (la Asociación Nacional de Funcionarios de Aduanas de Chile) manifestaron en su presentación que el dictamen N° 17.351 de 2018 se opone a la jurisprudencia más reciente de los tribunales. En suma, la Contraloría interpreta lo que a mi juicio constituye el verdadero sentido y alcance de la norma: que entender lo contrario sería dejar sin aplicación la ley, que esa atribución atiende precisamente a la necesidad de velar por la continuidad en el ejercicio de las funciones públicas de los órganos de la Administración del Estado y que, si el legislador hubiese querido vetar la posibilidad de que se declare

⁵ Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Sergio Muñoz G. (P), Ángela Vivanco M., Adelita Ravanales A., Mario Carroza E., y la Abogada Integrante M.^a Angélica Benavides C.

⁶ Cuestión por lo demás de no tan rara ocurrencia, pese a que en el último lustro tanto la Contraloría General de la República como la Excma. Corte Suprema han ido ajustando recíprocamente sus resoluciones (solo por poner algunos ejemplos, sucedió esta “adaptación de la jurisprudencia” a propósito de la situación de los servidores a honorarios y a contrata en la Administración del Estado y en lo relativo a la interpretación del deber de abstención consagrado en el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 10.336).

la incompatibilidad de la salud luego del dictamen de la COMPIN, lo habría señalado expresamente en la ley, lo que sabemos no hizo.

Por último, es relevante señalar que, en virtud del artículo 161 Bis del Código del Trabajo —introducido por el artículo único N° 25 de la Ley N° 19.759— la invalidez total o parcial no es justa causa para el término del contrato de trabajo, situación radicalmente distinta de la estudiada.

2.3. Acerca de la constitucionalidad del despido público por enfermedad del funcionario

Luego, atendida la evidente diferencia con el régimen laboral común en la materia, urge revisar la constitucionalidad de la potestad de terminar el nombramiento de planta por salud incompatible con su ejercicio. Hasta esta fecha, existe un solo pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativo a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 148 del Estatuto Municipal⁷. En efecto, se resolvió con fecha 15 de septiembre de 2020 en autos Rol 8.261-2020 que, si bien la norma específicamente cuestionada no había sido objeto de pronunciamientos anteriores por esa magistratura, aquella era equivalente a la del artículo 151 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo (Considerando quinto). Asimismo, se resolvió que no resulta cuestionable la aplicación de la norma pues lo que se autoriza es poner término al ejercicio de un cargo para el cual ya no se es idóneo. Detrás de esta facultad existe una finalidad de protección general de las personas destinatarias de los servicios del organismo público, como parte de la naturaleza inherente a la actividad del Estado, de satisfacción permanente de requerimientos de la población (Considerando sexto). Así, aparece como un elemento central del desempeño funcionario

en una entidad municipal el contar con las condiciones de idoneidad y capacidad necesarias para cumplir las obligaciones que el ordenamiento jurídico contempla (Considerando séptimo).

Por último, el Tribunal Constitucional resolvió —en lo que constituye a 2021 el ciento por ciento de su jurisprudencia sobre esta norma— que en el contexto de una Administración del Estado que tiene el mandato de atender necesidades públicas de manera continua y permanente, la exigencia de idoneidad y capacidad de quienes desarrollan la función pública aparece como un criterio razonable. Por lo mismo, la aplicación de los preceptos legales que permiten la declaración de vacancia por salud incompatible no aparece como atentatoria del principio de la servicialidad del Estado (Considerando decimosegundo). Agrego en este punto, entonces, que no resulta difícil entender por qué el principal criterio de imputación de responsabilidad civil aquiliana del Estado sea precisamente la “falta de servicio”, responsabilidad que emana directa y precisamente de la naturaleza misma de la actividad estatal (Zúñiga, 2013, p. 5).

Así, el fundamento de la existencia de estos requisitos y de la posibilidad de terminar el vínculo funcionario con una persona enferma, se justifica en el interés superior de la colectividad, que requiere que el Estado no cese ni suspenda su actividad de satisfacción de necesidades públicas, con lo que cede el interés particular —y legítimo, por cierto— del funcionario en favor del interés público. Se trata, en suma, de una verdadera carga pública que debe ser soportada por el funcionario y que resulta plenamente constitucional.

La función pública, entendida esta como el ejercicio de las labores que la Constitución chilena y las leyes han puesto sobre los funcionarios del Estado, tiene una lógica

⁷ En lo que toca a otros estatutos públicos, el Tribunal Constitucional ha rechazado diversos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 151 de la Ley 18.834 (STC Rol N° 2.921-15-INA, de fecha 13 de octubre de 2016, y STC Rol N° 3.028-16-INA, del 15 de noviembre de 2016) y del artículo 72 letra h) del DFL N° 1 de 1994, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación (STC Rol N° 3.006-16-INA, de fecha 6 de abril de 2017). Todas las sentencias, sin embargo, y con excepción de la individualizada en el cuerpo del escrito, son anteriores a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 21.050.

propia y de la que carecen los demás empleos privados. Es por eso que considero que los tribunales superiores de justicia desnaturalizan el empleo público, desde el momento en que dejan de tener en cuenta el interés de la colectividad, que es precisamente la justificación de las normas especiales que regulan los estatutos públicos, y se avocan exclusivamente a la relación entre la Administración y la persona natural que era funcionario, como si fuera una relación privada normal y no regida por leyes especiales.

Lo cierto es que la norma busca que el servicio estatal no se paralice por la enfermedad de sus funcionarios, pero reconoce que hay distintos intereses en juego (Valdivia, 2018, p. 106). Además, el legislador considera que es razonable una cierta protección de la salud de ellos, incluso superior a la de los trabajadores particulares. Así, es posible entender que existe una triple protección legal de los funcionarios públicos, algunas de cuyas manifestaciones no poseen los trabajadores del sector privado: i) los funcionarios gozan de la protección de sus remuneraciones: mientras hacen uso de licencia médica, sus remuneraciones son pagadas directa e íntegramente por su empleador y no por las cajas de compensación, las Isapres ni la COMPIN, con independencia del número de días de reposo y del monto que corresponda por subsidio de incapacidad laboral. Es el empleador el que luego recupera parte de ese subsidio, situación diametralmente opuesta a la de los trabajadores particulares. Así, el funcionario público no debe preocuparse de recibir menos dinero que su remuneración íntegra, ni de tramitar sus licencias ni perseguir su pago, lo que lo distraería de sus funciones habituales de interés público; ii) el legislador prohíbe que la causal del artículo 148 de la Ley N° 18.883 (o el 151 de la Ley N° 18.834) se utilice cuando el origen de las licencias médicas sea enfermedad profesional o maternidad. A lo anterior cabe, además, sumar el reciente dictamen de la Contraloría General de

la República (E127453N21)⁸, que por una interpretación extensiva incluye las licencias médicas por enfermedad del cáncer, las que no pueden ser entonces invocadas ni contabilizadas para la declaración de salud incompatible; y iii) el legislador entiende que seis meses de licencia médica común en dos años es un lapso razonable de protección del individuo a partir del cual ese interés particular cede en beneficio del interés general de que no se paralice la actividad de servicio público⁹.

2.4. Discrecionalidad y proporcionalidad tasada por el legislador

¿Puede considerarse arbitrario o desmotivado el ejercicio de una facultad discrecional, cuya proporcionalidad ya ha sido previamente tasada por el propio legislador? Esta pregunta es importante desde el momento en que es la misma ley la que dispone que el alcalde —o el jefe superior del servicio— puede considerar el uso de más de seis meses de licencia médica como manifestación de la salud incompatible con el desempeño del cargo de sus funcionarios. Así, el legislador no exige, como sí lo hacen las cortes, que se demuestre que la salud es incompatible, sino que determina previa, abstracta y generalmente que eso es motivo suficiente para usar la causal. Sobre este punto general, se ha dicho que

“[...] el problema de la discrecionalidad obedece a un asunto de ‘densidad regulatoria’ [...]. En otras palabras, qué tan detallada ha sido la potestad por el legislador. Una densidad baja no la torna en ilegal, pues ‘una ley puede contener diversos niveles de discrecionalidad’ [...] sin que ello importe actuaciones al margen de la ley” (Gómez, 2021, pp. 149-150).

Por eso, el ejercicio de las facultades discrecionales, creo, no puede resultar desproporcionado si se funda

⁸ En resumen, interpreta extensivamente las normas de la Ley Nacional del Cáncer, N° 21.258, y las hace aplicables a los funcionarios públicos en virtud del principio protector de las normas laborales comunes.

⁹ Como se dijo, esta posibilidad está vedada para el empleador en el Código del Trabajo, desde que su artículo 161 bis señala que la invalidez total o parcial no es justa causa para el término del contrato de trabajo.

en las causales determinadas de forma previa por el legislador o, si se quiere, si existe perfecta coincidencia o tipicidad entre la consecuencia y el supuesto de hecho, previstos ambos en la ley. En otras palabras, lo que resulta discrecional para el alcalde en el artículo 148 de la Ley N° 18.883 es, en primer lugar, si ejerce o no su facultad de declarar la salud incompatible de algún funcionario, en el evento de que exista una declaración previa de recuperabilidad por la COMPIN. Ahora bien, si opta por hacerlo, la ley dispone que *puede* considerar por salud incompatible el que se haya hecho uso de más de seis meses de licencia médica en dos años. De esta forma, y con la actual configuración de la ley, incluso es posible entender que esta última circunstancia no es la única que permite declarar la vacancia por salud incompatible, dado que el legislador utiliza la frase “podrá considerar”, y no “podrá declarar”. Así, podrían existir otras formas de salud incompatible, distintas a la extensión de licencias médicas.

En otras palabras, el uso de esta causal de vacancia es de carácter amplio y puede subsumir distintas situaciones que permitan aseverar que un funcionario no dispone ya del estado de salud suficiente para ejercer sus funciones de manera continua, regular y óptima. Ahora bien, si el alcalde decide ejercer su atribución en este supuesto —por motivos distintos al uso de licencias médicas—, tendrá que acreditarlo, debiendo en consecuencia el decreto que lo determine expresar las motivaciones de hecho y de derecho que justifiquen en el caso concreto que la salud no es compatible, pues la proporcionalidad de ese supuesto no estaría previamente tasada por el legislador.

Por otro lado, el mismo raciocinio permite, *a contrario sensu*, afirmar que cuando el alcalde —o, de nuevo, el jefe superior del servicio— declara la vacancia de un funcionario por hacer uso de más de seis meses de licencia médica en dos años, solo debe probar esta última circunstancia. Eso es así, pues el propio legislador es quien lo habilita de forma expresa, de manera tal que no resulta válidamente cuestionable la justicia o proporcionalidad de la ley por un tribunal ordinario de

la República. Solo el Tribunal Constitucional podría cuestionar la justicia o proporcionalidad de la norma, lo que, como vimos, no ha ocurrido hasta 2021. En lo demás, los tribunales están llamados a dar aplicación al derecho e interpretar y fijar su sentido y alcance, pero no a avocarse funciones creadoras, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, pues el juez es juez, mas no legislador.

En otras palabras, no puede un tribunal agregar mayores requisitos para el ejercicio de una atribución que los que ya considera el ordenamiento jurídico, so pretexto de ser injusta la norma, desproporcionada la medida o desmotivado el acto administrativo que la decida.

2.5. Críticas a la sentencia

En mi opinión, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y luego la Corte Suprema mantienen una visión individualista de la función pública, que pierde de perspectiva el servicio en pos del bien común que satisface la Administración del Estado a través de sus funcionarios. En su Considerando quinto la Corte agrega un requisito que no se lee en el artículo 148 de la Ley para cuando se usa la causal tasada que ella establece: probar que la salud no es compatible. Lo anterior es, además, ilógico, pues la administración pública empleadora no tiene la posibilidad de conocer las enfermedades de sus funcionarios, precisamente pues la ley protege su privacidad. Así, al momento de tramitar las licencias médicas, aquella parte del documento que señala el diagnóstico es cubierta y sellada con un aviso de que solo puede ser revisado por la Contraloría Médica de la COMPIN o de la Isapre. De esa forma, no se advierte qué antecedente podría manejar la Municipalidad en el caso concreto para acreditar que la enfermedad de la funcionaria no era compatible con el desempeño del cargo, desde que no podía suponer ni adivinar el motivo ni la naturaleza de su enfermedad.

Luego, la Corte considera que, dado que la ley no establece una etapa previa de audiencia del interesado, pesa sobre la Administración la exigencia de un grado

de diligencia mayor a la hora de fundamentar y motivar su decisión terminal. Sobre esto, efectivamente la ley no contempla una etapa de audiencia previa al funcionario, y no requiere hacerlo, dado que la declaración de vacancia no es una sanción administrativa, sino la constatación de la pérdida sobreviniente de un requisito de acceso y permanencia en la dotación pública. Por ese motivo, considero que no huelga en su caso la aplicación cabal de las garantías derivadas del debido proceso, sin perjuicio de la posibilidad cierta de recurrir administrativamente ante el mismo alcalde o a posteriori ante los tribunales de justicia para la revisión del acto de término¹⁰.

Asimismo, resulta grave que la Corte afirme que el Decreto Alcaldicio N° 1.085 no es suficientemente motivado y que en él no se reproducen las consideraciones que tuvo la administración, desde que una lectura rápida de su texto permite advertir fácilmente cuál fue el motivo de la declaración de vacancia, sin que puedan quedar dudas al respecto. Así, la resolución cuenta con motivos y motivación suficientes para impedir que pueda ser considerada arbitraria (Huepe *et al.*, 2019, pp. 24-25 y 54-55), máxime si se entiende —como se dijo más arriba— que es el legislador quien tasa la justicia y proporcionalidad de esa forma de constatar la incompatibilidad de la salud. Cosa distinta es que, considerando la Corte que existe un requisito “implícito” (atendido que no está en la ley), su falta de expresión en el acto administrativo lo torne arbitrario. Así, pareciera ser que lo realmente arbitrario es la argumentación de la Corte, que busca mediante un ejercicio de hermenéutica ampliar el texto de la ley, contraviniendo así una regla básica de interpretación, cual es que no toca al intérprete ampliar o restringir su verdadero sentido bajo el pretexto de lo favorable u odiosa que resulte una disposición (Código Civil, Art. 23).

En último turno, la Corte considera que la dictación del acto vulnera la igualdad ante la ley de la recurrente, dado que el alcalde podría eventualmente declarar la salud incompatible de algunos funcionarios en la misma situación, pero no de todos, por ser una facultad discrecional, lo que resultaría absurdo. Nuevamente yerra la Corte pues la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley debe ser medido de forma concreta y con situaciones similares, mas no en abstracto. Si se realiza el ejercicio en abstracto, lo cierto es que lo que se está cuestionando, entonces, es la constitucionalidad de la ley, facultad por cierto de la que carecen los tribunales ordinarios y que está, desde el año 2005, radicada en el Tribunal Constitucional. Así, el mentado decreto alcaldicio atentaría contra la igualdad ante la ley si acaso la recurrente hubiera acreditado que existían otras personas en igual situación a las que se hubiera tratado de forma disímil¹¹. No siendo así, lo cierto es que no es posible afirmar vulneración alguna, dado que una cosa solo puede ser desigual en relación con otra cosa, miradas desde un mismo prisma.

En suma, los tribunales superiores de justicia de Chile interpretan las normas funcionarias de los servidores públicos tomando solo en cuenta el interés privado y legítimo de ellos, sin considerar la naturaleza de esos cargos que explica que tengan un tratamiento constitucional y legal diverso del régimen común. Es lo que podría llamarse la “laboralización” del empleo público, manifestación a mi juicio de lo que algunos han llamado una nueva “vulgarización del derecho” (Peña, 2019), por la que resultan desplazadas las normas jurídicas abstractas y generales por la subjetividad y fervor de quienes se dicen interpretarlas.

¹⁰ Solo siendo lícito al tribunal, en este caso, revisar la verificación de las circunstancias fácticas reguladas por ley para la utilización de la potestad.

¹¹ En este sentido, discurre la discusión del juicio de tutela de derechos fundamentales RIT T-6-2017, caratulado “Patricia Annün Delgado con Municipalidad de Lago Verde”, seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Cisnes.

3. Conclusiones

Como señalé en el desarrollo del comentario existen beneficios que poseen los funcionarios públicos, algunos incluso de rango constitucional (Ojeda, 2001, p. 122), que se explican no tanto en razón del interés particular de la persona del funcionario mismo —lo que convertiría esos beneficios en una desigualdad arbitraria ante la ley—, sino por el interés del constituyente y del legislador en garantizar el principio aquel de la Administración del Estado, en virtud del cual, esta se encuentra al servicio de la persona humana y debe satisfacer las necesidades públicas de forma regular y continua. Es esta la razón de que existan “estatutos” que rigen las relaciones laborales entre los órganos del Estado y sus funcionarios, a través de los cuales aquel opera y sirve. En otras palabras, no se trata de una relación laboral común y corriente, propia del ámbito privado. De lo contrario, como se dijo al principio, el constituyente y el legislador habrían optado por regirla por las normas generales del Código del Trabajo.

Existen normas legales que restringen o limitan los derechos de los funcionarios públicos¹² por ese mismo motivo. Todo, de nuevo, con la intención deliberada de que el servicio público no se detenga, pues es el fin último del bien común, y no el interés particular del servidor público, lo que debe primar.

