



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social.

**Evolución del sistema de Subsidios por Incapacidad en Chile con especial
énfasis en el sistema de Licencias Médicas.**

Historia del sistema. Uso, abuso y fraudes.

Memoria Para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTORA

Javiera Cornejo Saavedra

PROFESOR GUÍA:

Maria Cristina Gajardo

Abogado

Santiago, Chile

2009

Tabla de Contenido

	Página
- <u>RESUMEN</u>	6
- <u>INTRODUCCIÓN</u>	7
- <u>CAPÍTULO I.</u>	
<u>Subsidios por Incapacidad Laboral</u>	9
1.1 Breve historia del Sistema de Salud en Chile	9
1.2 Los Subsidios por Incapacidad Laboral. Concepto. Historia.....	13
1.2.1. Concepto.....	13
1.2.2. Evolución del Subsidio por Incapacidad Laboral de Origen Común.....	16
1.2.3. Evolución del Subsidio de Origen Maternal.....	21
1.3. El Subsidio por Incapacidad Laboral, en la normativa vigente.....	26
1.3.1. Breve Referencia al Subsidio por Incapacidad Laboral de Origen Profesional.....	26
1.3.2. El Subsidio por Incapacidad Laboral por Enfermedad de Origen Común y de Origen Maternal.....	30
a) El Subsidio de Origen Maternal.....	31
b) Normas Comunes aplicables a los Subsidios por Incapacidad Laboral por enfermedad de Origen Común y de Origen Maternal.....	33
c) Cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral. Breve referencia a otros países. ¿La generosidad de nuestro sistema se presta para abusos?.....	41
- <u>CAPÍTULO II.</u>	
<u>Las Licencias Médicas</u>	46
2.1 Concepto.....	46

2.2 Emisión de una Licencia Médica.....	47
2.2.1. El Formulario de Licencia Médica.....	47
2.2.2. Profesionales Autorizados para Emitir una Licencia Médica.....	49
2.2.3. Tipos de Licencias Médicas.....	50
2.3. Tramitación de una Licencia Médica.....	51
2.3.1. Plazo para la presentación. Diferencia entre Sector Público, Privado y trabajadores independientes.....	51
2.3.2. ¿A quién se presenta? ¿Quién la estudia? ¿Cómo se Tramita?.....	52
2.4. El Rechazo de Licencias Médicas. Causales legales, Plazos y Reclamación.....	58
2.4.1 Causales de rechazo de una Licencia Médica.....	58
2.4.2. Apelación de las Resoluciones de ISAPRES y COMPIN.....	59
- <u>CAPÍTULO III.</u>	
<u>Sobreutilización y Abuso del Sistema.....</u>	61
3.1. Sospecha de Abuso en la Emisión de Licencias Médicas. Gastos. Régimen de Responsabilidades.....	61
3.1.1. Sospecha de Abuso del Sistema.....	61
a) La Licencia Médica Siquiátrica.....	63
b) La Licencia Médica por enfermedad grave del hijo menor de un año. Abuso del derecho. Conflicto con la realidad del país.....	66
3.1.2. Problema del financiamiento. Gastos en el Sector Público y Privado.....	71
3.1.3. Régimen de Responsabilidades de los principales intervinientes en la emisión de Licencias Médicas: Médico Tratante/Trabajador.....	78
a) Responsabilidad del Médico Tratante. Sanciones al médico que fraudulentamente emite Licencias Médicas innecesarias.....	78

b) Rol del Trabajador. Sanciones al trabajador que presenta licencias médicas sin presentar patología.....	82
3.2. Soluciones Frente al Abuso.....	85
3. 2.1. La Licencia Médica Electrónica.....	86
a) Apreciaciones Generales.....	86
b) Principios Formativos.....	87
c) Sistema de Información.....	90
d) Otorgamiento y Tramitación.....	92
3.2.2. Proyecto de Ley que Racionaliza el Uso de las Licencias Médicas y los Subsidios por Incapacidad Laboral y Enfermedad Grave del Hijo Menor de un Año.....	96
a) Antecedentes que fundamentan el proyecto.....	97
b) Propuestas.....	97
- <u>CAPÍTULO IV.</u>	
<u>Jurisprudencia</u>	102
4.1 Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO).....	102
4.1.1. Apreciaciones Generales.....	102
4.1.2. Jurisprudencia SUSESO.....	103
a) Causales de Rechazo de una Licencia Médica.....	103
b) Presentación de apelación fuera de plazo legal.....	110
c) Subsidio por Incapacidad Laboral.....	114
4.2. Excma. Corte Suprema.....	116
4.2.1. Apreciaciones Generales.....	116
4.2.2. Jurisprudencia.....	117
a) Efectos de la Licencia Médica en la relación laboral.....	117
b) Existencia de Licencia Médica justifica ausencia del trabajador a prestar funciones.....	117

c) Rechazo de la Licencia Médica, por las entidades correspondientes, no justifica aplicación de causal de despido del artículo 160 N° 3, del Código del Trabajo.....	119
d) Aplicación de Causales de Desahucio y Necesidades de la Empresa a trabajadores que hacen uso de una Licencia Médica.....	120

- <u>CAPÍTULO V.</u>	
<u>Conclusiones</u>	122
- <u>BIBLIOGRAFÍA.</u>	125

RESUMEN

El siguiente trabajo representa un análisis formal del sistema de Subsidios por Incapacidad Laboral por Enfermedad de Origen Común en Chile, con especial hincapié en el sistema de Licencias Médicas. Desde los inicios del sistema hasta el día de hoy. Los abusos para los que se presta el sistema de Licencias Médicas, así como los vacíos que permiten que se presenten por un lado, fraudes al sistema y por otro, casos de indefensión para el trabajador. En este sentido es imposible no destacar el nulo desarrollo legal que tiene el rol del Médico Tratante que emite la Licencia Médica, pues pese a ser un documento de un valor importantísimo y que significa al Estado una inversión de miles de millones de pesos, la ley no tiene desarrollado ni tipificado como delito específicamente la emisión de licencias médicas que contengan declaraciones falsas o excesivas, ni la presentación y el consecuente beneficio monetario para quien presente una licencia médica fraudulenta, sino que debe asimilarse a otras figuras legales genéricas y dispersas en la legislación.

En el desarrollo del presente estudio, mostraré la evolución que ha tenido el sistema de protección al trabajador en casos de incapacidad para realizar sus funciones, el rol que juega el empleador, el Estado y el mismo trabajador. Un gran avance en lo que dice relación con el control, la fiscalización y la disminución de los fraudes en el sistema, es la Licencia Médica Electrónica, tema que también será desarrollado.

Junto con lo anterior, también es mi intención analizar el procedimiento aplicable al momento de emitirse una licencia médica, desde el momento en que es cursada por un profesional o una institución competente.

Finalmente, también analizaré Jurisprudencia Administrativa y Judicial, y el rol de la Superintendencia de Seguridad Social pronunciándose sobre rechazos, revisiones o reducciones en el plazo de Licencias Médicas.

INTRODUCCIÓN

En la vida hay verdades innegables. Una de ellas es que todos, en algún momento de la vida, sufriremos de algún tipo de enfermedad.

Médicamente, existe un sinnúmero de enfermedades posibles en el ser humano. Algunas más graves que otras. Algunas de carácter físico, otras de carácter psíquico. Todas, sin embargo, afectan en mayor o menor medida la capacidad productiva de una persona. Desde alguna dolencia de carácter dental hasta una enfermedad catastrófica, todas representan el derecho del trabajador a descansar hasta encontrarse debidamente reestablecido.

Junto con ello, además de la protección al trabajador enfermo, ¿qué pasa con otro tipo de situaciones que limitan su productividad o que alteren significativamente su rendimiento o su interacción con los demás trabajadores, como puede ser el caso de una enfermedad de carácter siquiátrico?

¿Qué hacer frente a un trabajador enfermo?, ¿es responsabilidad exclusiva de cada persona el enfrentar y soportar sus enfermedades o le cabe en ello un rol a la sociedad y al Estado?, ¿quién asume el costo de un trabajador enfermo?

Y cuando un trabajador se enferma, ¿cuánto tiempo es el suficiente para su recuperación?, ¿es posible crear un criterio uniforme, transparente y conocido por todos los profesionales de la salud para evaluar una enfermedad y la duración de la correspondiente licencia médica?, ¿cómo fiscalizar que un trabajador enfermo efectivamente utilice el tiempo que se le ha dado de licencia para su recuperación y no para fines personales?

El presente trabajo comprende también el procedimiento de una Licencia Médica, las principales causales por las que se emite y las razones por las cuales puede ser rechazada. Además me referiré al uso de tecnologías aplicadas al sistema

de licencias médicas como es el caso de la Licencia Médica Electrónica o el cruce de bases de datos entre entes receptores y fiscalizadores de licencias con las Administradoras de Fondos de Pensiones, con el Instituto de Normalización Previsional, con el Servicio de Impuestos Internos o con la Administración de Seguros de Desempleo. Asimismo, me referiré al problema ético que representa una licencia médica, pues el poco desarrollo legal que tiene desde el punto de vista de su fiscalización, de los criterios de evaluación y de las sanciones aplicables al mal uso de las mismas, permite que tanto los trabajadores como los médicos se vean tentados a recurrir a ellas en casos que no son necesarias. Es el caso de las madres que desean pasar más tiempo con sus hijos pequeños, de los profesionales que cansados de su trabajo o para evadir responsabilidades fingen situaciones de stress incontrolable, trabajadores que sin padecer de dolores invalidantes se aprovechan de la compasión o buena fe de algún médico. Pero también está el rol del médico, el que faltando a la ética en el ejercicio de su profesión se aprovecha del poder que le confiere el emitir licencias para obtener lucro personal. ¿Es esta simplemente una manifestación de nuestra realidad de país, que tal vez no entiende ni mira con malos ojos el fingir enfermedades y recibir a cambio beneficios económicos que no le corresponden en cuanto sean otros quienes costeen estos beneficios?, esto pensando en la lógica que no existirían licencias médicas fraudulentas ni médicos que vendieran licencias médicas si no existieran pacientes dispuestos a mentir o a comprarlas. ¿Cómo mejorar el sistema?, ¿cómo hacer ver al trabajador o al médico que su mal actuar afecta a todo el país, ya sea por el costo que le representa al Estado el subsidiar enfermedades inexistentes o por el encarecimiento de los planes de salud para lograr solventar las pérdidas por licencias fraudulentas?.

Sin duda todas las preguntas que he planteado son difíciles de responder y ameritan una discusión profunda a nivel legislativo y ejecutivo, pero en cierta medida creo que mi investigación puede ayudar a responder en parte algunas de ellas.

CAPÍTULO I.
Subsidios por Incapacidad Laboral

I.1 BREVE HISTORIA DEL SISTEMA DE SALUD EN CHILE¹.

Si bien desde los inicios de nuestra historia republicana siempre ha existido una preocupación a nivel estatal por la salud de la población, que se refleja en hechos más bien prácticos como la creación de hospitales y centros de atención a enfermos, y la fundación de escuelas de Medicina como la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile en 1842; el “Estado”, si es posible llamarlo así, siempre estuvo restringido a un rol pasivo y de supervisión, quedando el rol activo a cargo de Juntas de Beneficencia que atendían las necesidades de salud de los más desposeídos, y en el caso de aquellos con más recursos, quedando en sus propias manos el buscar y costear atención médica. Solo hacia fines de 1892 y con la creación del Consejo de Higiene Pública es que el Estado comienza a asumir un rol más activo en la responsabilidad por la Salud Pública.

Durante el siglo XX el Estado de Chile va adquiriendo una preocupación más profunda acerca de temas de salud y salubridad con hitos tales como la dictación del primer Código Sanitario en 1918, sin embargo esta preocupación siempre estaba orientada al tratamiento y curación de enfermedades una vez que estas se manifestaban, siendo ambos de cargo del enfermo en cuanto no estuviera cubierto por la beneficencia y ni hablar de los costos de una rehabilitación o el auxilio para él o su familia durante el tiempo que quedara incapacitado de trabajar. No es hasta 1924, con la creación del Seguro Obrero, mediante la Ley N° 4.054², que además establece su

¹ GIACONI, J. y Valdivia, G. El Sistema de Salud Chileno. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 1994.

² Este Seguro otorgaba asistencia médica por enfermedad a los asegurados, proporcionaba los medicamentos que estos requirieran, atención dental limitada, hospitalización preferencial, subsidio en dinero durante la enfermedad, atención maternal para las obreras o cónyuges de los asegurados, indemnización por muerte del asegurado, pensión de invalidez y pensión de retiro.

obligatoriedad, que se demuestra un real avance en cuanto a la previsión en temas de salud. En efecto, esto constituye una innovación pues por primera vez existe un sistema destinado a cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte de un trabajador mientras este estuviera sano y productivo, financiando el seguro con fondos del propio trabajador, su empleador y el Estado.

Pero el avance más importante de la época hacía un más completo Sistema de Previsión, se produce con la dictación de la ley de Medicina Preventiva N° 6.174 de 1938, que vino a llenar los grandes e importantes vacíos existentes en el sistema previsional chileno de la época. Tenía la intención primordial de precaver a tiempo las enfermedades más comunes e importantes entre los trabajadores, que les conducían a la invalidez y muerte temprana y en gran número³.

Sin embargo y pese al desarrollo antes referido, no es posible hablar de un Sistema de Salud en Chile sino hasta fines de la década del '50 con la creación del Servicio Nacional de Salud (SNS) que concentra y unifica una diversidad de organismos como la Caja del Seguro Obrero, la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia, los Servicios Médicos de las Municipalidades y la Sección de Accidentes del Trabajo del Ministerio del Trabajo, todos entes que se ocupaban de las necesidades de salud de la población obrera, de escasos recursos e indigentes y que hasta entonces se encontraban trabajando de manera dispersa y sin una orientación clara ni uniforme. Junto con el Servicio Médico Nacional de Empleados (SERMENA, creado en el año 1942) que estaba orientado al sector de la población de clase media y media-baja, financiado con un copago de los afiliados, el SNS pasa a ser el pilar del desarrollo del sistema de Salud en Chile.

En la década de los '60s se desarrollan una serie de reformas sociales en materia de salud, crece la inversión en hospitales y aumenta considerablemente el número de profesionales de la salud y la extensión de la cobertura demográfica. En 1960 se dicta el D.F.L N° 338, Estatuto Administrativo para Empleados Públicos,

³ BOWEN Herrera, Alfredo. Introducción a la Seguridad Social. Santiago de Chile. Tercera Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. 1992. Pg. 49

Semifiscales y el Magisterio⁴, que junto con contener normas relativas al ingreso, promoción y remuneración de los trabajadores, contenía también como una gran innovación una serie de beneficios previsionales, normas sobre desahucio y jubilación tanto por años de servicio como por enfermedad e invalidez. SERMENA se consolida como un servicio de libre elección tanto para trabajadores públicos como privados y sus cargas y establece un sistema de controles periódicos de salud para prevenir enfermedades. Sin embargo el hecho más importante de esta década es la dictación en 1968 de la Ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, texto legal que, sin perjuicio de las modificaciones de que ha sido objeto, se mantiene vigente hasta nuestros días y que representa un avance en estos temas en toda América Latina pues comprende cobertura de gastos médicos pero además una ayuda económica para el trabajador que está impedido de continuar trabajando mientras dure su recuperación. Es en virtud de esta Ley, además, que se crean las Mutuales de Seguridad, prestadores privados de Salud que contribuyen al desarrollo del sistema de salud preventiva como lo conocemos hasta nuestros días.

Hacia fines de los '70s surge un proceso profundo de reestructuración en el sector de Salud en Chile. Se reorganiza el Ministerio de Salud, se fusiona el SNS y SERMENA⁵, creando nuevos organismos estatales que asumirán las funciones de ellos, como FONASA en lo relativo a la verificación y financiamiento de prestaciones de salud, la Central Nacional de Abastecimiento en lo relativo a la adquisición, almacenaje y distribución de medicamentos, instrumental e insumos, entre otras funciones, el Instituto de Salud Pública, entre otros.

La década del '80 en Chile se caracteriza por una serie de reformas al sistema previsional, de pensiones y salud, la creación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), la descentralización creciente del sistema de atenciones de salud pasando la salud primaria a la administración municipal, el crecimiento de los prestadores privados y, dada la creciente necesidad de una sistematización en el tema, en 1984 por

⁴ Actualmente derogado por el artículo 157 de la Ley N° 18.834 de 1989 que aprueba el Estatuto Administrativo vigente.

⁵ Hoy llamado Sistema Nacional de Servicios de Salud

primera vez se regula de un modo sistemático el tema de las Licencias Médicas en el Decreto Supremo N° 3 del Ministerio de Salud que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por Servicios de Salud e Instituciones de Salud Previsional.

Posteriormente en la década de los '90s y hasta la fecha el Sistema de Salud Previsional en Chile se caracteriza por la conservación del esquema heredado⁶, y la existencia de diversos actores que vienen a acoger las necesidades de salud de los trabajadores nacionales sean del sector público o privado, dependientes o independiente: FONASA e ISAPRES que acogen a la población para las necesidades de salud preventiva, de tratamiento o de recuperación, ambas financiadas en parte por el propio trabajador quien asume un rol activo en su propia previsión con la elección de distintos planes de salud, su aporte financiero obligatorio en el caso de los trabajadores dependientes el que es descontado directamente de su remuneración mensual, y la posibilidad de incorporar cargas a su plan de salud. Las ISAPRES evolucionan hacia virtuales sociedades de inversión con un crecimiento explosivo⁷ lo que obliga a crear en 1990 la Superintendencia de ISAPRES⁸. Las Mutuales acogen a los trabajadores en situaciones de accidentes o enfermedades que deriven necesariamente del desempeño de sus labores o en el trayecto hacia su lugar de trabajo y van especializando y profesionalizando cada vez más sus servicios.

Actualmente el Sistema está orientado al mejoramiento de los actores y los servicios que prestan. En el sector público, la preocupación del Estado está dirigida por un lado a aumentar la cantidad de hospitales y consultorios para atender a la población que crece cada vez más, pero a la vez en mejorar el acceso a la salud y la calidad de ésta. Varias políticas de Gobierno van encaminadas a ello. En el plano económico, esto es, en la búsqueda del financiamiento del sistema, se crean normas que permitan una coordinación más ordenada y eficiente de los recursos. Ejemplo de ello es la instauración de sistemas de verificación de identidad al momento de la venta de bonos

⁶ JIMÉNEZ J. Sistema de Salud en Transición a la Democracia. Ministerio de Salud. Chile.1991.

⁷ Cabe destacar que en un comienzo, en 1981, eran solo 6 ISAPRES las que formaban parte del sistema. Hacia 1995 ya se contaban 34 instituciones entre abiertas y cerradas.

⁸ Hoy llamada Superintendencia de Salud

médicos para evitar que sean atendidas personas que no participan del sistema. Otra política y que es la más importante para el desarrollo del presente trabajo es el desarrollo y perfeccionamiento del sistema de Licencias Médicas para verificar que los recursos invertidos efectivamente sean utilizados como es debido. Cada cierto tiempo es posible ver en la prensa casos ampliamente difundidos de personas que tratan de abusar del sistema obteniendo beneficios del Estado que llegan a varios cientos de millones de pesos, recursos que podrían tener un mejor destino si hubiese una mejor fiscalización.

En el sector privado de salud en tanto, en la actualidad se lucha por mejorar el funcionamiento de las ISAPREs que a nivel de opinión pública son instituciones mal evaluadas, que no dan claridad en cuanto al uso y destino de los dineros que los cotizantes les entregan, que no otorgan las prestaciones que debieran y en definitiva existe un sentir general de mal funcionamiento.

1.2 LOS SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD LABORAL. CONCEPTO. HISTORIA.

1.2.1.- Concepto

Conceptualmente, un subsidio se define como una prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada⁹. Para la Seguridad Social un subsidio es un beneficio, prestación de carácter asistencial o ayuda económica que tiene por objeto cubrir la contingencia o estado de necesidad en que se encuentra una persona, cualquiera sea el origen de esta necesidad.

En nuestra legislación y para los efectos del presente estudio, un subsidio corresponde a un beneficio que otorga el Estado u otra institución a ciertas personas que se encuentran en situación de necesidad. Este beneficio, generalmente de

⁹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. 22º Edición.

carácter económico, representa una ayuda para solventar gastos que sobrevienen a una situación excepcional que afecta a la población. Ejemplos de subsidios en nuestra legislación existen en las materias más diversas como vivienda, educación y, por supuesto, salud.

Antes de referirnos a los Subsidios por Incapacidad en materia de salud y previsión que contempla nuestra ley, es preciso definir primero que se entiende por “Incapacidad” y asimismo la “Capacidad” para efectos del Derecho del Trabajo.

A este respecto el autor español José Almansa Pastor señala que la capacidad laboral corresponde a “el complejo de medios intelectuales, volitivos y físicos, que permiten utilizar provechosamente la propia eficiencia física en el desarrollo de una actividad laboral.”¹⁰. A contrario sensu, la Incapacidad laboral corresponderá a toda aquella situación en que se dificulte o impida alguno de los elementos descritos, sea temporal o permanente.

Las incapacidades se pueden clasificar desde varios puntos de vista:

a) Según su origen.

- Incapacidad Fisiológica o biológica: aquella que proviene de la minoría de edad legal para trabajar, la maternidad o la vejez.
- Incapacidad Patológica: aquella producida por enfermedad o accidente común, enfermedad laboral o accidente del trabajo.

b) Según la oportunidad en que se verifica.

- Incapacidad Congénita y originaria: aquella que presenta el individuo desde antes de su nacimiento y, por ende, es anterior a la prestación del trabajo.
- Incapacidad Sobrevenida o adquirida: aquella que no es natural en el individuo, y que le afecta una vez que se encuentra prestando labores.

¹⁰ ALMANSA P., José M. Derecho de la Seguridad Social. Madrid, Ed. Tecnos. 1991. Pág. 402.

c) Según la duración de sus efectos.

- Incapacidad Transitoria: aquella que impide, en forma temporal, que el trabajador continúe prestando funciones, y una vez superada, el trabajador recobra su capacidad de trabajo.
- Incapacidad Permanente: aquella que impide, en forma definitiva, que el trabajador continúe prestando labores. Es de efectos perpetuos y de carácter irrecuperable.

Para estos efectos, la Incapacidad que nos preocupa es la de carácter Patológica, Sobrevvenida y Temporal pues es la que da lugar a Subsidio, salva la excepción de la Maternidad que, si bien es de carácter fisiológico pues atiende a la naturaleza de la especie, en todo caso, es también sobrevvenida y transitoria.

Legalmente, la incapacidad laboral temporal se encuentra definida en Decreto Supremo N° 109 del año 1968, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, a propósito de los riesgos laborales, estableciendo en su artículo 2° que “se considerará incapacidad temporal toda aquella provocada por accidentes del trabajo o enfermedad profesional, de naturaleza o de efectos transitorios, que permita la recuperación del trabajador y su reintegro a sus labores habituales”.

Dicho lo anterior, un subsidio por incapacidad laboral corresponderá a una prestación económica establecida por ley que reemplazará la remuneración de un trabajador que se haya incapacitado de trabajar por el evento de un accidente o una enfermedad relacionada directamente con el trabajo que realiza¹¹, o proveniente de una enfermedad de origen común, embarazo o patologías relacionadas con él.

¹¹ Otros conceptos:

- Soto, Samuel: “*El beneficio pecuniario que se entrega con carácter de extraordinario, a un trabajador que padece de una incapacidad laboral transitoria, establecida por el Estado como una prestación especial dentro de la cobertura que contempla el régimen que asegura al trabajador un ingreso, mientras la necesidad subsiste*” (Soto, Samuel. “*La Incapacidad laboral transitoria y su cobertura en la Seguridad Chilena*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1991. Págs. 88 y 89)
- Corporación de Investigación, Estudios y Desarrollo de la Seguridad Social: “prestación de carácter pecuniario que se otorga al trabajador con el objeto de sustituir su remuneración mientras está acogida a licencia médica. Se paga por el período que dure la incapacidad y permite

Entonces, el concepto de Subsidio por Incapacidad Laboral agrupa a un conjunto de subsidios contemplados en la legislación vigente que procuran que los trabajadores comprendidos en el sistema de seguridad social, cumpliendo con determinados requisitos, perciban una prestación pecuniaria que sustituya su remuneración y les permita, además, mantener la continuidad en su régimen previsional, en el caso que presenten incapacidad parcial para trabajar.

De acuerdo a lo mencionado en los párrafos precedentes el Subsidio por Incapacidad Laboral puede clasificarse, según su origen:

- De origen común
- De origen maternal
- De origen Profesional

Respecto a las dos primeras categorías me referiré en extenso en este estudio.

1.2.2.- Evolución del Subsidio por Incapacidad Laboral de origen Común.

Si bien Chile cuenta con un largo y reconocido interés en la Seguridad Social de los trabajadores y en la creación de subsidios focalizados en los más necesitados, hay que reconocer que, como se puede concluir de la reseña histórica desarrollada en el acápite anterior, desde los inicios de la República y hasta los primeros años del siglo recién pasado, las clases más desfavorecidas y en general, los trabajadores estaban desprotegidos en lo que se refiere a salud, tanto por la inexistencia de hospitales que contaran con los elementos suficientes para hacerse cargo de los requerimientos de la población, como por la inexistencia de normativa laboral en favor de los trabajadores. La protección de la salud estaba principalmente entregada a organismos de beneficencia, en una primera época organismos de carácter privado y relacionados con

mantener la continuidad en los regímenes de pensiones y de salud a los que se encuentre afiliado el trabajador” (en “Modernización de la Seguridad Social en Chile”. 1994. pág. 90)

programas de caridad, generalmente de orientación cristiana, o por mancomunales obreras, para luego ser asumida por el Estado, a través de la creación de organismos de carácter estatal con una labor social mas amplia y con cierta regulación respecto a las prestaciones otorgadas.

Una segunda etapa, relacionada también con la evolución del concepto y amplitud de la Seguridad Social en el contexto internacional, es la aparición de los Seguros Sociales que inicialmente se centraban en la protección de las contingencias sociales tan solo de los trabajadores, producto de enfermedades, invalidez, accidentes, vejez, etc., para posteriormente ampliar sus beneficios a la familia de los mismos. Estos seguros eran financiados por cotizaciones que realizaban todos los intervinientes en la relación laboral.

Es así como en Chile, producto de la situación política y social propia de las primeras décadas del siglo XX, se dictan diversas leyes de carácter social, las que fueron objeto de debate y criticas provenientes de los diversos sectores sociales, incluyendo en ellos a los obreros, quienes eran el sujeto primordial al cual iban dirigidas estas primeras leyes sociales.

Una de ellas, de gran importancia y con relación al tema estudiado es la Ley N°4.054, de 8 de septiembre de 1924 sobre Seguro Obrero Obligatorio, que cubría a los obreros del sector privado y que ya consideraba el derecho a un subsidio por enfermedad. Con ella se crea la Caja del Seguro Obrero, que entregaba distintas prestaciones a los beneficiarios, entre ellas el subsidio por enfermedad. Se financiaba de forma tripartita, es decir, con las cotizaciones de los obreros, los patrones y el Estado. Siendo la de los primeros la menor en términos pecuniarios. El monto del subsidio por enfermedad otorgado por la Caja disminuía considerablemente a contar de la tercera semana de reposo y tenía relación directa con las cotizaciones efectuadas, con un período de carencia de 5 días si la enfermedad duraba menos de una semana. Además, el obrero tenía derecho al subsidio solo si tenía familia que viviere con él, así lo expresaba el artículo 14 letra B (original): “La Caja proporcionará a sus asegurados los siguientes beneficios: b) Un subsidio en dinero, mientras dure su

incapacidad, al asegurado que tuviere familia que viviere con él y a sus expensas, que se le pagará desde el quinto día de enfermedad, pudiendo reclamar él de ese tiempo, si la enfermedad se prolongare por más de una semana. Durante la primera semana, el subsidio será igual al monto del salario, sueldo o renta que el asegurado hubiere devengado en la semana anterior, de la mitad en la segunda semana, y de la cuarta parte en los períodos siguientes. Si el enfermo estuviere hospitalizado y no tuviere familia que viva con él y sus expensas, no tendrá derecho a este subsidio. Los empleados públicos que recibieran sueldo del estado durante su enfermedad, solo tendrán derecho a un subsidio del 25 por ciento de su sueldo desde que aquel les suspenda el pago”. En 1925 se introduce una modificación con la que se pretende ampliar el derecho a subsidio por enfermedad a los obreros que se encuentren hospitalizados y que no tengan familia que viva a sus expensas, para ellos el subsidio corresponderá al 50% del subsidio establecido por la ley¹².

Posteriormente la Ley N° 6.174 de 1938, incorpora un subsidio por “Reposo Preventivo” tanto para obreros como empleados, señalando que percibirán el total de su salario durante el periodo de reposo, el que le será abonado por la Caja correspondiente.

Posteriormente, y producto del continuo desfinanciamiento del sistema, se intentan diversas modificaciones, siendo la de mayor importancia la de 1952, mediante la Ley N°10.383 relativa al Seguro Social y al Servicio Nacional de Salud. Esta ley modifica los aportes al fondo, cambia el sistema de pensiones, incluye a la esposa y a los hijos de los obreros como beneficiarios, divide en dos los servicios de la antigua Caja del Seguro Obrero, así aparecen por un lado, el Servicio del Seguro Social, encargado de la previsión económica del obrero, y por otra parte, el Servicio Nacional de Salud, encargado de dar respuesta a las contingencias de carácter médico de los obreros. Es esta institución la que tiene a su cargo el Subsidio por enfermedad. La mencionada ley, en su artículo 27 (original) se refiere al subsidio en comento y señala:

¹² Decreto Ley 698 de 12 de Noviembre de 1925, modifica el artículo 14 de la Ley N° 4054, en su artículo único, en los siguientes términos: “...Si el enfermo no tuviere familia que viva con él y a sus expensas, tendrá derecho solo a la mitad del subsidio que establece la ley”.

“Si el asegurado estuviere incapacitado para trabajar por enfermedad o accidente que no sea del trabajo, por un tiempo superior a tres días, recibirá un subsidio por enfermedad que será igual por cada día que exceda de tres, al promedio del salario sobre el cual haya impuesto en los últimos seis meses calendario. Este promedio se determinará dividiendo por 180 el total de salarios a que correspondan las imposiciones de dicho período. De esta cantidad se descontará el 15% para el pago de imposiciones. Si el asegurado fuere hospitalizado, se descontará el monto del subsidio un 15% más para cubrir el costo de alimentación en el hospital”.

Para tener derecho al subsidio se requería estar al día en el pago de las imposiciones, tener un mínimo de 6 meses de afiliación y un mínimo de 13 semanas de imposiciones en los últimos 6 meses calendario¹³. Durante el período en que se pagaba el subsidio, el trabajador debía realizarse todos los exámenes y tratamientos médicos que se le indicasen, si el trabajador se rehusaba a ello, sin causa justificada, se suspendía el pago del subsidio por ese período¹⁴.

En 1925 nace la Caja de Empleados Particulares, la que se financiaba por cotizaciones de los empleados y los empleadores, cuyo monto era superior que para el caso de los obreros. Inicialmente solo administraba los fondos de retiro de los empleados. Posteriormente, en 1937, se otorgan asignaciones familiares y subsidio de cesantía y, en 1938, subsidios por “Reposo Preventivo” creados por la Ley N° 6.174. Luego, por medio de la Ley N° 16.781 de 1968 se amplía el sistema de subsidios por enfermedad a los empleados particulares, entregándosele al Servicio Médico Nacional de Empleados (SERMENA), creado en 1942, la misión de otorgar los subsidios por incapacidad para trabajar a los empleados, incapacitados para trabajar por enfermedad, por un período superior a 3 días. El subsidio sería equivalente al 85% del promedio de sueldo imponible del empleado de los últimos 6 meses calendario. El Subsidio se entregaba durante todo el período en que se encontraban acogidos a licencia por enfermedad no comprendida en la Ley N° 6.174, y mientras dicha

¹³ Artículo 29, Ley 10.383, de 08 de agosto de 1952.

¹⁴ Artículo 9, Ley 10.383, de 08 de agosto de 1952.

enfermedad no hubiese sido declarada irrecuperable¹⁵. Para el cumplimiento de lo mencionado, se crea una imposición adicional con cargo al empleador del 1% de las remuneraciones por las cuales se cotizan imposiciones en la respectiva institución previsional.

