

## Base de Dictámenes

MUN, declaración de vacancia por salud incompatible, facultad autoridad, informe previo Compin, licencias médicas computables para plazo, descuento licencia por enfermedad de cáncer, diagnóstico, deber de informar de funcionario

E127453N21

**NUEVO:**

SI

**RECONSIDERADO:**

NO

**ACLARADO:**

NO

**APLICADO:**

NO

**COMPLEMENTADO:**

NO

**FECHA DOCUMENTO**

06-08-2021

**REACTIVADO:**

NO

**RECONSIDERADO**

**PARCIAL:**

NO

**ALTERADO:**

NO

**CONFIRMADO:**

NO

**CARÁCTER:**

NNN

### DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 7587/2020, 33241/2019

Acción	Dictamen	Año
Aplica	007587	2020
Aplica	033241	2019

### FUENTES LEGALES

Ley 18883 art/147 It/a ley 18883 art/148 inc/1 ley 18883 art/148 inc/3 ley 21258 CTR art/2 inc/8 CTR art/489 bis ley 18575 art/15

### MATERIA

Licencias médicas por enfermedad de cáncer no son útiles para declarar la vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo.

### DOCUMENTO COMPLETO

La II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago ha remitido la presentación de un exfuncionario de la Municipalidad de Recoleta, quien solicita la aplicación de la ley Nº 21.258 -Ley Nacional del Cáncer-, para que se deje sin efecto la declaración de vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo, ya que padece de la mencionada enfermedad.

Requerida de informe, la entidad edilicia señaló, en síntesis, que previo a disponer el cese de servicios del recurrente, la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez -COMPIN- concluyó que la salud del peticionario es recuperable. Agrega, que las modificaciones realizadas al Código del Trabajo por la ley Nº 21.258 resultan inaplicables a la relación laboral del peticionario, precisando que la causal utilizada no se fundamentó en su diagnóstico médico.

Al respecto, el artículo 147, letra a), de la ley Nº 18.883, prevé que los funcionarios municipales cesarán en el cargo por declaración de vacancia, entre otras causales, por salud incompatible con su desempeño. Luego, el artículo 148, inciso primero, de ese texto legal, señala que “El alcalde 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”. Su inciso tercero agrega que el alcalde, para ejercer tal facultad, deberá requerir previamente a la COMPIN la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo.

Como puede advertirse, el informe de la COMPIN sobre la recuperabilidad o irrecuperabilidad de la salud del servidor es determinante para que el alcalde pueda ejercer posteriormente la atribución de declarar el cese de funciones por salud incompatible con el desempeño del cargo (aplica criterio contenido en el dictamen Nº 7.587, de 2020).

Así entonces, si la COMPIN estima que la salud del funcionario que ha hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años es recuperable, la autoridad se encuentra facultada legalmente para declarar la mencionada causal. En la situación opuesta, esto es, si se informa que la salud es irrecuperable, no podrá declararse la referida incompatibilidad, pues nace para el funcionario el derecho a acceder a los beneficios de seguridad social propios de dicha declaración (aplica dictamen Nº 33.241, de 2019).

Por su parte, cabe señalar que la ley Nº 21.258 modificó el Código del Trabajo incorporando normas que protegen la estabilidad laboral de los trabajadores que son diagnosticados de cáncer. Así, el nuevo inciso octavo del artículo 2º prevé que “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de un trabajador o trabajadora, su permanencia o renovación de contrato a la promoción o movilidad en su empleo, al hecho de no padecer cáncer o no haber padecido cáncer, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno”.

Asimismo, se incorporó al citado código el artículo 489 bis, según el cual “El despido de un trabajador, declarado como discriminatorio por basarse en el padecimiento de cáncer, será siempre considerado grave para efectos del inciso cuarto del artículo anterior”.

