

**Chillán, veintidós de enero de dos mil veinticuatro.**

Vistos:

1º.- Que, comparece el abogado Miguel Ángel Rodríguez Albarrán, en nombre de don [REDACTED] interponiendo acción de protección contra la Contraloría Regional de Ñuble, representada por don Mario Ricardo Quezada Fonseca, y en contra del Servicio de Salud Ñuble, representado por doña Elizabeth Abarca Triviño.

Expone que su representado es funcionario público, de profesión enfermero, con más de 25 años de servicio, a quien mediante resolución TRA N° 434/2/2023 de fecha 05 de julio del año 2023 se le notificó la vacancia por salud incompatible con el cargo, de conformidad al artículo 151 del DFL 29, mientras se encontraba en ejercicio de sus funciones y no presentaba una licencia desde hace más de un año. De dicha resolución dedujo reclamo ante la Contraloría Regional de Ñuble, el que fue desestimado mediante resolución folio E413075/2023, de fecha 7 de noviembre de 2023, argumentando el organismo de control que la autoridad está facultada para solicitar la vacancia del cargo, y que el informe de Compín, es un antecedente sobre la “irrecuperabilidad” de la salud, ya que se trata de la valoración de un organismo técnico especializado.

Arguye que el órgano contralor constata que el informe de Compín es un antecedente de la “irrecuperabilidad” de la salud del servidor y concluye que la autoridad se encontraba facultada para disponer su cese por salud incompatible con el cargo. Pero sostiene el recurrente que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 151 del Estatuto Administrativo no tiene salud incompatible, pues el informe de Compín indica que su salud es recuperable. En ese sentido, sostiene que la facultad que dicha norma le otorga al director, se encuentra limitada al cumplimiento del requisito expuesto en su inciso tercero, el cual en la especie no se cumple.

Señala que el artículo 63 de la Ley N° 21.050 agregó un nuevo inciso al artículo 151 al Estatuto Administrativo, de manera que el sólo transcurso del plazo



no habilita al jefe superior del servicio para hacer uso de la facultad de declarar vacante el cargo, pues requiere la declaración del organismo competente sobre la irrecuperabilidad de su salud y que esta condición no le permita al funcionario desempeñar el cargo.

Añade que en dictamen 14.871, de 26 abril 2017, la Contraloría General de la República ha mencionado que la facultad de declarar la salud de un funcionario como incompatible con el cargo, solo se encuentra limitada legalmente por la declaración de salud irrecuperable. En consecuencia, el acto administrativo del Servicio de Salud Ñuble, se ha dictado en exceso de facultades y ha privado al recurrente del derecho constitucional a la igualdad ante la ley, a la salud, a la libertad de trabajo y el de propiedad en el ejercicio de la función pública. E indica que en ese mismo sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol N° 58.191-2021, citando los considerandos octavo, noveno, décimo, décimo primero y décimo segundo de dicha sentencia.

Considera el acto arbitrario y discriminatorio, pues hay un gran número de funcionarios que se encuentran en una situación igual o similar a la de su representado y que no han sido objeto de declaración de vacancia de sus funciones, de este modo, plantea como vulneradas las garantías previstas en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, ya que ha privado al recurrente del derecho de propiedad sobre el ejercicio de la función pública que durante más de 25 años ejerció, poseyendo el recurrente derecho sobre el cargo que ejerce; 19 N° 1, 2 y 16.

Finaliza solicitando a esta Corte se dicten todas las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, y especialmente se ordene dejar sin efecto las resoluciones impugnadas; el reintegro a sus funciones habituales en el Hospital Clínico Herminda Martín de Chillán, en la misma calidad jurídica que servía en dicho órgano público hasta antes de la declaración de vacancia de su cargo; y que se ordene pagar a la recurrida, Servicio de Salud Ñuble todas las remuneraciones y estipendios correspondientes, debidamente reajustados, desde la fecha de la



separación y hasta la del efectivo reingreso al servicio en el Hospital Clínico Herminda Martín de Chillán; con costas de la causa.

2°.- Informa el recurso Marcelo Reyes Rivera, abogado del Servicio de Salud Ñuble e indica que el actor entiende erróneamente que si la salud es declarada como recuperable por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez se encontraría vedada la posibilidad de efectuar la declaración de incompatibilidad.