Posteriormente, en 1969 se dicta la Ley N° 17.160, sobre Ampliación de Subsidios por Enfermedad a los imponentes de los Servicios del Seguro Social y Caja de Previsión de Empleados Particulares. De acuerdo a ella, los trabajadores cuya incapacidad para trabajar fuera superior a 15 días, tendrían derecho a que se le pague el subsidio a contar del primer día de incapacidad¹⁶.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, en la época, la legislación relativa a los subsidios por incapacidad para trabajar por enfermedad de origen común se encontraba dispersa en los distintos cuerpos normativos que regían las diferentes Cajas de Previsión, que se fueron creando en atención al trabajo desempeñado, cada una con requisitos y beneficios particulares. Producto de ello, en 1978, se dicta el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, que Establece Normas Comunes para Subsidios por Incapacidad Laboral de los Trabajadores Dependientes del Sector Privado, que viene a unificar la normativa dispersa, y que junto con sus posteriores modificaciones¹⁷, regula hasta hoy los subsidios por incapacidad laboral, normas que se estudiarán en el acápite siguiente. Asimismo, las reformas impulsadas por el Gobierno Militar,

¹⁵ Artículo 17, Ley N° 16.781, de 02 de mayo de 1968.

¹⁶ Ley N° 17.160, 12 de julio de 1969, en su artículo único expresa: “El período de hasta tres días de ausencia del trabajo por enfermedad, debidamente justificada, que no se encuentre cubierta por los subsidios establecidos en los artículos 27 de la Ley N° 10.387 y 17 de la Ley N° 16.781, dan derecho al trabajador o empleado a igual subsidio de cargo del Servicio Nacional de Salud o del Servicio Médico Nacional de Empleados

¹⁷ Una de las modificaciones más importantes se refiere a la base de cálculo de los subsidios, originalmente el artículo 8 disponía: “la base de cálculo para la determinación del monto de los subsidios será la cantidad equivalente: 1.-A la remuneración neta, al subsidio o a ambos que se hayan devengado en el mes calendario que antecede a la fecha de la licencia médica correspondiente; o 2.- A la remuneración mensual neta resultante de lo establecido en el contrato de trabajo, si el beneficiario no tuvo remuneración ni subsidio durante el referido mes o si inició la actividad durante el mes anterior”. Dicho artículo 8 fue objeto de una modificación el año 1985, mediante la Ley N° 18.482, la que en su artículo 75 a), establece como nueva redacción del artículo en comento la siguiente “La base de cálculo para la determinación del monto de los subsidios considerará los datos existentes a la fecha de iniciación de la licencia médica y será una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario, más próximos al mes en que se inicia la licencia”.

repercutieron también en el tema en estudio, toda vez que producto de las reformas al sistema previsional que dieron origen a las Instituciones de Salud Previsional, y otorgaron la opción a los trabajadores de afiliarse al Sistema Público o al Sistema Privado de Salud, se entregó a dichas instituciones el pago del subsidio en comento¹⁸, por tanto, a diferencia de las décadas anteriores, el subsidio por incapacidad laboral comenzó a financiarse en un 100% por las cotizaciones efectuadas por los trabajadores.

1.2.3.- Evolución del Subsidio de Origen Maternal.

Los primeros indicios de un subsidio maternal los encontramos en la Ley N°4.054, del año 1925, norma que reconocía el derecho de las aseguradas a atención profesional del embarazo y parto, y además consagraba un “auxilio” correspondiente al 50% del salario durante las 3 semanas que sigan al parto y de 25% en el período posterior, prolongado hasta el “destete cuando amamanten a su hijo”¹⁹. El Decreto Ley N° 698 del mismo año 1925, disminuye a dos las semanas posteriores al parto que serían objeto de este auxilio.

Por su parte, también en el año 1925, mediante el Decreto Ley N° 442 de 20 de Marzo, sobre Protección a la Maternidad Obrera, se reconoce el derecho a reposo pagado de las trabajadoras embarazadas en los días previos y posteriores al parto, siendo el patrón el obligado al pago de este subsidio, correspondiente al 50% del salario de la obrera²⁰.

¹⁸ Artículo 20, Ley N° 18.469, de 23 de Noviembre de 1985, que Regula el Ejercicio del Derecho Constitucional de Protección a la Salud y Crea un Régimen de Prestaciones de Salud.

¹⁹ Artículo 14 letra C, Ley N° 4.054, texto original.

²⁰ Artículo 1, D.L. N° 442, de 20 de Marzo de 1925, sobre Protección a la Maternidad Obrera: “Las obreras, durante el período de embarazo, tendrán derecho a un descanso que comprenderá cuarenta días antes del alumbramiento y veinte días después.

Durante ese período el patrón o empresario estará obligado, no obstante cualquiera estipulación en contrario, a reservar el puesto y pagarle el 50% del salario.”

Esta disposiciones fueron incorporadas al texto del Decreto con Fuerza de Ley N° 178, de 13 de Mayo de 1931, conocido como el primer Código del Trabajo, que legisla sobre “Protección a las madres obreras”.

La Ley N°10.383, de 1952, del Servicio de Seguro Social y del Servicio Nacional de Salud confirma lo anterior, en su artículo 32 que señalaba “Las aseguradas que cumplan con las condiciones mencionadas en el artículo 29 tendrán derecho a un subsidio igual al establecido en el artículo 27, por un período de 6 semanas antes y 6 semanas después del parto, a condición de que en este período no ejecuten labor remunerada”.

Posteriormente, mediante la Ley N° 11.462, de 29 de Diciembre de 1953, que modifica disposiciones del Código del Trabajo, relacionadas con la protección de la maternidad, se extienden las normas de protección a las empleadas. Dicha normativa en su artículo primero, que sustituye los párrafos I y II con sus artículos 307 a 314, del Título III del Libro II, del Código del Trabajo señala “Las empleadas y obreras tendrán derecho a un descanso de maternidad de 6 semanas antes del parto y 6 semanas después de el”²¹. Además, indica que el subsidio corresponderá “al total de las remuneraciones y asignaciones que la mujer perciba” y entrega a la respectiva Caja de Previsión y al Servicio Nacional de Salud el pago del subsidio²², comenzando, de esta manera, a ser financiado por las cotizaciones efectuadas en las respectivas Cajas.

²¹ Artículo 309, D.F.L N° 178, modificado por la Ley N° 11.462.

²² Ley N° 11.462, modifica el artículo 312 del Código del Trabajo, en el siguiente tenor: “Art. 312. La mujer que se encuentre en el período de descanso a que se refiere el artículo 309 o a los descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 310, recibirá un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, del cual solo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que le correspondan.

El subsidio de las empleadas y mujeres afectas a un régimen de previsión será pagado por la Caja de Previsión u organismo auxiliar respectivo con cargo a la Ley 6.174, para lo cual el Presidente de la República podrá hacer uso de la facultad que se le concede en el artículo 9.0 de la citada ley.

El subsidio de las obreras, afectas al régimen de la Ley 10.383, será pagado por el Servicio Nacional de Salud.”

Todo lo anteriormente mencionado fue reglamentado por el Decreto Supremo N° 402, de 1954, del Ministerio de Salud Pública y Previsión Social “Reglamento de Subsidios de Enfermedad y Maternal y auxilio a la Lactancia”²³.

En 1959, la Ley N° 13.305 amplió el beneficio del post natal de 6 a 12 semanas “si el cuidado del niño lo requiere”²⁴, en el mismo sentido en 1966, la Ley N° 16434, de 26 de febrero de dicho año, modifica el artículo 309 del Código del Trabajo, agregando a dicho artículo un inciso segundo, que reconoce una extensión del subsidio hasta por un plazo de 6 semanas más²⁵.

Una de las modificaciones más importantes en relación al Subsidio por maternidad es la que se produjo en 1985²⁶, a través de la Ley N° 18.418, mediante ella se traspaso al “Fondo Único de Prestaciones Familiares” el financiamiento de los subsidios por reposo maternal. La modificación tuvo por objetivo evitar discriminaciones contra la incorporación de las mujeres en edad fértil a las ISAPRES, generada porque dicho subsidio, era de cargo de ellas y del Servicio Nacional de Salud, como sucesoras de las antiguas entidades de previsión social²⁷.

Dentro de la normativa en relación al tema estudiado, una de las de mayor relevancia es el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, al cual ya me he referido y cuyas normas actuales serán revisadas con posterioridad. Dicha norma regula todos los

²³ Derogado en sus normas contrarias e incompatibles por el Decreto N° 3 de 1984, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las Compín e Instituciones de Salud Previsional”.

²⁴ Ley N° 13.305, de 6 de abril de 1959, artículo 59: “Agregase en el artículo 32 de la Ley 10.308 a continuación del inciso primero, la siguiente frase: “Si el cuidado del niño lo requiere el Servicio Nacional de Salud prolongará por 6 semanas más el subsidio maternal post-natal”.

²⁵ Ley N° 16.434, artículo 1° “Introducense las siguientes modificaciones al artículo 309 del Código del Trabajo: a) Agréguese el siguiente inciso segundo: Si el cuidado del niño lo requiere, el respectivo Servicio Médico prolongará por seis semanas más el subsidio maternal post-natal.”

²⁶ En ese mismo año, la Ley N° 18.469, ratificó la inclusión del subsidio maternal en el “régimen de prestaciones de salud” prescrito para todos los trabajadores dependientes de los sectores público y privado y para todas las personas que coticen en un sistema legal de previsión.

²⁷ MONTROYA Aguilar, Carlos. Subsidio a la Maternidad en Chile: Un caso de objetivos múltiples. Cuadernos Médico Sociales. Colegio Médico de Chile. Publicación Indexada en la Base de Datos LILAC, Vol. 44, N° 2, junio 2004.

subsidios²⁸, equiparando el cálculo del subsidio maternal al subsidio por enfermedad de origen común.

En 1988, mediante la Ley N° 18.768, de 29 diciembre de dicho año, sobre Normas Complementarias de Administración Financiera, de Incidencia Presupuestaria y de Personal, se introduce una de las modificaciones más controvertidas y discutidas relativas a los requisitos y la base de cálculo del Subsidio por Maternidad, dicha normativa en su artículo 62 dispone:

”Para efectos del goce del subsidio de maternidad las trabajadoras deberán cumplir, el día primero de mes de la concepción, certificada por un médico cirujano o matrona, con los requisitos que la normativa vigente exige para dicho subsidio.

La base de cálculo para la determinación del monto del subsidio de maternidad considerará los datos existentes en los tres meses calendario anteriores a aquel en el que se produjo la concepción en el caso de las trabajadoras dependientes y de los seis meses calendario anteriores al citado mes en el caso de las trabajadoras independientes. El monto que resulte deberá reajustarse en un porcentaje equivalente a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre el mes de la concepción y el mes anterior al del inicio del reposo prenatal.

A las trabajadoras deberá pagárseles el subsidio de maternidad calculado en la forma indicada precedentemente siempre que no fuere de un monto superior al que resultare por aplicación de las normas contenidas en el artículo 8 del decreto con fuerza de ley N° 44 de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, caso en cual deberá pagarse de acuerdo con esta última normativa...”

Esta es la llamada “Ley Buchi”, de acuerdo a ella las mujeres que no tengan tres meses de cotizaciones en el periodo anterior a la concepción no recibirán su ingreso real como pago de su licencia. El monto del subsidio se calculaba según el promedio más bajo entre los últimos sueldos antes del prenatal y los tres últimos sueldos antes de la concepción. Esta normativa imponía mayores condiciones a la

²⁸ Cabe indicar que la Ley N° 18.469 de 1985, reconoce el derecho de las trabajadoras al descanso maternal y al correspondiente subsidio, el que se regirá por las disposiciones del D.F.L N° 44. Así lo expresa en su artículo 19.

mujer para optar al subsidio y en definitiva tenía un carácter discriminatorio, y, además, contradecía al Código del Trabajo que establecía, y aun establece, que una mujer que se encuentra en descanso maternal recibirá un subsidio equivalente al total de sus remuneraciones. Es por ello que en 1994, mediante la Ley N° 19.299, “Base de Cálculo del Subsidio Maternal” se deroga el artículo 62 de la Ley N° 18.768, ya transcrito, y, además, se introdujeron modificaciones al D.F.L N° 44 y a la Ley N° 18.867, en lo relativo a normas sobre subsidio maternal²⁹, con las que se mejoraron los requisitos de acceso al subsidio pero se mantuvo la densidad previsional exigida con anterioridad. Dicha normativa modifica la base de cálculo del subsidio de origen maternal a fin de asegurar a las trabajadoras un subsidio de un monto similar a su remuneración real, reparando el castigo que imponía la anterior normativa.

En la actualidad el derecho al descanso por Maternidad se encuentra normado en los artículos 195 y siguientes del Código del Trabajo y los subsidios que se otorgan en virtud de ello se rigen por lo establecido en la Ley N° 19.299 y por el D.F.L N° 44 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y en lo pertinente, por las Leyes N° 18.418 y N° 18.469.

²⁹ Esta Ley intercala en el D.F.L. 44, en su artículo 8 los siguientes incisos: “En todo caso, el monto diario de los subsidios del inciso primero del artículo 195, y del inciso 2 del artículo 196, ambos del Código del Trabajo, y del artículo 2 de la Ley 18.867, no podrá exceder del equivalente a las remuneraciones mensuales netas, subsidios o de ambos, devengados por las trabajadoras dependientes en los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el período comprendido por los siete meses anteriores al mes precedente al de inicio de la licencia, e incrementado en un 10%.

Los tres meses a que se refiere el inciso anterior deberán estar comprendidos dentro de los 6 meses inmediatamente anteriores al séptimo mes calendario que precede al mes de inicio de la licencia. Si dentro de dicho período solo se registraren uno o dos meses con remuneraciones y/o subsidios, para determinar el límite del subsidio diario, se dividirá por 30 o 60 respectivamente.

Para los efectos del cálculo de los subsidios a que se refieren el inciso primero del artículo 195 y el inciso segundo del artículo 196, ambos del Código del Trabajo, se considerarán como un solo subsidio los originados en diferentes licencias médicas otorgadas en forma continuada y sin interrupción entre ellas.”

1.3 EL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD LABORAL, EN LA NORMATIVA VIGENTE.

Como ya se menciona en este estudio, los Subsidios por Incapacidad Laboral pueden clasificarse en Subsidios por Incapacidad de Origen Común, Subsidios por Incapacidad de Origen Maternal y Subsidios por Incapacidad de Origen Profesional. Respecto a los dos primeros me referiré acabadamente en el acápite siguiente de este estudio por tratarse de parte del tema central del mismo. Por ahora me referiré sucintamente al Subsidio por Incapacidad de Origen Profesional.

1.3.1. Breve Referencia al Subsidio por Incapacidad de Origen Profesional

La Ley Nº 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales del año 1968 y sus actualizaciones posteriores, contempla un seguro obligatorio con cargo al empleador que se financia con cotizaciones obligatorias variables de acuerdo al tipo de trabajador, que irá en directa relación al sueldo que percibe, y será administrado por entidades específicas, y que significará por una parte la cobertura de gastos médicos en los que deberá incurrir un trabajador como consecuencia de un accidente del trabajo, en el trayecto a su trabajo o producto de una enfermedad profesional, y por otro, un subsidio que beneficiará a estos trabajadores accidentados o enfermos que queden imposibilitados de trabajar y percibir remuneración, y le ayudará a paliar, en parte, sus requerimientos económicos, mientras dure su incapacidad y por un máximo de 52 semanas, el que puede extenderse hasta 52 semanas más en caso de ser necesario para un mejor tratamiento de la víctima.

Es importante destacar que para el caso de los subsidios contenidos en la Ley Nº 16.744 ya citada, no es necesario que el trabajador presente Licencia Médica alguna para obtener el beneficio sino solo la denuncia del accidente, lesión o enfermedad según corresponda, en algún centro de salud, así como el parte policial

tratándose de un accidente y los documentos que acrediten su calidad de trabajador y la remuneración que percibe.

¿En que consiste el subsidio contemplado en la Ley N° 16.744?

El subsidio consistirá en una prestación de carácter pecuniario destinada a apoyar económicamente a un trabajador que se ha visto afectado por un accidente del trabajo o una enfermedad profesional que le impide desarrollar normalmente sus labores y por tanto, que se ve privado de su remuneración; o a la familia del trabajador que ha fallecido por causa de un accidente del trabajo o una enfermedad laboral. Es así como, en cierta manera el subsidio reemplazará la remuneración del trabajador incapacitado, llevando a su hogar los ingresos que habría percibido de no haber mediado accidente o enfermedad alguna. La ley señala claramente la contingencias que darán origen a este susidio, esto es accidente de trabajo³⁰, accidente de trayecto³¹ y enfermedad profesional³².

¿Quién lo otorga?

En cuanto a quien otorga el subsidio, es importante destacar que, de acuerdo al artículo 15 de la Ley 16.744, el seguro es financiado principalmente por las cotizaciones del empleador, y es administrado por instituciones específicas, encargadas de verificar que efectivamente se materialicen las prestaciones contempladas en el seguro, supervisar que las empresas cumplan con medidas de

³⁰ El artículo 5° de la citada ley dispone: “Para los efectos de esta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte.”

³¹ Artículo 5, inciso 2 Ley 16744: Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro. Se considerarán también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales.

³² Artículo 7° ley 16.744: “Es enfermedad profesional la causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte.” Complementando la disposición de la ley, existe una enumeración no taxativa de Enfermedades Profesionales contenida en un Reglamento que se actualiza con una periodicidad de 3 años, el último de ellos fue actualizado en el año 2006

seguridad que prevengan accidentes o enfermedades y de velar porque los dineros recaudados generen utilidades que incrementen el fondo para dar cada vez mejores prestaciones.

El aporte de los afiliados corresponde a una cotización de responsabilidad del empleador, y se materializa en una cotización obligatoria básica que corresponde a un 0.95% de la remuneración imponible del trabajador, además de una cotización adicional diferenciada de acuerdo a la actividad y riesgo de la empresa o entidad empleadora con un tope del 3.4% de las remuneraciones imponibles y que podrá ser rebajada para el caso que el empleador acredite medidas de prevención y seguridad que reduzcan el riesgo de accidentes o enfermedades o por el contrario, con un recargo del 100% si la empresa demuestra condiciones que representen riesgos para sus trabajadores.

¿A quienes beneficia?

Acerca de los beneficiarios de subsidios, la Ley N° 16.744 señala por una parte las personas protegidas en caso de accidentes o enfermedades, pero es importante también destacar que, en el caso de muerte, también podrán verse beneficiados familiares de la víctima. El detalle a continuación:

“Artículo 2º. Estarán sujetas, obligatoriamente, a este seguro, las siguientes personas:

- a) Los trabajadores por cuenta ajena, cualesquiera sean las labores que ejecuten, sean ellas manuales o intelectuales, o cualquiera que sea la naturaleza de la empresa, institución, servicio o persona para quien trabajen, incluso los servidores domésticos y los aprendices;
- b) Los funcionarios públicos de la Administración Civil del Estado, municipalidades y de instituciones administrativamente descentralizadas del Estado.
- c) Los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen una fuente de ingreso para el respectivo plantel;
- d) Los trabajadores independientes y los trabajadores familiares.(...)”

“Artículo 3º. Estarán protegidos también, todos los estudiantes por los accidentes que sufran a causa o con ocasión de sus estudios o en la realización de su práctica profesional (...)”

Además, en la ley se encuentran dispersas disposiciones que incorporan al seguro a otros trabajadores como profesionales hípicas independientes, conductores propietarios de taxis, pirquineros independientes, conductores propietarios de vehículos motorizados de movilización colectiva, transporte escolar y de carga, comerciantes autorizados para trabajar en la vía pública y pescadores artesanales que se desempeñen como independientes, entre otros³³.

En resumen, las prestaciones que recibirá el trabajador cubierto por la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades profesionales son:

- Cobertura de Gastos Médicos por prestaciones de salud, dichas prestaciones incluyen, prestaciones en servicios médicos, hospitalarios y dentales, prótesis, aparatos ortopédicos y su reparación, medicamentos, prestaciones en dinero, como gastos de traslado. Rehabilitación física y reeducación profesional.
- Prestaciones económicas, las que se traducen en el otorgamiento de recursos a fin de reemplazar la remuneración del trabajador. Dichas prestaciones pueden ser por: Incapacidad Temporal, que se refiere a toda aquella incapacidad que derive de un accidente del trabajo o enfermedad profesional, de carácter transitorio o temporal, que permite la recuperación del trabajador y la posibilidad de regreso al desempeño de sus labores habituales. Este subsidio equivale al 85% de las remuneraciones, y como ya he señalado, este subsidio tendrá un período máximo de duración de 52 semanas prorrogables por otras 52 semanas si no se ha logrado la recuperación. Pensiones de Invalidez, la que

³³ Entre las disposiciones legales más relevantes a este respecto están el Decreto N° 448 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de fecha 7 de Diciembre de 1976, Decreto N° 244 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de fecha 11 de Octubre de 1977, D.F.L. N° 50 del año 1979, Decreto N° 68 del Ministerio del Trabajo Y Previsión Social de fecha 3 de Octubre de 1983, D.F.L. N° 19 del año 1984, D.F.L. N° 2 del año 1986, D.F.L. N° 54 del año 1987, D.F.L. N° 90 del año 1987 y D.F.L. N° 101 del año 1989, todos del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

será parcial, si la invalidez que resulta como consecuencia del accidente o enfermedad profesional es igual o superior a un 40% e inferior a un 70%. Será total, si la invalidez es igual o superior a un 70%. Indemnizaciones: En caso de tratarse de una invalidez igual o superior al 15% e inferior al 40%.

- Prestaciones de Supervivencia: Las que se traducen en ayudas económicas para el cónyuge y los hijos de un trabajador fallecido a causa de un accidente del trabajo o enfermedad profesional.

1.3.2. El Subsidio por Incapacidad Laboral por Enfermedad de origen Común y de origen Maternal.

Como se verá detalladamente en el Capítulo II de este estudio, la Licencia Médica aprobada, siempre que se reúnan los requisitos de afiliación y cotización establecidos por la normativa, dará origen al subsidio por incapacidad laboral.

La Ley N° 18.469, que regula el Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y crea el Régimen de Prestaciones de Salud, contempla en su artículo 18 que los trabajadores afiliados, dependientes o independientes, que hagan uso de licencia por incapacidad total o parcial para trabajar, por enfermedad que no sea profesional, tendrán derecho a percibir un subsidio. Asimismo, en su artículo 19 establece el derecho de las trabajadoras al subsidio por maternidad.

El subsidio por incapacidad laboral es una cantidad de dinero que reemplaza la remuneración del trabajador durante el período que dure la licencia médica otorgada. Es un beneficio que tiene por finalidad cubrir la contingencia o estado de necesidad que se produce por la suspensión transitoria de la capacidad de trabajo, originado por enfermedad o accidente común o uso de derechos de la protección a la maternidad. Este subsidio, de acuerdo a la normativa vigente lo recibirán tan solo los empleados del sector privado y los trabajadores independientes. En el caso de empleados públicos, municipales, docentes del sector municipal, profesionales y trabajadores que se

desempeñen en establecimientos de atención primaria de salud, la licencia médica dará derecho a la mantención de su remuneración durante todo el período de tiempo de vigencia de la licencia médica otorgada, debiendo ser solventado por su empleador, quien posteriormente podrá solicitar el reembolso del subsidio al Servicio de Salud, ISAPRE o Caja de Compensación de Asignación Familiar (C.C.A.F.) correspondiente, siempre y cuando el trabajador reúna los requisitos de afiliación y cotización.

Los subsidios se encuentran regulados en el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, del año 1978, y sus posteriores modificaciones, y además en la Ley N° 18.469 de 1985, que establece el Régimen de Prestaciones de Salud, tratándose de los Subsidios por Incapacidad Laboral por Enfermedad Común. Para el caso de los Subsidios de Origen Maternal, la regulación la encontramos en los artículos 195 y siguientes del Código del Trabajo y en la Ley N° 19.299 y por el D.F.L N° 44 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y en lo pertinente, por las Leyes N° 18418 y N° 18.469.

a) El Subsidio de Origen Maternal:

Los subsidios de origen maternal, son aquellos cuyo origen deriva de los permisos relacionados al embarazo, tanto a sus patologías asociadas como al descanso de pre y post natal, a la enfermedad grave del hijo menor de un año y para el caso de enfermedad del menor de un año respecto del cual se tenga su cuidado y si se esta en juicio de adopción.

La existencia de estos permisos contemplados dentro de las normas de protección a la maternidad, normas que, como se vio, son contempladas durante largo tiempo por nuestra legislación, tienen relación, además, con la ratificación por parte de nuestro país de Convenios Internacionales relativos al tema³⁴.

³⁴ A modo ejemplar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 10 establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2. Se debe conceder

En este sentido, nuestra legislación contempla un permiso pre natal de 6 semanas y post natal de doce semanas³⁵, y además, descansos suplementarios en caso de patologías relacionadas al embarazo. Se trata de un derecho que no puede ser renunciado, quedando prohibido durante ese período el trabajo de las mujeres.

Nuestra legislación laboral, contempla, además, un beneficio poco común en la legislación comparada, existiendo tan solo en países como Finlandia y Suecia, me refiero al Permiso por Enfermedad Grave del Hijo menor de un año, regulado en el artículo 199 del Código del Trabajo, dicho permiso tiene como requisito el que el menor de un año sufra de una enfermedad grave que requiera atención en el hogar³⁶ y de una certificación de dicha situación otorgada o ratificada por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores³⁷. Dichos permisos se otorgarán por plazos no superiores a siete días.

Durante el período que la mujer goce de los descansos maternales ya mencionados, tendrá derecho al pago de un subsidio equivalente al total de las remuneraciones y asignaciones que perciba, con tope de 60 Unidades de Fomento, deduciendo solamente las imposiciones y los descuentos legales. El pago lo recibe la trabajadora, por parte de FONASA o de la ISAPRE según corresponda, estando a cargo su financiamiento del Fondo Único de Prestaciones Familiares, todo ello, previa presentación de la licencia médica respectiva, como se verá en su oportunidad.

especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”. En el mismo sentido CEDAW artículo 11; Los artículos tercero del Convenio N° 103 y cuarto del Convenio N° 183 sobre Protección a la Maternidad de la Organización Internacional del Trabajo.

³⁵ Inciso Primero del artículo 195 del Código del Trabajo: “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de el”

³⁶ El Ordinario N° O965/0026. Dirección del Trabajo, de fecha 13 de Marzo de 2003, señala: “Para los efectos de la atención de un menor de un año que padece de una enfermedad grave en los términos previstos en el citado artículo 199, debe entenderse que el centro hospitalario o de salud en que deba permanecer internado por tal causa, constituye el hogar transitorio de este, de modo que tal circunstancia no es impedimento para que la madre o el padre, en su caso, impetren el permiso y subsidio correspondiente”; En el mismo sentido se pronuncia la Superintendencia de Seguridad Social el Ordinario 6785, de 11 de marzo de 2003.

³⁷ El artículo 199 del Código del Trabajo, establece que el derecho a permiso y subsidio corresponderá al padre o madre si ambos trabajan, a elección de la madre.

En términos generales, el subsidio de origen maternal, cumple con los siguientes objetivos³⁸:

- 1.- Suplir el ingreso de la madre trabajadora durante el reposo pre y post natal y durante la ausencia motivada por las enfermedades graves del hijo menor de un año.
- 2.- Reducir los riesgos para la salud de la madre y del hijo menor de un año.
- 3.- Fomentar la lactancia natural y el apego del hijo recién nacido a la madre.
- 4.- Facilitar el acceso femenino al trabajo remunerado.

En definitiva, la existencia de este subsidio esta orientado a la protección de la salud de las madres trabajadoras y de sus hijos menores, así como, igualar las oportunidades laborales de las mujeres en cuanto a acceso y remuneraciones.

b) Normas Comunes aplicables a los Subsidios por Incapacidad Laboral por Enfermedad de origen Común y de origen Maternal

Las normas comunes que regulan los subsidios en estudio las encontramos, como ya se indicó, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, del año 1978.

Estas normas son aplicables a los trabajadores dependientes del sector privado, como lo indica el mencionado Decreto con Fuerza de Ley en su artículo primero. Y a los trabajadores independientes afectos a un régimen de previsión, según lo dispuesto por la Ley N° 18.469 de 1985.

³⁸ MONTOYA Aguilar, Carlos. Subsidio a la Maternidad en Chile: Un caso de objetivos múltiples. Cuadernos Medico Sociales. Colegio Medico de Chile. Publicación Indexada en la Base de Datos LILAC, junio 2004, Vol. 44, N° 2.

b.1.-Requisitos para tener derecho a los subsidios:

Los requisitos están mencionados en el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, y básicamente son dos las condiciones que se requieren para optar al Subsidio por Incapacidad Laboral:

- 1.- Que el trabajador este afiliado a algún sistema previsional;
- 2.- Que el trabajador cuente con una licencia médica autorizada.

Para analizar los requisitos necesarios para la obtención del subsidio debemos distinguir entre trabajadores dependientes y trabajadores independientes, de esta manera tratándose de trabajadores dependientes los requisitos son:

1. Contar con 6 meses de afiliación al sistema previsional como mínimo;
2. Contar con 3 meses de cotizaciones dentro de esos 6 meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica, entendiéndose como 90 días de cotizaciones;
3. Que la licencia médica no se refiera a un reposo por accidente del trabajo o enfermedad profesional, toda vez que en ese caso se aplican las normas contenidas en la Ley de Accidentes del Trabajo N° 16.744, como se mencionó anteriormente.

En cuanto a los trabajadores dependientes contratados por días, turnos o jornadas deberá reunir los siguientes requisitos para hacer efectivo el Subsidio por Incapacidad:

1. Contar con 6 meses de afiliación al sistema previsional como mínimo;
2. Contar con un mes de cotizaciones dentro de los 6 meses de afiliación, es decir, con 30 días de cotizaciones registradas.

Tratándose de trabajadores independientes los requisitos serán los que se detallan a continuación³⁹:

1. Contar con una Licencia Médica autorizada;
2. Contar con 12 meses de afiliación al sistema previsional anteriores al mes en que se inicia la licencia;
3. Contar con al menos 6 meses de cotizaciones continuas o discontinuas dentro del período de 12 meses mencionado, entendiéndose como 180 días de cotizaciones;
4. Estar al día en los pagos de las cotizaciones, entendiéndose que lo está cuando ha pagado las cotizaciones correspondientes al mes anterior a aquel en que se produzca la incapacidad.

b.2.- Pago del Subsidio por Incapacidad Laboral

En primer lugar cabe señalar que los Subsidios por Incapacidad Laboral serán financiados con cargo a la cotización obligatoria de salud realizada por el trabajador, esto es en el caso de subsidios derivados de Licencias Médicas por Enfermedad que cubren eventos de enfermedad común en conjunto con el subsidio por Reposo Maternal Suplementario, que cubre eventos como enfermedades del embarazo y prórrogas de pre y post natal.

Tratándose de los subsidios originados en Reposo Maternales, que cubren los eventos normales del pre y post natal, y permisos por enfermedad grave del niño menor de un año, estos son financiados exclusivamente por fondos fiscales, a excepción de las imponentes de la Caja de la Defensa Nacional y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, estén o no adscritas a una ISAPRE, serán de cargo del Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía, como también las cotizaciones que correspondan efectuar en dichos períodos⁴⁰.

³⁹ Ley N° 18.469, artículo 18.

⁴⁰ Artículo 20 .D.F.L. N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. y artículo 22 D.F.L N° 44 y D.L. N° 3.500 de 1980.

En cuanto al pago mismo del Subsidio por Incapacidad Laboral al trabajador beneficiado, éste corresponde a la entidad que deba otorgarlos o al empleador, si lo ha convenido⁴¹ con la entidad otorgante⁴². De acuerdo a ello hay que distinguir:

1.- Tratándose de trabajadores afectos a FONASA:

a.- Empleador afiliado a una Caja de Compensación de Asignación Familiar, corresponderá a esta última entidad el pago del subsidio.

b.- Empleador no afiliado a una Caja de Compensación de Asignación Familiar, y trabajadores independientes que cotizan en FONASA, el pago del subsidio corresponderá al Servicio de Salud.

2.- Tratándose de trabajadores afiliados a ISAPRE, siempre será ésta entidad la encargada del pago del subsidio.

b.3.- Desde cuando se pagan los subsidios, con que frecuencia, prescripción del derecho del trabajador al cobro del subsidio, pago de las cotizaciones durante el período de licencia médica. Subsidio Mínimo:

El beneficio se paga a partir del cuarto día, en licencias médicas menores o iguales a 10 días, y a partir del primer día tratándose de licencias médicas con reposo mayor a 11 días. Ello siempre que se trate de trabajadores del sector privado, toda vez, que en el caso de empleados públicos y municipales el beneficio cubre la totalidad de la remuneración, independiente del número de días que comprenda la licencia médica. En ambos casos, teniendo en cuenta siempre, el tope de 60 UF.

⁴¹ La ley autoriza a los Servicios de Salud, C.C.A.F. o las ISAPRES a suscribir convenios con los empleadores, a fin de que estos paguen directamente el subsidio a los trabajadores que de ellos dependan, siendo reembolsado el empleador posteriormente de lo que haya pagado. Estos convenios se refieren tal solo al subsidio, toda vez que las cotizaciones provisionales durante el período de incapacidad laboral seguirán siendo de cargo de la entidad pagadora.

⁴² Artículo 19 del DFL N° 44 Fija Normas Comunes para los Subsidios por Incapacidad Laboral de los Trabajadores Dependientes del Sector Privado. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Chile. 1978.

El período de tres días no cubierto por el subsidio tratándose de licencias médicas inferiores a 11 días, es de cargo del trabajador, el empleador no estará obligado a asumirlo, salvo el caso en que se haya pactado tal situación con el trabajador en el contrato individual de trabajo o un contrato o convenio colectivo, también puede ser obligado al pago el empleador mediante un fallo arbitral.

En el mismo sentido, tratándose de licencias médicas inferiores a once días, seguidas por una o más licencias médicas que en conjunto superen dicho plazo, deberá pagarse el subsidio desde el primer día, siempre y cuando la segunda licencia sea emitida por la misma causa y diagnóstico y sin solución de continuidad.

De acuerdo a la normativa vigente, los subsidios deberán pagarse con la misma periodicidad que la remuneración del trabajador, sin que pueda exceder un mes.

Los subsidios se pagaran hasta el término de la licencia médica, independientemente de si, en el ínter tanto, se ha dado término al contrato de trabajo⁴³. Los subsidios deberán reajustarse cada vez que cumplan doce meses de duración ininterrumpida cualquiera sea el diagnóstico⁴⁴.

El trabajador tendrá un plazo máximo de 6 meses contados desde el término de la licencia médica para el cobro del correspondiente subsidio. Tratándose de los empleadores el inciso 3° del artículo 24 de la Ley N° 19.469 prescribe: “dentro del mismo plazo (6 meses) prescribirá el derecho de los servicios públicos e instituciones empleadoras para solicitar los pagos y devoluciones que deban efectuar los Servicios de Salud, con motivo de los períodos de Incapacidad Laboral de los trabajadores de dichas entidades”. Con respecto a este punto, la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO) ha interpretado que este plazo también se aplica a las C.C.A.F., ya que

⁴³ Artículo 15, Decreto con Fuerza de Ley N° 44.

⁴⁴ El reajuste corresponderá al 100% de la variación del IPC entre el último mes considerado en el reajuste anterior, según corresponda, y el último día del mes ante precedente a aquel en que comience a devengarse el reajuste.

ellas actúan en representación de los Servicios de Salud⁴⁵. Asimismo, para el empleador este periodo de 6 meses se refiere solo para sus solicitudes de reembolso⁴⁶.

Durante el período de incapacidad laboral deberán hacerse de igual manera las cotizaciones tanto de salud como de previsión del trabajador⁴⁷, dichas cotizaciones deberán considerar igualmente el período de tres días que no cubre el subsidio en caso de licencias médicas inferiores a 10 días. El pago de las cotizaciones del trabajador estará a cargo de la entidad que paga el subsidio. La base imponible para el cálculo de estas cotizaciones será en base a la última remuneración o renta imponible correspondiente al mes anterior en que se haya iniciado la licencia o, la estipulada en el respectivo contrato de trabajo⁴⁸.

La normativa vigente establece un subsidio mínimo, prescribiendo que el monto diario del subsidio no podrá ser inferior a la trigésima parte de la mitad de un ingreso mínimo que rija para el sector privado. Tratándose de trabajadores que tengan más de un empleador o que revistan a la vez, las calidades de trabajador dependiente o independiente, tendrán derecho al subsidio mínimo en el evento que la suma de los subsidios que hubiere devengado en el mismo período no supere al monto de aquel.

b.4. Cálculo del Subsidio por Incapacidad Laboral.

Para el cálculo del subsidio deberá distinguirse entre Trabajadores Dependientes e Independientes y entre Subsidio por Enfermedad Común y Subsidio por Maternidad.

⁴⁵ ORD. N° 1845, del 16 de febrero de 1995, Base de datos de Jurisprudencia de la SUSESO. Asimismo señala que el plazo de 6 meses no es aplicable a las ISAPRES, a las que se les aplica lo preceptuado por el Código Civil en su artículo 2515.

⁴⁶ ORD N° 34690 de 27 de Septiembre de 2000. Base de datos de Jurisprudencia de la SUSESO.

⁴⁷ Artículo 3, D.F.L. N° 44.

⁴⁸ Artículo 22, D.F.L. N° 44.

a) Subsidio por Enfermedad Común:

a.1) Trabajador Dependiente: La base de cálculo será una cantidad equivalente al promedio de la remuneración neta⁴⁹ mensual, del subsidio o ambos, que se haya devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se da inicio a la licencia. No necesariamente dichos tres meses serán los inmediatamente anteriores, pero si deberán ser los más cercanos al inicio de la licencia médica. No se considerarán para determinar la base de cálculo las remuneraciones ocasionales o que correspondan a un período superior a un mes⁵⁰.

a.2) Trabajador Independiente: La base de cálculo será el promedio de la renta mensual imponible, del subsidio o de ambos, por los que hubiere cotizado en los últimos seis meses anteriores al mes en que se inicia la incapacidad laboral. Tratándose de cotizantes afiliados a una AFP, para realizar el cálculo no se podrá considerar rentas mensuales que tengan diferencias entre sí superiores al 25% y si las hubiere, se considerará la renta efectiva limitada al 125% de la renta mensual menor.

b) Subsidio por Maternidad:

b.1) Trabajadora Dependiente: La base de cálculo será la misma que para el caso de subsidio por enfermedad común. La suma resultante como subsidio diario no puede ser superior a la cantidad que resulte de considerar los tres meses anteriores mas próximos al séptimo mes anterior al mes de inicio de la licencia médica, dividido por noventa, reajustada en un 100% del Índice de Precios del Consumidor (IPC) registrado en esos siete meses e incrementada en un 10%. Si dentro de ese período de tiempo solo existiesen uno o dos meses con rentas y/o subsidios, para determinar el límite del subsidio diario se dividirá por treinta o sesenta respectivamente.

⁴⁹ Entendemos por remuneración neta la remuneración imponible con deducción de la cotización personal y de los impuestos correspondientes a dicha remuneración.

⁵⁰ Generalmente estas remuneraciones ocasionales debe pagarlas el empleador, en la medida que correspondan a estipendios pactados con ocasión de la prestación de los servicios y no deriven directamente de esta última, como el caso de la gratificación legal pagada en períodos superiores a un mes, de un bono de antigüedad pagado trimestralmente, entre otros.

b.2) Trabajadora Independiente: El cálculo se realizará de la misma manera en que se realiza el cálculo para el subsidio por enfermedad común, teniendo en consideración la norma de comparación del 25% ya mencionada. El monto diario del subsidio no podrá ser superior al equivalente a las rentas imponibles deducidas las cotizaciones personales, subsidio o ambos, por los que se hubiere cotizado en los anteriores tres meses mas próximos al octavo mes calendario anterior al de inicio de la licencia médica dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación del IPC de dicho período e incrementado en un 10%. Si se registran solo remuneración por uno o dos meses, se deberá dividir por treinta o sesenta según sea el caso.

b.5.- Apelación del monto del Subsidio

Cualquier trabajador afiliado a FONASA que no este conforme con lo resuelto por la correspondiente Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) o C.C.A.F, deberá reclamar ante la Superintendencia de Seguridad Social. No se ha establecido un plazo dentro del cual deba presentarse este reclamo, pero deberá tenerse presente el plazo de prescripción de 6 meses contados desde el término de la licencia para el cobro del subsidio.

Tratándose de afiliados a ISAPRE, en primer lugar el trabajador deberá presentar su reclamo ante la COMPIN correspondiente a su domicilio dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde que se le notificó la resolución, en caso de no estar de acuerdo con lo resuelto por este último organismo, podrán presentar su reclamo ante la Superintendencia de Seguridad Social.

b.6.- Incompatibilidad de los Subsidios por Incapacidad Laboral

Los Subsidios por Incapacidad Laboral son incompatibles entre sí, cualquiera sea el tipo de incapacidad y licencia médica de la cual emanen. Los Subsidios por Incapacidad Laboral son incompatibles con los subsidios de cesantía. Asimismo, son

incompatibles con las pensiones otorgadas por invalidez en los regímenes de previsión regidos por el Decreto Ley N° 3.501, desde la fecha en que éstas se devenguen. Tratándose de jubilaciones por incapacidad parcial, procede el pago de subsidios por incapacidad laboral en los trabajos desempeñados con las capacidades remanentes.

Asimismo son incompatibles con las pensiones asistenciales por invalidez o ancianidad regidos por el D.L. N° 869 de 1975⁵¹.

De la misma manera, el subsidio emanado de una licencia medica por enfermedad común, es incompatible con el subsidio que se genera por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744⁵².

También son incompatibles con las remuneraciones que corresponden a la parte de la jornada comprendida en la licencia médica que se considera en el cálculo del subsidio, tratándose de licencias parciales.

c) Cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral. Breve referencia a otros países. ¿La generosidad de nuestro sistema se presta para abusos?

Como se señaló, un trabajador que cuenta con una licencia médica aprobada y que cumple con los requisitos de afiliación y cotización exigidos por la normativa, tendrá derecho al subsidio que se ha analizado. Este subsidio reemplazará su remuneración durante el período que dure su incapacidad, y podrá alcanzar hasta un 100% de su remuneración mensual imponible, con un tope de 60UF, desde el inicio del reposo y sin máximo de días, solo estableciendo los 3 primeros días como período de carencia en caso de licencias menores a 11 días.

⁵¹ La referencia hoy debe entenderse hecha a las pensiones básicas solidarias del D.L. N° 3.500, en virtud de la Reforma Previsional aprobada por Ley N° 20.255, de 17 de marzo de 2008, que establece la Reforma Previsional.

⁵² Artículo 25, D.F.L N° 44

La mayoría de las legislaciones internacionales también contemplan la existencia de estos subsidios que reemplazan la remuneración por el tiempo que dure la incapacidad, pero raramente se contempla un subsidio del 100% de la remuneración.

Países como Estados Unidos, Canadá o Suiza, no contemplan en su legislación asistencia económica para trabajadores imposibilitados de trabajar por encontrarse enfermos, salvo que contraten por su cuenta seguros privados, de esta manera el seguro se financia con las cotizaciones de seguridad social hechas por el mismo trabajador y solo cubre el 90% de la remuneración.⁵³. Sólo otorgan fuero a los trabajadores en esta situación.

Existen otros casos como en España, por ejemplo, donde sí se contempla una asistencia a nivel legal, pero el subsidio alcanza únicamente a un 60% de la remuneración mensual imponible del trabajador, y solo para licencias que contemplen más de 4 días de reposo, subsidiando desde el 4º día en adelante y solo en caso de que la licencia exceda los 20 días, el financiamiento aumenta hasta un 75% de la remuneración⁵⁴. Otro ejemplo es México que también contempla un subsidio del 60% de la remuneración, pero desde el inicio del reposo. En ambos casos el plazo máximo para el subsidio es de un año.

⁵³ RODRIGUEZ, Jorge y Tokman, Marcelo. Licencias Médicas: ¿Chilenos enfermizos? 2003. [en línea] <<http://www.expansiva.cl/media/enfoco/documentos>>. [Consulta: Mayo 2008].

⁵⁴ SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA. [en línea] <<http://seg-social.es>>. [Consulta: Mayo 2008, Junio 2008].

Cuadro N° 1: ¿Qué ocurre en el mundo?⁵⁵

País	Porcentaje de Remuneración	Carencias (días)
Chile	100%	3
Perú	100%	20
Argentina	100%	0
Suecia	75,0%	28
USA	75.0%	7
Alemania	70.0%	42
Uruguay	70.0%	3
Venezuela	66.6%	3
Colombia	66.6%	4
España	60.0%	15
México	60.0%	3
Japón	60.0%	3
Italia	50.0%	3
Francia	50.0%	3

Es cierto que siempre es posible que se generen fraudes, pero dada la generosidad que presenta el subsidio en nuestro país, ¿puede este convertirse en un incentivo para que los trabajadores en lugar de trabajar, reciban igualmente su remuneración, pero abusando del sistema?

⁵⁵ SCIARAFFIA, Vito, “Modelo Conceptual de Licencias Médicas: ¿Una normativa generosa? ¿Mito o realidad?”. Instituto de Administración de Salud. Facultad de Economía y Negocios. Universidad de Chile. 2007. En dicha presentación, el autor, plantea que en los países europeos sólo se paga ente un 50% y un 75% de la remuneración, y siempre sujeto a ciertas condiciones como la cantidad de hijos o los años de servicio. En cuanto a los períodos de carencia, expresa que en la mayoría de los países que tienen períodos de carencia más amplios que en Chile, es el empleador quien se hace cargo del pago. En cuanto a los topes, Chile es el único país, de los mencionados en la tabla, que no tiene topes establecidos para el período de licencia. En los otros países se establecen topes de entre 180 y 360 días.

En efecto, es lógico para cualquiera que analice la situación, el cuestionarse si vale la pena realmente trabajar cuando al hacer uso de una licencia médica se va a recibir la misma remuneración mensual, sin tener que desgastarse y, aparentemente, sin ninguna sanción para el caso de ser descubierto.

En nuestro país más del 10%⁵⁶ de Licencias Médicas son rechazadas por diversos motivos, principalmente por no padecer el trabajador de la patología en ella consignada. Además de este 10% existe una cifra oscura de trabajadores que no son descubiertos haciendo mal uso del descanso o que simplemente no lo necesitan. ¿Es posible crear conciencia en los trabajadores que al hacer mal uso de una licencia médica, por no padecer enfermedad alguna o por necesitar menos reposo del indicado, se afecta a todo el sistema de salud?, esto pensando que al haber un incremento en gastos por subsidio, el dinero deberá salir de los demás cotizantes, del Estado o encareciendo los planes de salud.

En tiempos en que el desempleo en nuestro país alcanza cifras inquietantes y el devenir de la economía tanto nacional como mundial no se vislumbra muy auspicioso. ¿Es posible convencer a un trabajador que coopere en el establecimiento de un sistema riguroso de fiscalización, cuando de verse afectado puede perder su trabajo y no tiene la certeza de poder encontrar otro en el corto plazo?

Estas interrogantes, ligadas a una realidad de país donde para gran parte de la población el trabajo no es considerado como algo “placentero” o “satisfactorio” sino más bien como una “carga” necesaria, donde existe un descontento con la falta de oportunidades de trabajo y con el sueldo que se recibe, se vislumbran como posibles causas para el abuso de los Subsidios por Incapacidad Laboral y las Licencias Médicas desde el punto de vista de los trabajadores, sin contar la vulnerabilidad del sistema y otros factores que cooperan con la fragilidad del mismo, como son la falta de criterios uniformes para el tratamiento de enfermedades o la duración de su recuperación; y la

⁵⁶ SUPERINTENDENCIA DE SALUD.[en línea]<<http://www.supersalud.cl/estadisticas>>. [Consulta: Mayo 2008, Junio 2008].

naturaleza de ciertas enfermedades que no pueden ser observadas por signos exteriores como es el caso de las enfermedades siquiátricas.

CAPITULO II

Las Licencias Médicas.

2.1 CONCEPTO

Legalmente, conforme lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 3 del Ministerio de Salud de fecha 4 de Enero de 1984, la Licencia Médica es “el derecho que tiene el trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, durante un determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por un médico cirujano, cirujano dentista o matrona, reconocida por su empleador en su caso, y autorizada por un Servicio de Salud o Institución de Salud Previsional según corresponda, durante cuya vigencia podrá gozar de subsidio especial con cargo a la entidad de previsión, institución o fondo especial respectivo, o de la remuneración regular de su trabajo o de ambas en la proporción que corresponda”.

Se puede señalar que la Licencia Médica es “la situación en que se encuentra el trabajador, mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo⁵⁷.”

De acuerdo a la autora Adriana Maturana Schulze, la Licencia Médica es “el beneficio que permite a las personas ausentarse de su trabajo, sin dejar de recibir su remuneración en el caso de los empleados públicos y los municipales o percibiendo, en su reemplazo, un subsidio por incapacidad laboral, calculado en relación a ella y a las remuneraciones sobre las cuales se ha cotizado para salud”.⁵⁸

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Marcos. Derecho del Trabajo Unidad Didáctica III UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 1994.

⁵⁸ MATURANA Schulze, Adriana. Las Licencias Médicas: Subsidios por Incapacidad laboral. Santiago de Chile, Ed. Jurídica Conosur. 1995. pág 1.

La Licencia Médica físicamente es un documento privado⁵⁹ que debe ser extendido por un profesional de la salud, mediante el cual éste certifica que un trabajador se encuentra incapacitado temporalmente para trabajar, prescribiendo reposo total o parcial, por un lapso determinado de tiempo, con el fin de atender al reestablecimiento de su salud.

2.2 EMISION DE UNA LICENCIA MÉDICA

Para que nazca validamente una licencia médica es necesaria la concurrencia de una serie de elementos de hecho, entre ellos, el vínculo laboral vigente entre el empleador y el trabajador, una dolencia física que afecte su capacidad de trabajo, y que esta dolencia no se incluya dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 16.744 sobre enfermedades profesionales y accidentes del trabajo. Además, deberá ser emitida por los profesionales que la ley autoriza para ello, quienes deberán hacer uso del formulario único de licencias medicas, dejando constancia del tipo de licencia médica de que se trata.

2.2.1. El formulario de Licencia Médica.

Como la normativa lo indica la Licencia Médica se materializa en “un formulario especial, que registrará todas las certificaciones, resoluciones y autorizaciones que proceda”⁶⁰

Previo al año 1984, no existía un criterio claro acerca del documento físico donde constaba la certificación profesional de una Licencia Médica, por lo que hasta

⁵⁹ ETCHEVERRY, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Tomo IV. 2° Ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1987. Páginas 510-511. Refiriéndose a sentencia de la Corte Suprema de 1971 RCP XXX, 148, llega a la conclusión de que la Licencia Médica validamente emitida y autorizada por la entidad competente reviste el carácter de un documento privado.

⁶⁰ Art. 5°, inc. 1 Decreto Supremo N° 3 del Ministerio de Salud. 4 de Enero de 1984.

esa fecha el sistema presentaba múltiples falencias que producían por una parte, errores y desgaste del sistema y por otra, lo hacía vulnerable a fraudes y falsificaciones.

El Decreto Supremo N° 3 del Ministerio de Salud de fecha 4 de Enero de 1984 soluciona este problema creando un formulario único de licencia médica, numerado y registrado, común para todos los profesionales o entidades que deban emitirlos, el que les será entregado únicamente por los Servicios de Salud, previo pago de su costo, y será de responsabilidad de cada profesional o institución el cuidado y destino de los formularios que le sean entregados.

El 27 de septiembre de 2002, se publicó en el Diario Oficial, la Resolución Exenta N° 790, del Ministerio de Salud, que aprobó el Formulario Único de Licencia Médica. Con la creación de este formulario se intentó fortalecer la fiscalización por medio de la creación de un Registro Nacional de Licencias Médicas⁶¹ y Pensiones de Invalidez y se trató de incorporar un nuevo formato que impidiera las falsificaciones.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, el formulario es de utilización obligatoria, no pudiendo, los organismos encargados de pronunciarse acerca de las licencias médicas, tramitar licencias médicas emitidas en un formulario distinto al anteriormente mencionado, salvo tratándose de licencias médicas emitidas en formato electrónico⁶², el que se considera para todos los efectos válido, cabe señalar, además, que la licencia médica emitida por medios electrónicos debe tener las mismas menciones que las licencias médicas emitidas en formulario papel.

⁶¹ El Registro Nacional de Licencias Médicas se transformó en una base de datos que a fines de 2002 comprendía 3.5 millones de licencias médicas y 2.5 millones de resoluciones. Gracias a él se mejoró la información existente acerca del número de licencias médicas emitidas anualmente, las patologías más frecuentes, permitiendo al Ministerio de Salud identificar los puntos de conflicto y las debilidades de la población a fin de distribuir y direccionar de mejor manera sus recursos. También permitió una mejor fiscalización de las irregularidades existentes en el Sistema, no de manera cabal, pero claramente significó una mejora de proporciones en el control y fiscalización del sistema. Más aun siendo un registro de acceso público, al que se puede acceder ingresando al sitio Web de la Superintendencia de Seguridad Social www.suseso.cl

⁶² La Licencia Médica Electrónica será tratada en particular en las páginas siguientes.

El formulario comprende una multiplicidad de secciones, algunas que deben ser llenadas por el propio trabajador, otras por el profesional de la salud, por el empleador o la entidad de previsión en su caso, y por el Servicio de Salud o la ISAPRE según corresponda. Contiene secciones de carácter privado, que no pueden ser vistas por el empleador, como el diagnóstico, ello para resguardar la privacidad del trabajador, y además evitar discriminaciones arbitrarias dependiendo del tipo de enfermedad presentada.

El formulario de licencia médica no puede ser objeto de enmendaduras, toda vez que ellas acarrearían el rechazo de la licencia médica emitida.

2.2.2. Profesionales Autorizados para emitir una Licencia Médica

La Licencia Médica debe ser emitida por los profesionales contemplados en la ley, teniendo siempre relación con la patología que la motiva, estos profesionales son: los médicos cirujanos, los cirujano-dentistas únicamente para el caso de procedimientos calificados y que ameriten la necesidad de reposo para el paciente, y las profesionales de obstetricia o matronas en las patologías relativas al embarazo, pre y post parto y al recién nacido.

El profesional deberá hacer uso del formulario único, o por medio del formato electrónico en caso de Licencias Médicas Electrónicas, debiendo completar con letra manuscrita, clara y sin enmiendas, los datos que se solicitan y que se enumeran en la Circular N° 68 y N° 2020 conjuntas de las Superintendencias de ISAPRES y Seguridad Social, respectivamente, que Imparten Instrucciones acerca del Uso del Nuevo Formulario de Licencia Médica.

En resumidas cuentas, deberá dejar constancia en el formulario acerca del diagnóstico del trabajador, el pronóstico, el período necesario para la recuperación, el lugar de tratamiento o reposo, el tipo de reposo (parcial, el que deberá cumplirse reduciendo la jornada laboral del trabajador, o total. Tratándose de descanso maternal

o enfermedad grave del hijo menor de un año, el reposo solo podrá ser total), la fecha de concepción en caso de patología del embarazo, el número de días de reposo, además de estampar sus datos personales y profesionales.

El profesional estará obligado a verificar la identidad del paciente y mantener un registro de los pacientes a los cuales ha otorgado licencia médica. Deberá, asimismo, acompañar a la COMPIN o ISAPRE, según sea el caso, los antecedentes clínicos que obren en su poder, en caso de ser requeridos por las mencionadas instituciones al momento de emitir su dictamen.

Luego de emitida, el profesional deberá entregársela al trabajador y éste a su vez, deberá revisarla, verificando que todos los datos se encuentren en orden y presentarla a su empleador quien deberá continuar con la tramitación de la misma.

2.2.3. Tipos de Licencia Médica

De la misma manera que los Subsidios por Incapacidad Laboral a que dan origen, las Licencias Médicas pueden clasificarse, de manera general, como, a) Licencias Médicas por enfermedad común, que se origina por diversas enfermedades cuyo origen es extraño a la labor desempeñada por el trabajador; b) Licencias Médicas Maternales, que tienen su origen en el reposo pre y post natal, reposo maternal suplementario, patología del embarazo y enfermedad grave del hijo menor de un año, y por último, c) Licencias por accidentes del trabajo o por enfermedades profesionales.

A partir de esta clasificación general, se extraen los diversos tipos de Licencias Médicas:

- Licencia Tipo 1: Ella se subdivide en: a) Por enfermedad común y enfermedad causada por accidente del trabajo o por traumatismo de cualquier naturaleza, debe ir acompañada de informe complementario del accidente; b) Por enfermedad común ocasionada en accidente del tránsito que afecten al conductor del vehículo, personas transportadas en él y a peatones, este tipo de

licencia deberá ir acompañada de informe complementario del accidente, compañía aseguradora del vehículo causante del accidente o patente del mismo y copia del parte de carabineros.

- Licencia Tipo 2: Por Prorroga de Medicina Preventiva de la Ley N° 6.174.
- Licencia Tipo 3: Por Reposo Pre y Post Natal y por Enfermedad Grave del Hijo Menor de un año.
- Licencia Tipo 4: Por Enfermedad del menor de un año bajo tuición o medida de protección. Por enfermedad del menor respecto del cual se este en proceso de adopción.
- Licencia Tipo 5: Por accidente del trabajo afecto a la Ley N° 16.744, debiendo remitirse a la Mutual de Seguridad correspondiente o al Instituto de Normalización Previsional, según corresponda.
- Licencia Tipo 6: Por Enfermedad de carácter profesional.
- Licencia Tipo 7: Por Patología del Embarazo.

2.3 TRAMITACIÓN DE UNA LICENCIA MÉDICA

2.3.1. Plazo para la presentación. Diferencia Sector Público, Privado y Trabajadores Independientes.

La tramitación de una Licencia Médica tanto para trabajadores del sector público como del sector privado es esencialmente la misma. La mayor diferencia, se presenta, y por razones obvias, tratándose de trabajadores independientes, toda vez que serán ellos mismos quienes deberán tramitar directamente la Licencia Médica emitida frente al organismo que corresponda, COMPIN o ISAPRE, debiendo completar la sección del formulario relativa al empleador, y dispondrán de un plazo de dos días hábiles, contados desde la fecha de su emisión, para presentarla ante la entidad correspondiente.

Tratándose de trabajadores del sector público, éstos tendrán un plazo de tres días hábiles para presentar la Licencia Médica ante su empleador, este plazo se contará desde la fecha de inicio del reposo.

Tratándose de trabajadores del sector privado, el plazo se reduce a dos días hábiles, plazo que se cuenta, igualmente, desde el primer día hábil de reposo.

En ambos casos, no es necesaria la concurrencia personal del trabajador ante su empleador a presentar la Licencia Médica.

La presentación de la Licencia Médica fuera de los plazos antes mencionados habilita a la COMPIN o ISAPRE en su caso, para rechazarla, salvo que el atraso se haya producido por fuerza mayor o caso fortuito, entendiéndose por tales, cualquier circunstancia especial y atendible que haya impedido que la licencia médica se tramite oportunamente.

2.3.2. ¿A quien se presenta? ¿Quien la estudia? ¿Como se tramita?.

La ley entrega al empleador la obligación de tramitar las Licencias Médicas de sus trabajadores, debiendo completar correctamente la sección del formulario que le corresponde.

El empleador no esta facultado para rechazar licencias médicas, aunque éstas sean presentadas con atraso o incompletas por el trabajador, el rechazo de la Licencia Médica es una atribución exclusiva de los organismos de salud.

Encontrándose vigente el contrato de trabajo, el empleador está obligado a recepcionar la Licencia Médica presentada por el trabajador y tramitarla como corresponde, debiendo completar los datos pertinentes en forma manuscrita y con letra imprenta, consignado todos los antecedentes que se mencionan en el formulario y de los que dan cuenta las Circulares N° 68 y 2.020 de las Superintendencias de ISAPRES

y Superintendencia de Seguridad Social. Una vez hecho esto, el empleador deberá entregarla a la entidad que corresponda (COMPIN, ISAPRE) dentro de los 3 días hábiles siguientes a su recepción, para que la mencionada institución proceda a su tramitación y posterior pronunciamiento.

El incumplimiento del plazo mencionado hará de cargo del empleador el subsidio que le corresponda al trabajador. De esta manera la entidad correspondiente pagará al trabajador el subsidio por incapacidad laboral, repitiendo posteriormente al empleador por el monto cancelado.⁶³

La Dirección del Trabajo ha señalado que en relación a una Licencia Médica de un trabajador respecto al cuál se a puesto termino a la relación laboral con anterioridad a la emisión de la licencia médica, el antiguo empleador no esta obligado a recibirla ni a enviarla a tramitación⁶⁴. De lo anteriormente expuesto en conjunto con lo señalado por la misma entidad en otro de sus dictámenes⁶⁵, se desprende que terminado el vínculo laboral entre trabajador y empleador, la obligación de suscribir el formulario de licencia médica corresponde a la respectiva ISAPRE o FONASA. Cabe mencionar que en caso de haber terminado el contrato de trabajo, para determinar si el empleador debe o no recepcionar la licencia médica debe estarse a la fecha de inicio del reposo prescrito en la licencia y no a la fecha de emisión de la misma o la fecha de entrega de la licencia al empleador. Es así como si la fecha de término del contrato es posterior a la fecha de inicio del reposo médico que señala la licencia, el empleador estará obligado a recepcionarla y tramitarla, aun cuando ella sea entregada al empleador fuera de plazo. Por otra parte, si el trabajador se encontraba gozando de Licencia Médica cuando terminó su contrato, una nueva licencia continuadora de la anterior deberá ser tramitada por el trabajador directamente ante el organismo previsional que

⁶³ Artículo 56. DL N° 3. Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las Compin e Instituciones de Salud Provisional. Ministerio de Salud. Chile. 1984.

⁶⁴ Dictamen N° 7387/348 de 15 de diciembre de 1994. Dirección del Trabajo. Chile

⁶⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 13.045 del 28 de noviembre de 1994; Dictamen N° 2760 de 17 de marzo de 1995 señala “las licencias médicas que presente a continuación de la que han hecho uso al quedar cesante deberán presentarse directamente a la C.C.A.F., Javiera Carrera, la que dispone de todos los datos necesarios para completar los antecedentes de las respectivas licencias médicas, debiendo a continuación remitirla a la COMPIN(…)”

corresponda. En estos casos, el trabajador deberá dirigirse a la Inspección del Trabajo que le corresponda, a fin de suscribir el formulario de “Declaración Jurada Tramitación Licencia Médica”, adjuntando la licencia médica, todo ello a fin de que quede registro de carecer de empleador que tramite la licencia médica otorgada⁶⁶.

Tratándose de trabajadores en huelga legal, en el caso de acogerse a una Licencia Médica una vez iniciada la huelga, el empleador no debe recepcionarla ni tramitarla⁶⁷, correspondiendo al trabajador tramitarla directamente en la institución que debe pronunciarse sobre ella, teniendo derecho a subsidio solo por los días que excedan del período de huelga. En el caso de que la licencia hubiese sido otorgada con anterioridad al inicio de la huelga, el trabajador solo tendrá derecho a subsidio hasta el día anterior al inicio de la huelga.

Como se mencionó anteriormente el empleador deberá completar la Licencia Médica y entregarla a la entidad que deba pronunciarse acerca de ella. Tratándose de trabajadores afiliados a FONASA, el empleador deberá presentar la licencia médica ante el Servicio de Salud competente según donde el trabajador desempeñe sus labores, existiendo dos órganos con competencia para conocer de licencias médicas:

1.- La Unidad de Licencias Médicas, tratándose de Licencias Médicas que individual o conjuntamente no excedan de 30 días y pre y post natal.

2.- COMPIN, tratándose de Licencias Médicas que otorguen reposo por más de 30 días o si la enfermedad que la origina requiere mayor estudio o mayores antecedentes.

⁶⁶ DIRECCION DEL TRABAJO.¿Es procedente la tramitación de una licencia médica encontrándose terminado el contrato de trabajo? Centro de Consultas. Seguridad Social. Licencias Médicas. Chile. [en línea] <<http://www.dt.gov.cl/consultas/1313>>. [consulta: Julio 2008, Abril 2009].

⁶⁷ Ello de conformidad a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 377 del Código del Trabajo que señala que durante la huelga se encuentra suspendido el contrato de trabajo respecto de los empleadores y los trabajadores involucrados.

Si el empleador se encuentra afiliado a una Caja de Compensación para la Asignación Familiar (C.C.A.F.), a ella deberá presentar la Licencia Médica, siendo la C.C.A.F. la que remita la licencia médica a la COMPIN respectiva.

Si el trabajador se encuentra afiliado a una ISAPRE, el empleador deberá presentar la licencia en una de sus oficinas.

Recibida la Licencia Médica por la entidad que deba pronunciarse respecto de ella, no existiendo reparos relativos a los datos consignados en el formulario, se procederá, si corresponde, a emitir la autorización. La entidad podrá solicitar nuevos exámenes, visitas al lugar de reposo del trabajador, solicitar informes al empleador, antecedentes clínicos complementarios, entre otras medidas a fin de lograr una resolución absolutamente fundada y acertada respecto de la licencia médica presentada.

La Unidad de Licencias Médicas tendrá el plazo de 3 días hábiles⁶⁸, contados desde la fecha de recepción del formulario, para emitir su pronunciamiento, el que deberá remitirse por correo certificado al trabajador y al empleador, dentro de los 2 días hábiles siguientes.

La COMPIN tendrá un plazo de 7 días hábiles para emitir su pronunciamiento, este plazo se contará desde la recepción del formulario⁶⁹.

Las ISAPRES tendrán el plazo fatal de 3 días hábiles para pronunciarse sobre la licencia médica sometida a su conocimiento, plazo que se contará desde la recepción del correspondiente formulario.

Transcurridos los plazos antes mencionados sin que exista pronunciamiento de la entidad correspondiente, la licencia médica se entenderá autorizada.

⁶⁸ Dicho plazo podrá ampliarse hasta por 3 días hábiles más en caso de antecedentes que requieran de un estudio especial. En casos especiales, el plazo podrá extenderse hasta por un máximo de 30 días.

⁶⁹ El plazo podrá ampliarse por el mismo período y hasta por 60 días en casos especiales.

Como es de suponer, el pronunciamiento de la entidad correspondiente podrá ser: rechazo, aprobación, reducción o ampliación del período de reposo o cambio del mismo de total a parcial o viceversa. Dicha resolución deberá estamparse por escrito, de forma clara y legible en el correspondiente formulario, y dejarse constancia de los antecedentes que le sirvieron de fundamento. Deberá ir firmada por el profesional respectivo de las Unidades de Licencias Médicas, del presidente de la COMPIN o del profesional designado por la ISAPRE. Excepcionalmente esta última podrá usar un timbre que indique “Autorizado por la Contraloría Médica”.

Autorizada la Licencia Médica por la entidad que corresponda, se transforma en un documento oficial que autoriza al trabajador a ausentarse del trabajo, tratándose de licencias medicas en que se ha prescrito reposo total, o a la reducción de su jornada laboral a la mitad, en caso de licencias que otorgan reposo parcial, y en su caso, dará derecho a percibir el subsidio correspondiente.

Si bien la normativa no señala un plazo máximo para la duración del reposo⁷⁰, si menciona que dicho descanso debe tener por finalidad la recuperación de las capacidades del trabajador del tal manera que sea capaz de volver a desempeñar normalmente sus labores, es así como la licencia no puede tener un carácter de intemporalidad, toda vez que si la incapacidad del trabajador se convierte en permanente, no deberá autorizarse la licencia médica que presente, sino que el trabajador deberá ser evaluado por el organismo que corresponda a fin de determinar su derecho a una pensión por invalidez⁷¹.

⁷⁰ Salvo en el caso de licencias maternas, en que existe el tope correspondiente a seis semanas como prenatal y doce semanas como post natal. Asimismo, el artículo 30 del Decreto N° 3 que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Medicas por las Compin e Isapres señala que si el permiso dura 52 semanas continuadas, la COMPIN podrá autorizar la ampliación de la licencia hasta por 6 meses mas, previo pronunciamiento sobre la irrecuperabilidad del enfermo. Si se cumplen 78 semanas con licencia, la COMPIN podrá autorizar nuevas licencias en el caso de enfermedades que requieran de una recuperación de largo tiempo, pero el trabajador estará obligado a someterse a exámenes médicos cada tres meses.

⁷¹ RETAMAL Villegas, Jorge y otros. Manual de Licencias Médicas y Subsidios. Santiago. Chile. Ediciones Obra Viva. 1998. Pág. 50 y siguientes. “El derecho a hacer uso de la licencia médica y percibir un subsidio en reemplazo de la remuneración durante dicho lapso de tiempo cesa si el diagnóstico que motiva el reposo ha sido declarado irrecuperable por una COMPIN, entidad dependiente de un Servicio de Salud, por cuanto las licencias médicas solo cubren el tiempo necesario para que el enfermo recupere su capacidad de trabajar”.

Como contrapartida a lo anteriormente señalado, el trabajador tendrá la obligación de guardar el reposo prescrito, siendo causal de rechazo o invalidación de la Licencia Médica su incumplimiento, teniendo la entidad previsional la obligación de verificar el cumplimiento del reposo, así también el empleador deberá disponer de todos los medios necesarios para fiscalizar el cumplimiento del reposo por parte del trabajador⁷².

Como se vio en el Capítulo anterior, durante todo el período de vigencia de la Licencia Médica autorizada, la entidad que paga el correspondiente subsidio deberá realizar el pago de las cotizaciones de pensión y salud. Éstas deberán hacerse en base a la última remuneración imponible anterior al mes de inicio de la licencia.

En cuanto a los efectos de la Licencia Médica respecto al contrato de trabajo, la Dirección del Trabajo a señalado que ella implica tan solo una interrupción parcial de los efectos del contrato durante un determinado período de tiempo, sin afectar su existencia, suspendiéndose en ese lapso de tiempo los efectos principales del mismo para las partes, esto es la obligación de prestar servicios por un lado y la obligación de pagar la correspondiente remuneración por el otro. En relación a lo anterior, la mencionada institución ha señalado que no obsta al nacimiento ni a la exigibilidad del feriado legal el otorgamiento de una licencia médica, toda vez que el derecho al feriado legal no tiene relación con la prestación efectiva de funciones por parte del trabajador, sino que tiene relación con la vigencia de la relación laboral durante el plazo de un año⁷³.

En la misma línea de lo anterior, la Dirección del Trabajo a resuelto que los trabajadores acogidos a licencia médica, sea por enfermedad o descanso maternal, tienen derecho a percibir gratificación por ese período de tiempo, cuando este beneficio es anual, correspondiendo efectuar su pago al empleador⁷⁴.

⁷² Artículo 48 y 51 del Decreto N° 3 que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Medicas por las Compin e Isapres.

⁷³ Ordinario N° 2020/133 de 07 de mayo de 1998. Dirección del Trabajo. Chile.

⁷⁴ Dictamen N° 2.801 de 12 de noviembre de 1981, Ordinario N° 1000 de 21 de Febrero de 1986; Dictamen N° 2.538/59 de 2 de julio de 2003. Dirección del Trabajo. Chile.

2.4 EL RECHAZO DE LICENCIAS MÉDICAS. CAUSALES LEGALES, PLAZOS Y RECLAMACIÓN.

De acuerdo a lo indicado por la Superintendencia de Salud, del total de las licencias tramitadas por el sistema, el 77,9% son autorizadas, un 11,8% son reducidas y un 10,2% son rechazadas. Y respecto a las licencias médicas rechazadas o reducidas que son reclamadas ante la COMPIN, del total de ellas en el 87,4% de los casos el reclamo se acoge en su totalidad, un 1,8% se acoge parcialmente y un 13,5% es rechazado totalmente⁷⁵. Siendo los motivos más importantes para rechazar licencias médicas tanto por las ISAPRES como por la COMPIN la tendencia a prolongar los reposos en forma indebida; ausencia o exageración de los síntomas; fraudes, esto es, falsificación de planillas de pago o de contratos de trabajo, entre otros; Incumplimiento de reposo; falta de justificación médica; entrega fuera de plazo al empleador⁷⁶. También son causales importantes de rechazo las que se relacionan directamente con el tipo de padecimiento del trabajador, siendo las patologías más rechazadas las que se relacionan con trastornos psiquiátricos, siendo seguidas por las enfermedades del sistema osteomuscular y del tejido conjuntivo y en último lugar, las enfermedades del sistema respiratorio.

2.4.1 Causales de Rechazo de una Licencia Médica

Como se señaló, las Licencias Médicas pueden ser autorizadas, reducidas, modificadas o rechazadas por el organismo correspondiente. Las causales para rechazar, reducir o modificar las Licencias Médicas se pueden clasificar en dos grupos⁷⁷:

⁷⁵ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. [en línea] <<http://www.supersalud.cl>>. [Consulta: Junio 2008].

⁷⁶ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. [en línea] <<http://www.rankingsuperdesalud.cl>>. [Consulta: Junio 2008].

⁷⁷ MENGOD Ximeno, Rosa María. Guía sobre Licencias Médicas y Subsidios por Incapacidad. Guía para el Usuario. Superintendencia de Seguridad Social. Chile. 2002.

1.- Causales de Orden Médico: Estas causales comprenden la Falta de Justificación de Reposo y la Pérdida de la Temporalidad de la Licencia Médica. En el primer caso, la Licencia Médica será rechazada si el organismo que deba autorizarlas considera que no existe una incapacidad laboral temporal que impida al trabajador desempeñar normalmente sus funciones, o que existiendo tal incapacidad, el reposo otorgado es excesivo. En el segundo caso, se rechazará la Licencia Médica cuando se considere que la incapacidad no es de características temporales, sino que provoca una incapacidad permanente en el trabajador.

2.- Causales de Orden jurídico-administrativo: Dentro de ellas se encuentran: el no tener la calidad de trabajador dependiente o independiente; la presentación fuera de plazo de la licencia, el incumplimiento del reposo⁷⁸, la realización de trabajos remunerados o no durante el reposo, la falsificación o adulteración de la licencia, la entrega de antecedentes clínicos falsos o la simulación de enfermedad debidamente comprobada y la enmendadura.

2.4.2. Apelación de las Resoluciones de ISAPRES y COMPIN.

Los trabajadores tendrán derecho a apelar de la resolución que rechaza o reduce la Licencia Médica otorgada. Su apelación deberá presentarla en el organismo que corresponda según se encuentre afiliado a ISAPRE o a FONASA.

Es así como en este último caso, la resolución dictada por la COMPIN deberá ser apelada ante la Superintendencia de Seguridad Social. Para este trámite no existe un plazo establecido, pero deberá tenerse en cuenta que el subsidio que genera la Licencia Médica prescribe en el plazo de 6 meses contados desde el término de la misma.

⁷⁸ “No se considerará incumplimiento del reposo la concurrencia a exámenes o procedimiento ordenados por el mismo profesional, lo que deberá acreditarse”. [en línea] <http://www.supersalud.cl/consultas/570> [Consulta: Mayo 2008, Junio 2008, Julio 2008].

Tratándose de resoluciones emitidas por las ISAPREs, el trabajador podrá apelar ante la COMPIN competente⁷⁹. En este caso podrá apelar tanto el trabajador como sus cargas familiares, asimismo, podrá apelar de la resolución el empleador. El plazo para apelar es de 15 días hábiles, contados desde la recepción del pronunciamiento emitido por la ISAPRE, el reclamo deberá presentarse fundadamente, acompañando copia del pronunciamiento de la ISAPRE, y demás antecedentes que le sirvan de fundamento.

Recibido el reclamo por la COMPIN, esta podrá requerir un informe a la ISAPRE, teniendo esta última el plazo de tres días hábiles para contestar. La COMPIN tendrá el plazo de 10 días hábiles contados desde que se presenta el reclamo para emitir su pronunciamiento, no obsta a la emisión del pronunciamiento el no haber recibido el informe solicitado a la ISAPRE. El pronunciamiento de la COMPIN debe emitirse en forma clara y legible, expresando claramente los fundamentos que le sirvieron de base para emitir su pronunciamiento acerca de la apelación presentada, y firmarse por el Presidente de la COMPIN o el Secretario de dicha entidad. La resolución de la COMPIN será obligatoria para las partes y se notificará al reclamante y a la ISAPRE. Asimismo, se enviará copia de este pronunciamiento a la Superintendencia de Salud.

La resolución que dicte la COMPIN será apelable ante la Superintendencia de Seguridad Social, entidad que podrá solicitar informe a los organismos involucrados, si no los recibe dentro de plazo, podrá resolver tan solo con los antecedentes tenidos a la vista. La interposición de una apelación ante la Superintendencia de Seguridad Social no suspenderá los efectos del pronunciamiento de la COMPIN.

⁷⁹ Será competente para conocer de estas apelaciones, la COMPIN correspondiente al Servicio de Salud de acuerdo al domicilio del trabajador que aparezca en el contrato suscrito con la ISAPRE.

CAPITULO III

Sobre utilización y Abuso del Sistema

3.1. SOSPECHA DE ABUSO EN LA EMISIÓN DE LICENCIAS MÉDICAS. GASTOS. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES

3.1.1. Sospecha de Abuso del Sistema

En los últimos años se ha percibido un fuerte aumento en las Licencias Médicas otorgadas y autorizadas por los distintos entes administradores, con el correlativo aumento de los Subsidios por Incapacidad Laboral otorgados y de los costos y gastos para todos los interesados. Es por ello que teniendo en consideración la mejoría en las condiciones de salud de población, se sospecha que este aumento, más que representar un real aumento de trabajadores enfermos, sería en realidad, más bien, el resultado de abusos y fraudes al sistema, siendo en un gran porcentaje Licencias Médicas que no son necesarias o con plazos de reposos más largos que los que efectivamente se necesitarían.

De acuerdo a lo estudiado, se puede señalar que en nuestro sistema existe una serie de incentivos perversos, para los distintos participantes del mismo, que explicarían el aumento notorio en las Licencias Médicas, toda vez que, por ejemplo, se mantiene el 100% de la remuneración imponible del trabajador, con el tope de 60 UF, esto significa, que durante el período de reposo el trabajador seguirá percibiendo un ingreso que, de acuerdo al cálculo del subsidio ya estudiado, será relativamente similar a su ingreso mensual cuando efectivamente realiza sus funciones, situación que lo estimularía a solicitar licencias cuando su salud no lo requiere. Claramente, esta generosidad del sistema, podría verse mitigada por los 3 días de carencia de las Licencias Médicas inferiores a 10 días, efectivamente este período de no pago desincentiva la solicitud de Licencias Médicas de corta duración, pero en la práctica, de

acuerdo a las estadísticas tenidas a la vista⁸⁰, se ve que han aumentado las Licencias Médicas otorgadas por más de 10 días, lo que en términos prácticos significaría que los trabajadores chilenos no solo se están enfermando más, si no que más gravemente, lo que no se condice con los resultados de estudios relativos a la salud de la población, los que demuestran todo lo contrario. De acuerdo a ello, la no existencia de días de carencia en las Licencias Médicas de larga duración, incentiva la emisión de ellas, aun cuando no sean necesarias, a efectos de no producir una disminución de ingresos para el trabajador.

Asimismo, la falta de sanciones claras y efectivas para quienes incurren en abusos, induciría a los médicos, en caso de duda respecto al real estado de salud del paciente, o incluso ante pacientes que no presenten ninguna patología, a emitir Licencias Médicas, en su intención por velar de la mejor manera por la salud de su paciente, o, porque no decirlo, en algunas oportunidades por un mero afán lucrativo.

De la misma manera, la falta de incentivos y de normas especiales para que los entes aseguradores, esto es ISAPRES y FONASA, así como los empleadores, realicen funciones de fiscalización de Licencias Médicas, como también la escasa capacidad de control de los entes fiscalizadores. Tratándose de las ISAPRES, ellas efectivamente tienen reales incentivos para controlar eficazmente, y algunas veces incluso de manera arbitraria, las Licencias por enfermedad común, toda vez que son ellas los entes pagadores del subsidio que se genera, y el aumento del mismo significa para las ISAPRES mayores costos económicos para solventarlos, y es por eso que actúan como entes fiscalizadores de las Licencias Médicas de sus asegurados, dicha fiscalización se lleva a la práctica por medio de visitas para constatar la efectividad del reposo, sospechas respecto al historial de Licencias Médicas otorgadas a un mismo paciente, entre otras. Pero esta fiscalización exhaustiva no se extiende a las Licencias Médicas por reposo materno y enfermedad grave del hijo menor de un año, toda vez que ellas son de exclusivo cargo fiscal.

⁸⁰ Dichas estadísticas serán explicitadas y analizadas posteriormente.

En cuanto a FONASA, claramente no tiene grandes incentivos para el control, toda vez que históricamente sus déficit económicos han sido solventados con fondos estatales⁸¹. Además FONASA carece de reales atribuciones de control, limitándose su rol a aportar los fondos suficientes para solventar los subsidios.

En cuanto a las COMPIN, siendo ellas el real ente fiscalizador de las Licencias Médicas, carecen de incentivos en cuanto a operación, infraestructura y recursos. Si bien durante los últimos años con la mayor dotación de recursos y el rediseño de sus procesos de control, se ha logrado, de cierta manera, aumentar y mejorar la calidad de la fiscalización.

En cuanto a los empleadores, tratándose nuestro sistema de un subsidio financiado por las cotizaciones efectuadas por los trabajadores, o por recursos del Fisco, según sea la naturaleza del subsidio, carecen de un mayor interés en controlar las Licencias Médicas de sus empleados, porque en la práctica la ausencia de un trabajador le genera nula o muy poca pérdida económica, toda vez que mientras dure el reposo dejará de pagar las remuneraciones y cotizaciones de trabajador ausente, las que estarán a cargo, como ya se indicó, de la entidad pagadora del subsidio, y de acuerdo a como organice su empresa, podrá suplir la ausencia de un trabajador redistribuyendo sus labores entre los demás, lo que, en la práctica, le significará una disminución de costos.

a) La licencia Médica Siquiátrica.