De las normas transcritas se desprende que el empleador no puede considerar

De las normas transcritas se desprende que el empleador no puede considerar antecedentes relacionados con el cáncer para tomar decisiones que afecten al respectivo trabajador, tales como su contratación, permanencia, renovación, promoción o movilidad, por lo que si se despidió a un trabajador por haber padecido de cáncer, ese despido es discriminatorio y grave.

Ahora bien, cabe determinar si ese criterio, basado en las normas del Código del Trabajo, puede extenderse a funcionarios públicos no afectos estatutariamente a ese Código Laboral, como acontece con el recurrente, exfuncionario regido por la ley N° 18.883.

Al respecto, corresponde señalar que la ley N° 18.575 dispone, en su artículo 15, que el personal de la Administración del Estado “se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones”.

En ese contexto, la ley N° 18.883 contiene los preceptos aplicables al cese de funciones de los servidores municipales cuya relación laboral se rige por ese texto legal, quedando, por tanto, excluida la posibilidad de aplicar automáticamente las disposiciones del Código del Trabajo a esos funcionarios.

Precisado lo anterior, y en relación con la materia específica que se consulta, cabe señalar que en el mensaje presidencial que consta en la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 21.258, aparece que el objetivo de esa iniciativa legal fue “establecer un marco normativo que permita desarrollar políticas, planes y programas relacionados con la enfermedad del cáncer, abordando todas las etapas de manejo de la enfermedad”.

Luego, en el Informe de la Comisión de Salud -Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados-, se presentó una indicación para incorporar al Código del Trabajo un nuevo artículo 199 ter, que permitiera al trabajador o trabajadora diagnosticada con cáncer, gozar de fuero laboral a contar del respectivo diagnóstico de dicha enfermedad y hasta un año después de la certificación médica de la remisión total (Historia de la ley N° 21.158, página 238).

Sin embargo, la señalada enmienda fue rechazada en el Senado con el objeto de que el proyecto de ley pasara a Comisión Mixta, para analizar la forma de perfeccionar la protección para personas diagnosticadas con cáncer, tanto en el ámbito laboral como social, aprobándose en definitiva el actual inciso octavo del artículo 2º y el nuevo artículo 489 bis del Código del Trabajo. En la discusión realizada en la Comisión Mixta queda de manifiesto la intención del legislador de hacer aplicables estas reglas al sector público, pues se discutía esta “suerte de inamovilidad que ya no pasa por la calificación de gravedad hecha por el juez, aplicable a trabajadores del sector público y privado” (Historia de la ley N° 21.158, página 306).

Así entonces, y sin perjuicio que si bien los aludidos preceptos introducidos al Código del Trabajo, en principio, no resultan aplicables directamente a la causal de desvinculación en análisis, es posible advertir que se trata de normas protectoras de los derechos de los empleados, cuyo ámbito de aplicación excede a quienes se encuentran regidos por el aludido texto laboral.

En estas condiciones, es posible concluir que las licencias médicas otorgadas como consecuencia de la enfermedad de cáncer no deben considerarse para el cómputo del “lapso continuo o discontinuo que comienza a contar desde la fecha de diagnóstico” establecida

“lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en el periodo de dos años” establecido en el inciso primero del artículo 148 de la ley N° 18.883, que habilitan a la autoridad para declarar la salud incompatible del funcionario.

Por último, atendido que los diagnósticos por los cuales se emiten las licencias médicas no son conocidos por los organismos empleadores, recae en el funcionario público la carga de informar al jefe de servicio que la enfermedad que ocasiona la respectiva licencia es el cáncer y, en consecuencia, la autoridad debe proceder a descontar los periodos correspondientes.

Por consiguiente, la Municipalidad de Recoleta tendrá que revisar la medida adoptada respecto del exfuncionario recurrente, descontando los periodos en que habría estado con licencia médica originada en el cáncer que padece, para lo cual aquel debe acompañar los antecedentes respectivos. Ese municipio tendrá que informar documentadamente de lo resuelto a la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, en el plazo de veinte días hábiles administrativos, contado desde la recepción de este pronunciamiento.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

---

POR EL CUIDADO Y BUEN USO  
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS