

Santiago, Julio 2018.

Sres. Directorio  
ANDIME  
Presente

De mi consideración:

Cumplo con remitir informe sobre la incorporación del inciso III al art. 151 de la ley 18.834, en razón de dictamen de la Contraloría sobre la materia, para cuyos efectos, manifiesto lo que señalo, a saber:

1.- Se introdujo por la ley 21.050 modificación a fines del año 2017 en el inciso III del art. 151 de la ley 18.834, que tiene su origen en la última negociación de la Mesa del Sector Público, que por la parte de los trabajadores coordina la CUT, y por la parte empleadora del Gobierno dirigen los Ministros de Hacienda y Trabajo.

Dicha modificación dio origen a un pronunciamiento de la contraloría, en el siguiente link su texto, sin perjuicio se adjunta [//www.contraloria.cl/web/cgr/buscador-de-jurisprudencia5](http://www.contraloria.cl/web/cgr/buscador-de-jurisprudencia5)

Manifiestamente el problema suscitado con ocasión de dicho dictamen tiene su origen en la deficiente redacción de la norma introducida al inciso III del art. 151 de la ley 18.834, atendido que se pretendía era restringir precisamente el uso de la potestad discrecional y subjetividad de la autoridad al instante de declarar la vacancia del cargo, finalidad que termina no por incumplirse.

#### SALUD IRRECUPERABLE Y SALUD INCOMPATIBLE. NECESARIA DISTINCIÓN.

2.- En efecto, el art. 150 letra a) de la ley 18.834 señala que es causal de declaración de vacancia del cargo "**Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo;**". La norma distingue desde ya como conceptos separados, primero la salud **irrecuperable**, y segundo, la salud **incompatible** con el desempeño del cargo.

Se trata de conceptos que si bien similares, no son idénticos desde que el legislador utiliza la conjunción disyuntiva "o". Desde ya tener en consideración esa primera aclaración, con las siguientes precisiones:

a) Salud irrecuperable. Manifiestamente para la calificación de **salud irrecuperable** no rige la norma de los 180 días durante los últimos 2 años para declaración de vacancia del cargo, tanto por expresa exclusión del art. 151 inciso I de la ley 18.834, como porque la misma legislación estatutaria contiene regulación legal expresa en los art. 112, 152 y 16 transitorios regulando el procedimiento.

En efecto, el art. 112 precisa que *“La **declaración de irrecuperabilidad** de los funcionarios **afiliados a una Administradora de Fondos de Pensiones** será resuelta por la Comisión Médica competente, en conformidad con las normas legales que rigen a estos organismos, disposiciones a las que se sujetarán los derechos que de tal declaración emanan para el funcionario.”* El DL 3.500, por su parte, regula la incapacidad por enfermedad común en sus art. 4, 11, y 11 bis, señalando, entre otros, un procedimiento, requisitos e integración de la comisiones médicas.

Luego, el art. 152 de la ley 18.834 agrega que *“**Si se hubiere declarado irrecuperable la salud 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.** Si transcurrido este plazo el empleado no se retirare, **procederá la declaración de vacancia del cargo.** // 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.”*

Por su parte, en el mismo orden, el art. 16 transitorio de la ley 18.834, se pronuncia sobre la irrecuperabilidad de la salud del funcionario no afiliado a AFP señalando que *“Corresponderá a la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez pronunciarse acerca de si el estado de salud de los **funcionarios afectos a los regímenes de previsión a que se refiere el decreto ley N° 3.501, de 1980**, es o no recuperable. Si no lo fuere, el funcionario **deberá retirarse de la Administración dentro del plazo de seis meses contados desde que el jefe superior de la institución le notifique mediante la transcripción de la resolución de irrecuperabilidad** que le afecta, emitida por dicha Comisión, la que deberá ser comunicada a la respectiva entidad. // 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.”*

Dichas normas , por cierto, son armónicas entones con los regímenes previsionales, tanto del D.L. 3500 (AFP) como del D.L. 3501 (sistema ISL), en cuanto ambas coincidentemente establecen un

procedimiento reglado para la declaración de irrecuperabilidad de la salud, en el caso de los primeros a cargo de las Comisiones Médicas, en el caso de los segundos del COMPIN, y sólo una vez notificada la resolución de irrecuperabilidad el funcionario debe retirarse en el plazo de 6 meses, con derecho a no prestar efectivamente funciones, percibir remuneración. Sólo si el trabajador no se retira en dichos 6 meses procede la declaración de evacancia (art. 112 ley 18.834).