En cuanto al modo en que opera la vacancia, señala que los jefes de servicios tienen la facultad legal de declararla, de conformidad al artículo 150 del Estatuto Administrativo, previendo dos posibilidades a este respecto, la irrecuperabilidad o la incompatibilidad. En ese sentido, la declaración de vacancia por incompatibilidad requiere que se realice “sin mediar declaración de salud irrecuperable”. De tal modo que la incompatibilidad con el desempeño del cargo se produce toda vez que el funcionario se ve impedido de ejercer funciones por más de seis meses dentro de un lapso de dos años.

Plantea que así ha resuelto la Excm. Corte Suprema en reiteradas oportunidades, cita al respecto recurso de protección Rol 3.472-2023, donde se establece que hay tres cuestiones que resultan relevantes: primero, la Ley 21.050 de 2017 no modificó la facultad del director de los servicios de efectuar la declaración de incompatibilidad, norma que establece la facultad de declararla “sin mediar declaración de irrecuperabilidad”; segundo, establece un criterio puramente objetivo para determinar la incompatibilidad, que viene dada porque el funcionario no obstante tener salud recuperable, no estuvo posibilitado de ejercer su cargo por seis meses continuos o discontinuos en un lapso de dos años; y, tercero, que al estudiarse la historia de la Ley N° 21.050, nada de lo que allí se expresa hace referencia a la causal de vacancia por salud incompatible con el desempeño en el cargo, cuestión que no es mencionada ni una sola vez en la discusión parlamentaria, sino que ella se refiere, en cambio, a la necesidad de exigir un informe técnico para declarar la vacancia en el cargo por salud irrecuperable”.

Agrega que esta facultad y la forma de ejercerla se encuentra reconocida por la Contraloría General de la República, incluso en dictamen 14.871 de 26 de abril



de 2017 invocado por el recurrente donde se indica que “la facultad de declarar la salud de un funcionario como incompatible con el cargo que se ejerce por el jefe del Servicio, solo se encuentra limitada legalmente por la declaración de salud irrecuperable”, esto es, si COMPIN declara la salud irrecuperable, la autoridad debe declarar la vacancia del cargo. Al contrario, si resuelve que esta es recuperable, procede la declaración de vacancia por salud incompatible.

Así las cosas, el recurrente hizo uso de licencias médicas por más de seis meses en un lapso de dos años, lo que es reconocido por él, y pese a que fue notificado cuando se encontraba en el ejercicio de sus funciones y que no presentaba licencias médicas hace más de un año, esto no impide a la autoridad para hacer uso de la facultad de declarar la incompatibilidad, y que si bien existió una demora en aplicar y notificar la vacancia al recurrente, fue porque la tramitación tomó largo tiempo. Además, el estudio de salud recuperable se efectuó también de otras funcionarias en idéntica situación, por lo que no es efectivo que fue tratado de forma arbitraria y discriminatoria.

Finaliza señalando que el Servicio de Salud Ñuble no ha incurrido en acto u omisión alguna que pueda ser calificado de ilegal o arbitrario pues actuó conforme a derecho. La resolución fue tomada de razón por la Contraloría General de la República por lo que goza de presunción de legalidad. Por lo que solicita rechazar la presente acción en todas sus partes, con expresa condena en costas.

**3°.-** Informa por la recurrida Contraloría General de la República, Mario Ricardo Quezada Fonseca, Contralor Regional, quien luego de reiterar los hechos expuestos por el recurrente, alega la falta de legitimación pasiva, ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de la ley N° 19.880 una vez agotada la vía administrativa con la notificación del oficio N° E401283, de 2023, que resolviera la reclamación intentada ante el órgano de control, se reanudó el plazo para ejercer la acción jurisdiccional, no en contra de su representada, sino en contra el Servicio de Salud Ñuble, órgano que emitió el acto que, eventualmente, sería susceptible de causar el agravio que reclama el recurrente, además, en razón de las peticiones



concretas formuladas por el actor y de su sola lectura, se advierte que ellas en ningún caso podrían ser satisfechas por la entidad fiscalizadora.

Señala la ausencia de ilegalidad o arbitrariedad, ya que al emitirse el precitado oficio N° E413075, de 2023, solo se dio cumplimiento a las funciones que la Constitución Política de la República y la ley han encomendado a la Contraloría General de la República, en particular el artículo 160 de la ley N° 18.834, y que han sido delegadas a la Contraloría Regional de Ñuble en virtud de la resolución N° 1002, de 2011. Agrega que tampoco resulta arbitraria la actuación de la Entidad Fiscalizadora, ya que el oficio fue expedido a requerimiento del propio actor, en cumplimiento del mandato constitucional y legal, por lo que, el solo hecho que el actor no comparta lo concluido en el oficio de la Contraloría Regional de Ñuble, en ningún caso lo transforma en arbitrario.

En cuanto al fondo del asunto planteado señala que la declaración de vacancia por salud incompatible del artículo 151 del Estatuto Administrativo, es distinta a aquella por salud irrecuperable de su artículo 152, al sostener el actor que no es posible declarar vacante su cargo por salud incompatible, si previamente la Compin determinó que aquella era recuperable, por cuanto ambas decisiones serían contradictorias. De este modo el artículo 150 del Estatuto Administrativo expresa que la declaración de vacancia puede producirse por dos motivos: primero, por la salud irrecuperable, y, segundo, por la salud incompatible. Tratándose de salud irrecuperable, el procedimiento y efectos se encuentran expresamente regulados por los artículos 113 y 152 de la ley N° 18.834.

Por otro lado, indica que el artículo 151 de la ley N° 18.834 otorga una facultad al jefe superior del servicio para considerar que la salud del funcionario es incompatible con el desempeño del cargo, por haber hecho uso de licencia médica durante un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable, para lo cual es imprescindible un pronunciamiento de la Compin respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo, trámite que fue incorporado por la ley 21.050.



De lo anterior se colige a su entender que la declaración de la Compín determina cuál es el procedimiento a aplicar, por lo que si considera que el estado de salud del funcionario es recuperable, corresponde al señalado en el artículo 151 de la ley N° 18.834 y, por el contrario, si es irrecuperable, al indicado en el artículo 152. Concluye que no habiéndose declarado la irrecuperabilidad de la salud del funcionario, pero sí que éste posee una salud recuperable la ley faculta al jefe superior del servicio para determinar que su salud resulta incompatible con el desempeño del cargo, y, consecuentemente, declarar la vacancia del mismo en virtud de lo establecido en el artículo 151.

El contralor regional, plantea que el pronunciamiento de la Compín es un antecedente que debe tener a la vista la autoridad para declarar la vacancia por salud incompatible del artículo 151 del Estatuto Administrativo. En ese contexto, en el marco de la reclamación del actor ante la Contraloría Regional de Ñuble, atendida por el oficio N° E413075, de 2023, se concluyó que se ajustó a derecho el actuar del Servicio de Salud Ñuble, al poner término a su vínculo por la concurrencia de la causal de salud incompatible, por cuanto en forma previa a emitirse la resolución del Servicio de Salud Ñuble, se tuvo a la vista la Resolución de Evaluación Salud Irrecuperable N° 15836966 de fecha 14 de diciembre del 2022, emanada de la Compín respectiva, la que evaluó su condición y, previa evaluación de los antecedentes médicos y administrativos del actor, determinó que el señor [REDACTED] presentaba un estado de salud recuperable. Añade que así lo ha entendido la Excma. Corte Suprema en fallo de fecha 5 de mayo de 2023, dictada en causa Rol N° 3472-2023, considerando séptimo.

A continuación, señala que ningún sistema de salud público puede operar con funcionarios que tengan más de doscientos ochenta días con licencia médica, por lo que la atribución de declarar la salud incompatible atiende a la necesidad de velar por la continuidad en el ejercicio de las funciones públicas de los órganos de la Administración del Estado y, por ende, satisfacer las necesidades de la comunidad.

Puntualiza que el recurrente ni en su presentación ante la Contraloría Regional de Ñuble, ni ante esta Corte, ha proporcionado antecedentes que permitan



acreditar que las licencias médicas de origen común de que gozó y que fueron contabilizadas para efectos de declarar la vacancia de su cargo por salud incompatible, hayan tenido un origen laboral en razón de accidente del trabajo o enfermedad profesional, así como tampoco acreditó que se tratara de reposos vinculados a la maternidad o por cáncer, que serían los motivos que permitirían desvirtuar la medida de que se trata. Además el tiempo de ausentismo laboral del recurrente adquiere aún más relevancia si se considera la eficacia y dedicación que requiere la función que debe desarrollar el establecimiento de salud donde se desempeñaba como enfermero.

En cuanto a los Derechos constitucionales supuestamente vulnerados, respecto al artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, señala que el Órgano de Control en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, se ha limitado a verificar que la resolución TRA N°434/2/2023, del Servicio de Salud, se ajustara a derecho, por lo cual no puede hacerse cargo de los supuestos otros servidores que aduce el recurrente a quienes tampoco individualiza; respecto al artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, el recurrido no advierte cómo la emisión del oficio individualizado pudo amenazar, perturbar o privarle de su derecho a buscar, obtener, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u resolución lícitas, por cuanto el régimen jurídico al que adscribió el actor al ingresar a la Administración del Estado, contemplaba la posibilidad de disponer la declaración de vacancia del cargo por el uso de licencias en los términos señalados por el artículo 151 del Estatuto Administrativo, exigencia que fue revisada por esta Contraloría Regional al tomar razón del acto que así lo dispuso y al rechazar el referido reclamo de ilegalidad. En cuanto al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, añade que los servidores públicos tienen derecho a permanecer en la Administración del Estado en la medida que no concurra una causa legal de expiración de funciones, como aconteció en la especie.

Finalmente solicita que se desestime en todas sus partes el recurso de protección deducido en estos autos.

**3°.-** Que, para analizar el asunto planteado por la presente vía, resulta conveniente consignar que el recurso de Protección de Garantías Constitucionales,



establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que priva, o amenace ese atributo.

4°.- Que, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, producto del mero capricho de quién incurre en él, y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

5°.- Que, cabe reflexionar, a la luz de lo recién expuesto, que esta acción de cautela de derechos constitucionales constituye una vía destinada a dar protección respecto de garantías cuya existencia se encuentre indubitada.

6°.-Que, es necesario consignar que resultan hechos no controvertidos del recurso los siguientes:

- a) El actor formó parte de la dotación del Hospital Clínico Herminda Martin de Chillán, como enfermero en el área de medicina, en calidad de titular, grado XV desde hace 24 años sin solución de continuidad hasta el pasado 24 de julio de 2023, oportunidad en que se declaró la vacancia de sus empleo por salud incompatible con el cargo.
- b) El funcionario hizo uso de licencias médicas por más de seis meses en el lapso de dos años, sumando a la fecha de la resolución que declaró su vacancia, 280 días de ausentismo, sin mediar declaración de salud irrecuperable.
- c) Con fecha 14 de diciembre de 2022 y mediante resolución Folio N° 15836966, la Comisión de Medicina e Invalidez de Ñuble dictaminó, tras solicitud efectuada por el Comité Salud del Hospital Herminda Martin, de fecha 25 de abril de 2022, que el funcionario XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX *presenta un estado de salud recuperable, lo que se deja establecido para los fines estatutarios*



*correspondientes.”*

- d) Mediante resolución TRA N° 434/2/2023, de 05 de julio de 2023 del Servicio de Salud Ñuble se declaró vacante el cargo del actor por salud incompatible, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 18.834 que aprueba estatuto administrativo.

7º.- Que, para la adecuada resolución del presente arbitrio, es útil señalar que el artículo 151 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, establece 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.”* Agregando en su inciso tercero: *“El jefe superior del servicio, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo.”*

8º.- Que, de conformidad con la disposición legal citada en el motivo que antecede, es posible advertir que la norma distingue entre la declaración de vacancia por salud irrecuperable, y aquella dispuesta por salud incompatible con el desempeño del cargo, haciéndose presente que la declaración de vacancia por salud irrecuperable sólo puede fundamentarse en un antecedente médico que así lo establezca, emitido por el órgano técnico establecida al efecto, y que, eventualmente, habilita al funcionario para solicitar su jubilación anticipada por invalidez, permitiéndose, excepcionalmente, una vez notificada la notificación de irrecuperabilidad, que se pague al funcionario sus remuneraciones durante seis meses, sin necesidad de presentar licencia médica ni de desempeñar sus funciones, lapso tras el cual se procederá a declarar la vacancia del cargo, salvo retiro o jubilación anticipada del funcionario.