Los tribunales superiores de justicia de Chile hace ya bastante tiempo vienen desnaturalizando el empleo público, introduciendo a la ecuación criterios privatistas e individualistas del ámbito privado —quizás propios de los tiempos imperantes— que terminan por volver superfluas las diferencias que existen en la legislación y que tienen por causa la ya tantas veces nombrada necesidad de regularidad y continuidad del servicio, desconociendo de paso la verticalidad de la relación público-privada,

que deriva, como señala Arancibia, de que el Estado existe para asegurar el bien común (Arancibia, 2017, p. 8). Una de esas materias desnaturalizadas es la de la declaración de vacancia por salud incompatible, que si bien es siempre nombrada en los textos doctrinarios, no es tratada en extensión (v. gr. Bermúdez, 2014, p. 442 y pp. 471-472).

Uno de los puntos de tensión en la materia, además, lo constituye el hecho de que la Contraloría General de la República y la Corte Suprema mantienen diversos criterios interpretativos, rescatando la existencia y vigencia de la facultad estudiada, la primera, y desconociéndola la segunda. El problema, como en otros asuntos¹³, es que la interpretación del ente contralor resulta obligatoria de forma general para los órganos administrativos sujetos a su jurisprudencia, todo lo cual resulta a la postre en diferencias de solución que se explican únicamente en si el caso se judicializa o no, lo que redundando en diferentes aplicaciones de una misma norma.

En el caso estudiado, las cortes han realizado una interpretación extensiva, agregando requisitos que no se leen en el texto que dicen interpretar. Además, cuestionan la justicia de la ley, lo que no es otra cosa que su constitucionalidad, cuestión que está reservada al Tribunal Constitucional. Con eso, desnaturalizan la función pública por lo que generan variados problemas prácticos, administrativos y económicos. Si bien nadie desconoce que existen desviaciones de poder en la Administración, lo cierto es que malamente puede tratarse de arbitrario el ejercicio de una facultad discrecional cuya proporcionalidad viene ya tasada previamente por el legislador y que es reproducida en sus motivos en el acto administrativo respectivo.

¹² Asociación sindical, huelga, despido por licencias médicas, etc.

¹³ Por ejemplo, la necesidad de evaluación ambiental para el otorgamiento de permisos de edificación y/o la recepción definitiva de las obras.

Lo anterior ha generado en la Administración problemas tales como —solo por ejemplificar— el reemplazo de funcionarios reemplazantes, la existencia de funcionarios de hecho que suplieron cargos cuya vacancia fue luego revertida por los tribunales, el excesivo gasto en materia de personal por costos generados por sentencias judiciales, etc. De todas maneras, el problema no es uno exclusivamente judicial, dado que la Contraloría también ha seguido en la última década esa línea individualista en otras materias, a mi juicio.

Existen asuntos en que es posible distinguir bemoles, pero considero que la aplicación de la causal de vacancia por salud incompatible no es uno de aquellos,

en la medida en que el funcionario exceda el límite legal de licencias médicas. Lo contrario sería incurrir en la inejecución de la ley y el eventual notable abandono de sus deberes por el alcalde.

Al final del día, se trata de una interpretación y solución esperable y ya conocida de los tribunales, lo que hace que quienes tenemos cargos de responsabilidad jurídica en la Administración del Estado debamos ser pragmáticos y anticiparnos y exigir un cumplimiento normativo que vaya más allá de lo que señala la legislación, satisfaciendo —previamente— el eventual criterio judicial, al que casi irremediamente llega todo asunto de esta naturaleza.

Referencias

- Arancibia Mattar, J. (2017). La Relación jurídica público-privada: íter conceptual, atributos y criterios. En E. Soto (ed.). *El Derecho Administrativo y la protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC*. Santiago: Ediciones UC.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo General* (3.º ed.). Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Gómez González, R. (2021). *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Huepe, F., Morales, B., y Santibáñez, F. (2019). *Vicios del acto administrativo*. Santiago: Ediciones DER Ltda.
- Ojeda, B. (2001). *El régimen municipal chileno*. Santiago: LOM Ediciones.
- Parejo, L. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo* (9.º ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Peña, C. (16 de octubre de 2019). La vulgarización del derecho. *Nuevo poder*. <http://www.nuevopoder.cl/la-vulgarizacion-del-derecho/>
- Valdivia, J.M. (2017). Reflexiones sobre las acciones en Derecho Administrativo. En A. Schopf y J. Marín (Ed). *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Thomson Reuters.
- Valdivia, J.M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vergara, A. (2018). *Derecho Administrativo: Identidad y Transformaciones*. Santiago: Ediciones UC.
- Zúñiga, F. (2013). *Tratado jurisprudencial de Derecho Administrativo. Bases Constitucionales de la Administración del Estado. Tomo I*. Santiago: Thomson Reuters.

Normas citadas

- Decreto N° 412 de 1991 [Ministerio de Defensa]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile. 09 de agosto de 1991.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. 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. 10 de septiembre de 1996.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 16 de mayo de 2000. Do.O. No. 36.676.
- Decreto N° 1-19.653 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. No. 37.313.
- Decreto N° 29 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos. 16 de junio de 2004. D.O. No. 38.112.
- Decreto N° 100 de 2005 [Ministerio Secretaría General de la Presidencia]. Por el que se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile [CPR]. 17 de septiembre de 2005. D.O. 38.268.
- Ley N° 7.421. Código Orgánico de Tribunales. 15 de junio de 1943. D.O.
- Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. 04 de octubre de 1989. D.O. No. 33.518
- Ley N° 18.883. Aprueba Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales. 15 de diciembre de 1989. D.O. No. 33.557.
- Ley N° 19.759, Reajusta monto de ingreso mínimo mensual. 14 de mayo de 2001. D.O. No. 36.975.
- Ley N° 21.050, Otorga reajuste de remuneraciones a los trabajadores del sector público, concede aguinaldos que señala, concede otros beneficios que indica, y modifica diversos cuerpos legales. 01 de diciembre de 2017. D.O. No. 41.927
- Ley N° 21.258, Crea la Ley Nacional del Cáncer, que rinde homenaje póstumo al Doctor Claudio Mora. 26 de agosto de 2020. D.O. No. 42.746.
- Reglamento del Personal de la Cámara de Diputados
- Reglamento del Personal del Senado

Jurisprudencia citada

Constitucional

- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 13 de octubre de 2016, pronunciada en los autos Rol 2.921-15-INA [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad]
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 15 de noviembre de 2016, pronunciada en los autos Rol 3.028-16-INA [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 6 de abril de 2017, pronunciada en los autos Rol 3.006-16-INA [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad]

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 15 de septiembre de 2020, pronunciada en los autos Rol 8.261-2020 [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].

Judicial

- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 9 de septiembre de 2020, dictada en autos Rol 39.585-2020, “Navea con Servicio de Registro Civil e Identificación”.
- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 27 de agosto de 2021, dictada en autos Rol 58.355-2021, “Salas con Municipalidad de Punta Arenas”.
- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 27 de agosto de 2021, dictada en autos Rol 60.538-2021, “Flores con Municipalidad de Paine”.
- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 16 de septiembre de 2021, dictada en autos Rol 66.157-2021, “Salazar con Municipalidad de Recoleta”.
- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 28 de diciembre de 2021, dictada en autos Rol 58.191-2021, “Corro con Hospital San Juan de Dios”.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt [Primera Sala]. Sentencia de 12 de noviembre de 2020 dictada en autos Rol Laboral-300-2020, “Santana con Corporación Municipal Dalcahue Educación y Salud”.
- Corte de Apelaciones de Santiago [Novena Sala]. Sentencia de 2 de julio de 2021 dictada en autos Rol Protección-32-2021, “Müller con Municipalidad de Recoleta”.
- Corte de Apelaciones de Santiago [Tercera Sala]. Sentencia de 21 de julio de 2021 dictada en autos Rol Protección-623-2021, “Corro con Hospital San Juan de Dios”.
- Corte de Apelaciones de San Miguel [Quinta Sala]. Sentencia de 2 de agosto de 2021 dictada en autos Rol Protección-2.953-2021, “Flores con Municipalidad de Paine”.
- Corte de Apelaciones de Santiago [Sexta Sala]. Sentencia de 3 de agosto de 2021 dictada en autos Rol Protección-578-2021, “Salazar con Municipalidad de Recoleta”.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas [Primera Sala]. Sentencia de 5 de agosto de 2021, dictada en los autos Rol Protección-932-2021, “Salas con Municipalidad de Punta Arenas”.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Cisnes. Sentencia de 22 de marzo de 2018, dictada en los autos RIT T-6-2017, “Annün con Municipalidad de Lago Verde”.

Administrativa

- Contraloría General de la República, Dictamen N° 17.351 de 11 de julio de 2018.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E127.453 de 6 de agosto de 2021.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E188.441 de 24 de febrero de 2022.