La declaración de irrecuperabilidad dará lugar a la pensión de invalidez en el régimen previsional respectivo. Pudiere darse la hipótesis que el trabajador comenzare a percibir la pensión de invalidez, y en paralelo durante 6 meses percibir la remuneración, transcurridos los cuales recién procede la declaración de vacancia. La declaración de irrecuperabilidad, entonces, es competencia de la respectiva institución previsional, reservando el art. 150 letra a) de la ley 18.834 la facultad de declarar la vacancia del cargo, una vez que se hubieren cumplido dichos procedimientos, lo que es del todo obvio, pues el funcionario se retirará en el plazo máximo de 6 meses y dejará de trabajar para en paralelo pensionarse por invalidez, y el cargo en términos materiales quedará sin desempeño efectivo, debiendo proveerse.

- b) Salud incompatible. Distinto es el caso de la **salud incompatible**, que apunta antes que nada a sobreponer el interés en la prestación continua e ininterrumpida de la función pública por sobre la situación de salud particular del trabajador. Por exclusión, es salud incompatible aquella que responde a una **enfermedad o condición de salud común recuperable**.

Para declarar la vacancia por **salud incompatible** basta la potestad discrecional de autoridad cuando se da la hipótesis de uso de licencia durante 180 días durante los últimos 2 años, conforme art. 151 inciso I de la ley 18.834, sin que sea requisito que la salud sea irrecuperable, por razones lógicas, lo que fluye de manera explícita del texto de la ley.

Esto es coherente con el literal de los art. 150 letra a) y 151 de la ley 18.834, sin que sea exigencia para la vacancia por salud incompatible que sea declarada irrecuperable, por lo que a contrario sensu, se trata de los casos de salud recuperables, lo que fluye textual del inciso I de la última de las normas mencionadas: *“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**”.*

En consecuencia, la salud incompatible además de tratarse de casos recuperables, para los efectos concretos del empleo es un tema de tiempo. El tiempo que el funcionario se encuentra sin desempeñar efectivamente sus funciones por una causa justificada (recuperación de la salud). Sin embargo, es frente a ese tiempo que el trabajador utiliza en recuperar su salud que el legislador le concede la potestad discrecional al empleador en el inciso I del art. 151 en orden a declarar o no vacante el cargo. No dice relación con la justificación de la ausencia, que en el caso es justificada por licencia para la recuperación de la salud. Dice relación con el elemento temporal de esa ausencia justificada y la necesidad del servicio. Nos enfrentamos a un tema de ponderación de dos bienes jurídicos, tal como se señalará más adelante.

### MODIFICACIÓN INTRODUCIDA A LA SALUD IRRECUPERABLE.

3.- Como se viene advirtiendo, la exigencia de los 180 días de licencia en los últimos 2 años es sólo para la hipótesis de vacancia por salud incompatible, que lo es la enfermedad común recuperable, pero no para la salud irrecuperable que tiene una regulación específica, reglada y ordenada en la propia legislación estatutaria.

Sin embargo, el nuevo inciso III del art. 151 de la ley 18.834 terminó por generar una confusión dada su incomprensible y contradictoria redacción en los siguientes términos:

- a) Comienza señalando que *"El jefe superior del servicio, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero..."*. Recordemos que el inciso I del art. 151 de la ley 18.834 se refiere específicamente a la **salud incompatible**, o sea, a la enfermedad común recuperable cuyo tiempo de restablecimiento se torna incompatible con la función del respectivo servicio por decisión discrecional de autoridad.
- b) Sin embargo, continúa el mismo inciso: *"... 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**"*.

Adviértase entonces, que luego de la modificación introducida: a) por un lado, el inciso I del art. 151 de la ley 18.834 señala se puede declarar vacancia por salud incompatible sin que sea necesario fuere irrecuperable, es decir, es salud recuperable que ha dado origen a 180 días de licencia en los últimos 2 años; b) por otro lado, el inciso III de la

misma norma indica todo lo contrario, que para declarar la salud incompatible se requiere un certificado de irrecuperabilidad del COMPIN y que éste señale que el funcionario no puede desempeñar el cargo; c) a su vez, esta última hipótesis –salud irrecuperable– ya estaba regulada y solucionada en los art. 112, 152 y 16 transitorio de la ley 18.834.

4.- El problema es que este pronunciamiento del COMPIN que se agrega al caso de salud irrecuperable conforme inciso III del art. 151 es sólo para los efectos de la declaración de vacancia por salud incompatible. Regular la vacancia por salud irrecuperable era innecesario porque el legislador en la redacción original que no ha sido derogada ya exige que las instituciones previsionales (Comisiones Médicas de AFP o COMPIN) la declararan irrecuperable, lo que hace nacer el derecho a la pensión de invalidez, siendo la declaración de vacancia posterior. Está todo reglado y resuelto causalmente de forma literal.

Pero, al adicionar que además la COMPIN debe pronunciarse sobre un tema distinto, cual es la irrecuperabilidad de la salud para la posibilidad o no de desempeñar el cargo previo a una declaración de vacancia por incompatibilidad, genera dos trabas evidentes:

- a) La primera, que no resuelve el problema del uso de la potestad discrecional para la declaración de vacancia del cargo en caso que la salud sea recuperable, cuya era la cuestión que precisamente se pretendía resolver.
- b) La segunda, que abre la posibilidad la salud sea declarada irrecuperable por la vía de declararla incompatible con el sólo pronunciamiento del COMPIN, facilitando la declaración de vacancia, aún cuando los organismos técnicos competentes se pronuncien en el sentido que es recuperable.

En efecto, puede suceder que dichas instituciones tengan pronunciamientos contradictorios, uno para los efectos previsionales conforme art. 112, 152 y 16 transitorio ley 18.834 (pensión por invalidez), el otro para los efectos laborales conforme inciso III del art. 151 de la misma legislación (conservación del empleo), y podría ocurrir que la Comisión Médica (DL 3500) o el COMPIN (DL 3501) declararen que la salud es recuperable, y entonces el trabajador no puede pensionarse por invalidez y puede continuar trabajando, pero que a la vez la COMPIN conforme al nuevo inciso III del art. 151 diga que la salud es irrecuperable y no puede desempeñar el cargo, con lo cual éste puede declararse vacante por incompatibilidad de acuerdo a la nueva norma, y terminar la relación laboral. El trabajador queda en la peor de las situaciones: declarada su salud irrecuperable para los efectos de desempeñar el cargo y por tanto vacante y sin empleo, pero sin la contrapartida de la posibilidad de pensionarse por invalidez.

En definitiva, se abrió la posibilidad que un trabajador con salud irrecuperable pudiese ser cesado en el cargo sin derecho a pensionarse por invalidez, por la vía de declarar su salud como incompatible por la respectiva COMPIN. O dicho de otro modo: la salud irrecuperable es considerada incompatible con el desempeño del cargo con la sola declaración del COMPIN, sin mediar necesariamente declaración de invalidez y obtención de pensión como lo señalaban los art. 112, 152 y 16 transitorio de la ley 18.834. Al menos así fluye del literal de la ley.

5.- El desaguisado al que nos hemos venido refiriendo provocó por razones de texto obvias el requerimiento de interpretación por parte de una unidad interna de la propia Contraloría, dado que la actual redacción termina siendo ininteligible. Mediante dictamen N° 017351N18 de 11 de julio del año 2018, el organismo de control procede a interpretar dicha norma, dejando sin efecto y complementando pronunciamientos previos, generando nueva jurisprudencia administrativa en la materia.

El referido pronunciamiento comienza por distinguir en su texto los conceptos de salud irrecuperable y salud incompatible (recuperable) para los efectos de ordenar el procedimiento, como debió hacerlo el legislador del inciso III del art. 151 de la ley 18.834, cosa que no hizo. De este modo:

- a) Vacancia por salud incompatible. Señala que *“en el evento que la COMPIN estime que la salud del funcionario es **recuperable, la autoridad se encuentra facultada para declarar su incompatibilidad con el desempeño del cargo**, y resolver la vacancia de éste por esa causal”*. Esto es coherente con el inciso I del art. 151 de la ley 18.834, que de acuerdo al dictamen se mantiene idéntica la situación como hasta antes de la modificación, lo que significa que salud recuperable es sinónimo de incompatibilidad en la medida que el funcionario hubiere hecho uso de licencia durante 180 días durante los 2 últimos años.

Recordemos que la salud incompatible es la que corresponde a la enfermedad común recuperable, respecto de la cual se concede la potestad discrecional de autoridad una vez cumplidos los plazos del art. 151 inciso I. Continúa el dictamen de la referencia en la misma línea agregando que *“...si la respectiva comisión médica concluye que la salud del funcionario **no es irrecuperable**, la jefatura del servicio respectivo **podrá declarar, en el caso que así lo estime, la salud incompatible de ese servidor**, no obstante que la COMPIN haya antes opinado lo contrario, por cuanto prima la evaluación que efectúe la primera entidad colegiada mencionada, dado que, como se dijo, es la competente por ley para resolver acerca de la irrecuperabilidad de la salud de los empleados afiliados a una administradora de fondos de pensiones.”*

En definitiva, de acuerdo al dictamen, en cuanto la salud es recuperable, la situación se mantiene idéntica respecto de la declaración de vacancia por salud incompatible una vez cumplidos 180 días de licencia los últimos 2 años.

- b) Vacancia por salud irrecuperable. Enseguida, indica el referido pronunciamiento del Contralor que *“En la situación opuesta, esto es, si la COMPIN informa que la salud es **irrecuperable, no resulta procedente declarar la referida incompatibilidad.**”* Es aquí donde el dictamen cierra la posibilidad que de acuerdo al texto se había abierto con el nuevo inciso III del art. 151, con los posibles pronunciamientos contradictorios de las instituciones, y posible vacancia sin que el trabajador sea pensionado, a la vez, por invalidez.

En caso que la COMPIN declare la salud irrecuperable, el empleador no puede declararla incompatible para los efectos de la vacancia. Se salva el eventual conflicto para los trabajadores afiliados a AFP (DL 3500), que quedaban expuestos con la nueva redacción. Respecto de los sujetos al ISL (DL 3501) señala que como es la misma COMPIN la que debe hacer ambos pronunciamientos, ésta debe actuar coordinadamente y no entrar en pronunciamientos contradictorios.

Sin embargo, es una solución temporal, pues se resuelve que no se puede declarar la vacancia por **salud incompatible** una vez que se ha pronunciado el COMPIN en orden a que la salud es irrecuperable, pero queda a salvo la posibilidad de declarar la vacancia por **salud irrecuperable** para cuyos efectos deben pronunciarse los organismos técnicos competentes previamente, y al efecto agrega el dictamen que *“...en el evento que la COMPIN estime que la salud de un funcionario es **irrecuperable**, la jefatura superior del servicio deberá abstenerse de declarar la **vacancia del cargo por salud incompatible**, correspondiendo que conozca del asunto la comisión médica pertinente, a fin de que esta **entidad pondere declarar la salud irrecuperable** de dicho empleado”*. De este modo se confirma que no procede declarar vacancia por salud incompatible en caso de salud irrecuperable, lo que sólo se puede hacer declarándola irrecuperable, conforme el procedimiento de los art. 112, 152 y 16 transitorios de la ley 18.834, y solucionando el eventual conflicto por la vía interpretativa.

Significa en definitiva que el trabajador que efectivamente su salud sea irrecuperable, podría declararse la vacancia por este motivo pero no por salud incompatible, y para que eso ocurra necesariamente deben pronunciarse las instituciones previsionales dando origen a la respectiva pensión de invalidez. Así, el trabajador

se pensiona, y luego el empleador declara vacancia por salud irrecuperable (no por incompatible). Con ello la Contraloría no hace sino armonizar el texto de los art. 112, 152 y 16 transitorio y art. 150 letra a) y 151 de la ley 18.834.

6.- Ahora bien, enfrentados a la finalidad que se tuvo con la introducción del inciso III al art. 151 de la ley 18.834 por parte de la Mesa del Sector Público en su última negociación, parece desviarse tanto por el texto en su redacción definitiva, como por los alcances reales del mismo conforme al dictamen de la Contraloría.

De acuerdo al origen de dicha modificación y antecedentes judiciales que incluso contemplan un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el sentido era precisamente limitar el uso de la potestad discrecional en la declaración de vacancia por **salud incompatible** estatuida en el art. 151 inciso I de la ley 18.834, es decir, cuando el trabajador por enfermedad común recuperable hace uso de 180 días de licencia médica en los últimos 2 años, de modo que dada la hipótesis normativa **se substituyera la potestad discrecional por una reglada**, evitando arbitrariedades y caprichos, por un lado, y compatibilizando la recuperación de la salud con la conservación del empleo, por otro.

Sin embargo, ya está dicho el objetivo no se cumplió, por los razonamientos dichos. A mi entender la solución supone considerar las diferencias conceptuales y los bienes jurídicos involucrados en la declaración de vacancia por salud irrecuperable e incompatible, distinguiendo los conceptos y los objetivos perseguidos. De este modo:

- a) Respecto de la vacancia por salud irrecuperable. Como se ha insistido, está reglada, en orden a compatibilizar la conservación del empleo con la obtención en relación de causalidad del beneficio de seguridad social de pensión por invalidez: declaración de irrecuperabilidad y obtención de pensión- notificación de la irrecuperabilidad- mantención del cargo por 6 meses sin trabajar efectivamante pero percibiendo remuneración- renuncia del trabajador y/o declaración de vacancia si el trabajador no renunció al mes 6 (art. 112 y 152 ley 18.834).

La conjugación de dichas normas establece que el trabajador no deja de percibir un estipendio de foma continua e ininterrumpida, sea como remuneración, sea como pensión. Cabe aclarar que si el trabajador no quiere esta opción, o no le conviene, o por razones subjetivas no desea reitarse del empleo por irrecupreabilidad de su salud, es algo que no compete al legislador solucionar, pues se trata de derechos irrenunciables de seguridad social. De hecho, la irrecuperabilidad puede incluso solicitarla el propio empleador, dada su naturaleza jurídica, como se encarga de reiterarlo el dictamen de



la referencia al señalar que *“es útil recordar que podrá solicitar la declaración de salud irrecuperable el mismo funcionario, o incluso la superioridad del servicio en el evento que el primero retarde o rehúse iniciar el procedimiento para aquello”*.

Quizás lo único que habría que evaluar si requiere adecuación o modificación es el tiempo en que tarda la institución de seguridad social en comenzar a pagar la pensión por invalidez, en la medida que tardare más de 6 meses. En tal sentido, si tal fuere el caso, se podría establecer una norma más laxa, en orden a que se deberá declarar la vacancia del cargo por salud irrecuperable al mes siguiente del primer mes en que efectivamente el trabajador perciba la pensión de invalidez, lo que salva el tema tiempo.

Reitero que ello requiere evaluación práctica. Se trata que el trabajador no pase un mes sin percibir o remuneración o pensión.

- b) Respecto de la vacancia por salud incompatible. Se trata de las hipótesis de salud recuperable por enfermedad común (el art. 151 inciso II sujeta los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a otra regulación).

Como se adelantó, aquí nos encontramos con dos bienes jurídicos en conflicto: el derecho del trabajador (y de cualquier persona) de atender a la recuperación de su salud, por un lado, y la facultad del servicio de organizar la función pública de manera permanente y continua, por el otro.

Adicionalmente, el trabajador que padece una enfermedad recuperable requiere conservar el empleo, pues el pago de las remuneraciones cuando se hace uso de licencias médicas es de cargo del servicio público respectivo, y además de forma íntegra, norma especial en la materia que rige al sector. De modo tal que de perderlo, no sólo queda privado de su fuente laboral, sino de las remuneraciones y del pago de las cotizaciones de seguridad social incluidas las de salud, con las que precisamente financia el tratamiento médico.

Por otro lado, el servicio público requiere contar con personal idóneo y calificado que le permita satisfacer múltiples necesidades públicas de manera permanente y continua.

El legislador compatibilizó y ponderó desde ya ambos bienes jurídicos en el inciso I del art. 151 de la ley 18.834 a través de establecer un tiempo para la conservación del empleo: sacrifica el interés en la mantención continua de la función pública durante 180 días en el lapso de 2 años en beneficio del derecho a la recuperación de la salud, forzando la conservación del empleo. Transcurridos los 180 días en el lapso de 2 años, altera la ponderación de los bienes jurídicos en juego: sacrifica el interés en la recuperación

de la salud en beneficio de la mantención continua de la función pública, facilitando poner término al empleo en esa hipótesis. El elemento temporal es esencial en la figura. Es a través de éste que el legislador pondera a favor de uno u otro bien jurídico.

Pero a la vez, el legislador estableció otro elemento de ponderación: la vacancia del cargo por salud recuperable (incompatible) cuando se ha hecho uso de licencia por 180 días en los últimos 2 años no opera por el solo ministerio de la ley, sino que incorpora la discrecionalidad en la propia autoridad para que pondere, caso a caso, si debe ceder el derecho del trabajador en beneficio de la función pública una vez transcurridos los dichos 180 días en los últimos 2 años.

Estos dos elementos de la ponderación legislativa son los que han generado conflicto, fundamentalmente por el uso indiscriminado del segundo elemento, de forma mecánica, sin ponderar ni justificar frente al caso concreto la necesidad del servicio para la declaración de vacancia del cargo. Y es en este elemento donde ha habido pronunciamientos jurisprudenciales tanto en materia de protección como del Tribunal Constitucional, en orden a reiterar que no basta el solo transcurso del tiempo para la declaración de vacancia por salud incompatible, sino que la autoridad debe justificar motivadamente la necesidad del servicio en declararla frente al caso concreto.

7.- Ya advertimos que la solución para la vacancia del cargo por salud incompatible (recuperable) no va por la vía de declararla irrecuperable para los solos efectos laborales en la medida que no está asociado, a la vez, a una efectiva irrecuperabilidad, asunto que es de conocimiento de los organismos de seguridad social. Que por lo demás, no soluciona los casos de salud recuperable, que son los que generan en términos materiales el conflicto.

Así, conformidad a lo expuesto, en caso de enfermedad común recuperable de 180 días de licencia en los últimos 2 años (incompatible), las soluciones para mitigar su impacto requieren abordar nuevamente la ponderación de los bienes jurídicos en juego en sus dos elementos constitutivos: el tiempo y la potestad discrecional, para establecer reglamentariamente cuándo y cómo cederá uno a favor del otro.

En cuanto al tiempo, requiere tener antecedentes de salud pública, promedios de recuperación de la salud estadísticos, que justifiquen elevar o la cantidad de días de licencia (más de 180 días) o la cantidad de años (más o menos de 2 años) para poder hacer uso de la potestad de declarar vacante el cargo. Hay que ser cuidadosos, pues si se aumenta la cantidad de años, debe aumentarse la cantidad de días de licencia, o de otro modo será una norma evidentemente desfavorable al trabajador.

Pareciera, *de visus*, de mayor razonabilidad aumentar sólo la cantidad de días de licencia.

En cuanto a la potestad discrecional, como señalara el gran administrativista español don Eduardo García de Enterría, toda potestad discrecional contiene en sí elementos reglados, pues no es el otorgamiento de facultades omnímodas, sino de alternativas, pudiendo desenvolverse la autoridad en las opciones que la propia ley le otorga, no en otras. Así, de acuerdo al texto del art. 151 inciso I las alternativas están vinculadas a la necesidad del servicio en orden a declarar o no la salud incompatible, lo que debe hacerse justificada y motivadamente conforme art. 11 inciso II de la ley 19.880. Aquello ya contaba con jurisprudencia previa, inclusive del Tribunal Constitucional.

Dicho esto, parece razonable sostener que el COMPIN no tendría mayor injerencia en la materia, dado que si se trata de salud recuperable, sin ser experto en medicina, las reglas de la lógica señalan que el trabajador estará en algún instante en condiciones de desempeñar el cargo, precisamente porque el problema de salud no es irrecuperable. Tampoco el COMPIN puede señalar anticipadamnete cuándo se va recuperar el trabajador, pues sería pedirle a un órgano estatal facultades adivinatorias respecto de una contingencia incierta, respecto de la cual por lo demás cada trabajador cuenta con su propio profesional de la medicina que lo atiende y trata, no el COMPIN. Con la intervención de un organismo externo a la propia autoridad lo que se buscaba era precisamente poner trabas al ejercicio de la potestad discrecional, que al enfrentarnos a los casos de salud recuperable se avdierte con toda claridad la falta de razonabilidad de la intervención del COMPIN para decir lo que ya es obvio y está a la vista, y cuyo resultado será conforme a la actual normativa y dictamen de la Contraloría que el trabajador efectivamente sea cesado en el cargo por salud incompatible, lográndose un efecto sólo dilatorio.

Por lo tanto, la pregunta sigue vigente en cuanto a las vías de solución para los casos de salud recuperable con más de 180 días de licencia en los últimos 2 años, cuya es la hipótesis de salud incompatible en la que la jefatura del servicio respectivo posee una potestad discrecional. Y en cuanto es el ejercicio de ésta la que se pretende reglar, parece razonable sostener que la vía de solución se encuadra de acuerdo a lo dicho, en aumentar los días de licencia en el inciso I del art. 151 de la ley 18.834, como asimismo establecer en un nuevo inciso III de la misma norma que para poder hacer uso de la facultad señalada en el inciso I la autoridad debe dictar un acto administrativo motivado al que debe adjuntar antecedentes escritos que den cuenta acerca de por qué el servicio respectivo requiere declarar vacante el cargo de la persona con salud recuperable atendidas las necesidades del servicio, del que deberá

tomar razón la Contraloría General de la República, sin perjuicio del derecho a reclamación establecido en el art. 160 de la ley 18.834.

Es todo cuanto puedo informar.



Ana Eugenia Fullerton Castro  
**ABOGADO**