En cambio, la declaración de vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo, no otorga ninguno de los beneficios antes mencionados, pues, tal como lo señala el texto legal precitado, ella se dispone “sin mediar declaración de salud irrecuperable” o, lo que es lo mismo, cuando la autoridad



técnica establece que su salud es recuperable. En este punto, importa señalar que la incompatibilidad con el desempeño del cargo se traduce en el hecho de que, salvo excepciones legales, cualquiera sea la enfermedad que padezca el funcionario, y a pesar de ser recuperable, su condición médica resulta incompatible con el desempeño de la función pública, al no permitirle ejercer su cargo por más de seis meses dentro de un lapso de dos años.

**9º.-** Que, en otro orden de ideas, no se divisa o advierte la arbitrariedad que se reprocha, toda vez que el acto impugnado se fundamenta en la declaración previa de salud recuperable de la recurrente y en la circunstancia acreditada de haber hecho y uso de licencia médica por un término que excede los 180 días en dos años, dejando de cumplir con sus funciones por más de seis meses. Siendo resolución de la que Contraloría Regional de Ñuble tomó razón, con fecha 07 de noviembre de 2023.

**10º.-** Que, desde la perspectiva anterior, y a mayor abundamiento, conviene precisar que en virtud del principio de servicialidad, también es deber de los jefes de los servicios velar por la continuidad de la prestación de los mismos para la satisfacción de las necesidades colectivas que justifican su existencia, motivo por el cual, en el presente caso, no mediando abuso o desviación de poder, no es ilegal ni arbitraria la declaración de vacancia de un cargo por salud incompatible de quien lo sirve, a objeto que sea proveído en forma y oportunamente a fin de cumplir con la función pública encomendada.

**11º.-** Ahora, en cuanto al actuar de la segunda recurrida, Contraloría Regional de Ñuble, se tiene presente que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución Política de la República, este organismo autónomo tiene, entre otras funciones, ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración. En ese sentido, el artículo 99 de la Carta Fundamental establece que en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer.

Que, de este modo, la intervención del órgano de control en el caso de autos,



no obedeció sino, al ejercicio de una función que de conformidad al principio de legalidad debe efectuar. Por lo que del mérito de antecedentes, su actuar se ajustó a derecho, por lo que no se vislumbra ilegalidad o arbitrariedad en la toma de razón de la resolución que declaró la vacancia del actor, más si se tiene presente que con fecha 23 de junio de 2023 la recurrida en cuestión, representó la resolución de vacancia por defectos formales en el envío de los antecedentes, y solo una vez subsanados estos, tomo razón de ella.

**12°.-** Que, conforme a lo expresado en los motivos precedentes, a criterio de esta Corte no se divisa ilegalidad o arbitrariedad alguna en el accionar de las recurridas, toda vez que no se advierte vulneración de alguna garantía constitucional que afecte al recurrente, no siendo posible, en consecuencia, tener por asentadas las circunstancias fácticas sobre las cuales se construyó el presente arbitrio, por lo que el presente recurso debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza, sin costas**, el deducido por el abogado don Miguel Ángel Rodríguez Albarrán, en representación de don [REDACTED] en contra del Servicio de Salud Ñuble y Contraloría Regional de Ñuble.

Notifíquese.

En su oportunidad, dese cumplimiento al numeral 14 del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección.

Regístrese y, hecho, archívese.

Redacción a cargo del Ministro señor Guillermo Arcos Salinas, quien no firma por encontrarse haciendo uso de permiso.

**R.I.C. 1432-2023-PROTECCIÓN.**





Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: EYWXXLTLFXJ

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Chillan integrada por Ministra Presidente Erica Livia Pezoa G. y Fiscal Judicial Antonella Franchesca Farfarello G. Chillan, veintidos de enero de dos mil veinticuatro.

En Chillan, a veintidos de enero de dos mil veinticuatro, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: EYWXXLTLFXJ