Durante los últimos años la salud mental de la población ha ido desmejorando, a consecuencia, dirán algunos, de las exigencias de la vida moderna, del individualismo y la alta competitividad que ha alcanzado la vida en sociedad, sobre todo en naciones con un creciente desarrollo económico. Es así como cada cierto tiempo aparecen en televisión o en la prensa, encuestas y estudios que dan cuenta de la gran incidencia de enfermedades mentales, tales como depresión o stress, en los

⁸¹ TOKMAN, Marcelo. RODRIGUEZ, Jorge. LARRAIN, Fernando. Subsidios por Incapacidad Laboral. Incentivos Institucionales, crecimiento del gasto y una propuesta de racionalización. CEP Chile. 2002.

habitantes, principalmente, de las grandes ciudades de nuestro país. Se señala que un 35% de la población ha sufrido alguna vez alguna patología mental. Estas enfermedades afectarían principalmente a la población activa, señalándose que el 70% de la población chilena ha sufrido o sufrirá un cuadro de éste tipo en la época más activa laboralmente de su vida.

Consecuentemente con lo anterior, durante los últimos años las licencias médicas por enfermedad mental han sufrido un gran aumento, lo que se explicaría en parte, por la inclusión de la depresión dentro del Plan AUGE⁸². En 2007 cerca de 560.000 chilenos tuvieron una licencia médica por enfermedad mental, más del doble que el año 2005⁸³.

De acuerdo a ello, según estadísticas del sistema al menos 4 de los diez diagnósticos más frecuentes en FONASA corresponden a esta patología⁸⁴, encabezando la lista tanto en ISAPRES como en FONASA, la depresión. En ambos sistemas de salud, las licencias por este concepto ocupan los primeros lugares en las estadísticas de otorgamiento. Siendo también unas de las principales licencias médicas rechazadas para su pago, junto con las enfermedades traumatológicas y cardiovasculares⁸⁵.

Durante el año 2007, los trastornos mentales y del comportamiento aumentaron su incidencia en las licencias médicas en un 108% en relación con el año 2005, teniendo el mayor aumento entre las distintas patologías consultadas por los trabajadores enfermos en el rango erario de hasta 20 años. De la misma manera, en el rango erario de hasta 30 años esta patología tuvo un incremento de un 98% en relación con el año 2005. En el rango erario de hasta 40 años las enfermedades psiquiátricas también dominan los diagnósticos consignados en las Licencias Médicas

⁸² Acceso Universal con Garantías Explícitas en Salud. Ley AUGE entró en vigencia el 1 de julio de 2005.

⁸³ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. [en línea] <[http:// www.supersalud.cl/estadisticas](http://www.supersalud.cl/estadisticas)>. [Consulta: Junio 2008, Julio 2008, Agosto 2008].

⁸⁴ SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL. [en línea] <<http://www.suseso.cl>>. [Consulta: Mayo 2008, Junio 2008, Marzo 2009, Abril 2009].

⁸⁵ El año 2007 se tramitaron por la SUSESO 40.000 recursos de apelación por rechazo de licencias médicas, de las cuales un 64, 5% corresponden a patologías de carácter mental.

emitidas y tramitadas, siendo tramitadas en 2007 alrededor de 181.744 licencias por este concepto, con un aumento del 77% respecto al año 2005. En el grupo erario de hasta 50 años, los trastornos mentales y de comportamiento aumentaron en un 70,8% en relación al año 2005. Por último en los rangos erarios de hasta 60 y 70 años, la situación no difiere de los grupos ya mencionados, presentando un aumento en relación a 2005 de un 75,26% y un 100% respectivamente⁸⁶.

En los últimos dos años las Licencias Médicas por depresión representan el 40% de las licencias otorgadas al año. Respecto a ello se sospecha que la mayor parte de ellas son licencias fraudulentas⁸⁷ toda vez que las depresiones en Chile no presentan una tasa mayor que en otros países y las tasas de suicidio son particularmente bajas.

Todo lo anterior ha llevado a que las ISAPRES establezcan una serie de restricciones a la hora de autorizar las licencias médicas por enfermedad mental, como un control más exhaustivo, la solicitud de informes complementarios y de controles cada cierto período de tiempo durante el reposo indicado. Asimismo, una forma de control dentro de las COMPIN se relaciona con la instrucción relativa a que la autorización de la renovación de una licencia medica siquiátrica, solo deben ser autorizadas por un especialista.

La sospecha de fraude respecto a este tipo de Licencias Médicas radica en que en estas enfermedades, se requiere mucho más que un simple diagnóstico médico. Las enfermedades siquiátricas tienen un carácter subjetivo, debido a que su diagnóstico esta basado principalmente en la versión del paciente frente a su médico, no siendo posible evidenciarlas, en la mayoría de los casos, por medio de elementos objetivos como pueden ser exámenes y radiografías. Es por ello que se teme que el

⁸⁶ EVOLUCIÓN de la Licencias Medicas Curativas (Tipo 1) emitidas años 2005-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad de Control de Gestión. [Consulta: Mayo 2008].

⁸⁷ Uno de los casos de fraude más estudiados por las ISAPRES, se refiere a un joven que pidió licencia por depresión durante cuatro años gracias a lo cual recibió una renta y hasta se pago un postgrado. Finalmente se descubrió que gozó de muy buena salud mental durante todo ese tiempo, recibiendo cerca de \$30.000.000 por concepto de subsidio por incapacidad.

aumento de estas licencias no se deba, objetivamente, a una grave desmejoría de la salud mental de los trabajadores chilenos, sino más bien se deba a trabajadores que, para poder obtener una justificación para ausentarse de su lugar de trabajo por motivos distintos a una enfermedad, finjan síntomas de un stress incontrolable, o de algún otro tipo de patología siquiátrica, o a médicos que las otorguen de manera indiscriminada. Junto con la dificultad del diagnóstico, se encuentra la dificultad en la fiscalización del reposo, toda vez que estas enfermedades no obligan a que el paciente haga un reposo efectivo recluso en su lugar de habitación, sino que más bien prescriben un reposo activo lleno de actividades que lo distraigan de su padecimiento, intentando lograr un reestablecimiento en sus relaciones sociales y afectivas.

Por ello, como una solución a este, supuesto, uso indiscriminado de las Licencias Médicas siquiátricas, se plantea la posibilidad de crear un listado de los médicos que otorgan este tipo de licencias en un mayor número que el promedio de sus pares, y aumentar la fiscalización, sin llegar a la persecución, lo que podría generar efectos contraproducentes en pacientes correctamente diagnosticados, los que aumentarían su grado de ansiedad ante la posibilidad de rechazo de su licencia médica, y además, establecer criterios uniformes de diagnóstico y tratamiento de este tipo de enfermedades.

b) La Licencia Médica por enfermedad grave del hijo menor de un año. Abuso del derecho. Conflicto con la realidad país.

La mujer se ha incorporado al mundo del trabajo de manera creciente, de ello no cabe duda, esta situación impone a la mujer nuevas exigencias tanto personales como profesionales. Debiendo compatibilizar su deseo de permanecer el mayor tiempo posible junto con su hijo recién nacido y su propio desarrollo profesional.

La nueva realidad social no se condice con la actual normativa sobre Licencias Maternales, normativa que les permite a las mujeres aumentar los días de reposo maternal de forma indirecta, por medio del uso de la Licencias Médicas por enfermedad del hijo menor de un año.

El objetivo de la normativa es proteger a las madres trabajadoras y a sus hijos pequeños, disminuyendo los riesgos de salud, favoreciendo la lactancia y permitiendo a la mujer permanecer junto a su hijo en períodos de enfermedad grave del mismo.

De esta manera se establece un subsidio para la madre trabajadora, para el caso de que su hijo menor de un año sufra de alguna enfermedad grave, el subsidio consiste en el mantenimiento del 100% de su remuneración mensual, con un tope de 60 UF y 3 días de carencia para las Licencias Médicas inferiores a 11 días. Este subsidio, con excepción de las trabajadoras imponentes de la Caja de la Defensa Nacional y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, estén o no adscritas a una Institución de Salud Previsional, es de exclusivo cargo fiscal, siendo cubierto por el Fondo Único de Prestaciones Familiares.

En los últimos años se ha constatado un aumento creciente en el otorgamiento de Licencias Médicas por enfermedad grave del hijo menor de un año, tanto en el sistema público como en el privado, con el correlativo aumento del gasto por este concepto. De acuerdo al aumento experimentado, no solo habría aumentado la cantidad de niños enfermos sino que también la gravedad de las patologías presentadas, ya que el número de días solicitados ha aumentado de 12 a alrededor de 60 días el año 2007⁸⁸, estadísticas que no se condice con la realidad epidemiológica de la población infantil en nuestro país. Además se observa que se enfermarían más los niños hijos de personas afiliadas a ISAPRES que de las personas afiliadas a FONASA, toda vez que las licencias otorgadas por este concepto, en el sistema privado, experimentaron un aumento del 33,6% en el período 2005-2007, en comparación con el aumento del 24,8% experimentado por el mismo concepto y en el mismo período en FONASA⁸⁹, lo que no tendría una explicación lógica. A su vez, se ha constatado que la mayor cantidad de licencias por este motivo se registra con posterioridad al término del período de descanso post natal, lo que indicaría que contrariamente a lo que se

⁸⁸ MÉDICOS PARA CHILE. Abusos de Licencias Médicas. Médicos para Chile. [en línea]. <<http://www.mpch.cl/index.php?.option=com>>. [Consulta: Julio 2008, Agosto 2007].

⁸⁹ EVOLUCIÓN de la Licencias Medicas Curativas (Tipo 1) emitidas años 2005-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad de Control de Gestión. Mayo 2008.

espera, los niños se enfermarían más y más gravemente estando bajo los cuidados de su madre. Y además, el mayor número de licencias otorgadas es por diagnóstico de reflujo gastroesofágico, representando más del 50% de las licencias, en contraposición con la incidencia internacional de esta enfermedad que es de tan solo un 0,3%⁹⁰.

Cuadro N° 2: Aumento de licencias médicas otorgadas por enfermedad grave del hijo menor de un año en FONASA:

	2005	2006	2007
FONASA	N° de Licencias	N° de Licencias	N°de Licencias
Lic. Med Curativas	1.194.851	1.402.141	1.808.162
Pre-Post	75.383	80.950	94.077
EGHM	164.143	187.622	222.636
Totales	1.434.377	1.670.713	2.124.875

Fuente: Evolución de la Licencias Medicas Curativas (Tipo 1) emitidas años 2005-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad de Control de Gestión. Mayo 2008

Cuadro N° 3: Aumento de licencias médicas por enfermedad grave del hijo menor de un año en las ISAPRE:

	2005	2006	2007
ISAPRE	N° de Licencias	N° de Licencias	N°de Licencias
Lic. Med Curativas	705.096	803.847	923.516
Pre-Post	33.592	37.728	40.447
EGHM	87.117	97.841	116.386
Totales	825.805	939.416	1.080.349

Fuente: Evolución de la Licencias Medicas Curativas (Tipo 1) emitidas años 2005-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad de Control de Gestión. Mayo 2008

¿Qué ocurre entonces? ¿Será posible que nuestros niños se enfermen más y más grave que antes? ¿Existirá un error en las mediciones de las condiciones de salud de la población? ¿Será que las madres utilizan este beneficio para ampliar el permiso post natal? ¿Se estará abusando del sistema?.

⁹⁰ TOKMAN, Marcelo y Rodríguez, Jorge. Licencias Médicas:¿Chilenos Enfermizos?. Expansiva. [en línea]. <<http://www.expansiva.xl/media/enfoco/docs>>. pg. 5. [Consulta: Junio 2008, Julio 2008, Agosto 2008].

La no existencia de una respuesta lógica a las interrogantes planteadas permite pensar en la existencia de un uso abusivo del derecho. Hay quienes señalan que más que un abuso del sistema, este uso excesivo de la licencia por enfermedad del hijo menor de un año demuestra la existencia de “un vacío social, por cuanto la mujer quiere permanecer con el hijo pequeño por un periodo superior al establecido en el postnatal” o “problemas de insuficiencia económica para el acceso a salas cuna o escasa red social para proteger y cuidar al menor”⁹¹. En este sentido, habría que analizar más profundamente la realidad de la mujer trabajadora y no limitarse a indicar el argumento fácil de “abuso”, teniendo en cuenta las transformaciones que ha sufrido la familia y el creciente ingreso de la mujer al mundo laboral, cambios que no han sido acompañados de la implementación de los servicios necesarios para hacer frente a esta nueva realidad. El debilitamiento de las redes sociales y el menor número de personas a quienes poder delegar el cuidado de los menores, asimismo, coincidentemente con lo ya señalado, la insuficiencia de las salas cunas ante la creciente demanda, y la falta de recursos de las mismas para hacer frente a niños vulnerables al contagio de enfermedades. Hay que tener en cuenta, además, que las mujeres están enfrentadas a mensajes contradictorios de la sociedad, por una parte se las responsabiliza por todos los problemas futuros que puedan presentar sus hijos una vez que ellas ingresan a trabajar, y por otra parte, desde el mundo de la empresa, se les exige una disponibilidad absoluta ante los requerimientos de esta.⁹²

Sea cual fuere la posición que se adopte ante el debate acerca de los motivos del aumento creciente en el uso de licencias médicas por enfermedad del hijo menor de un año, el hecho fáctico es el aumento del gasto por parte del Fisco por este concepto, y ante esta constatación es que el Ejecutivo ha intentado establecer algunos mecanismos de control. Así, en una primera etapa, se planteó la posibilidad de extender el periodo de post natal a 42 días, renunciando a la licencia en caso de enfermedad del hijo menor de un año. De no renunciarse a este derecho, este

⁹¹ CASTRO, Rodrigo. ¿Como Lograr Equidad en el Otorgamiento de las Licencias por Enfermedad del Hijo Menor de un año?. Décimo foro de Opinión. ACES.

⁹² LICENCIAS MATERNALES ¿A que llamamos abuso?. Argumentos para el Cambio. Octubre 2003. Centro de Estudios para la Mujer. [en línea], <http://www.cem.cl/argumentos/ediciones/argu62.htm>. [Consulta: Marzo 2009].

continuaría con mayor control y con el establecimiento de ciertos protocolos y sistemas de enfermedades que se considerarían graves. Se asignaría un fondo anual para las ISAPRES y para FONASA para solventar los gastos por concepto de estas licencias. En caso de excederse, el exceso sería asumido por partes iguales. Si las licencias eran inferiores al fondo asignado, el excedente sería utilizado para mejorar los planes de salud de las mujeres, tratándose de las ISAPRES, y de Salud Reproductiva, tratándose de FONASA.

Esta propuesta no tuvo buena acogida políticamente, ni socialmente. La mayor crítica era el temor de que habiendo renunciado al beneficio de la licencia por enfermedad del hijo menor de un año, posteriormente el hijo se enfermase efectivamente.

En una segunda etapa se planteó la posibilidad de mantener el subsidio y modificar los plazos del post natal, el que quedaría en 108 días, aumentándose en 24 en ciertos casos. En cuanto al subsidio por enfermedad del hijo menor de un año, se harían diferenciaciones, así, si el hijo se enferma y la madre tiene un ingreso mensual igual o inferior a un salario mínimo y medio, el Estado otorgaría un subsidio del 100%. Si la remuneración de la madre es mayor, el subsidio sería de un 80%. El subsidio del 100% se aplicaría a los primeros 21 días de licencia.

Esta propuesta tampoco fue bien recibida, y en definitiva, el año 2004 se ingresó al Congreso Nacional, el proyecto de ley sobre Racionalización del uso de Licencias Médicas y Subsidios por Incapacidad, con el se pretendió, entre otras materias, regular lo que se entiende por “enfermedad grave” del hijo menor de un año, indicándose que esta será “aquella que ponga en riesgo su vida o que comprometa su crecimiento o desarrollo, al punto de significar un riesgo evidente de minusvalía en las etapas posteriores de su ciclo vital”.

De la misma manera en el año 2006 se ingresó un proyecto de Ley al Congreso Nacional con el que se pretende que las futuras madres puedan decidir la fecha en que tomarán los días de descanso pre-natal y da la posibilidad de trasladar hasta tres

semanas del prenatal al post natal (la totalidad del mismo en el proyecto original), siempre que la salud de la madre lo permita, para ello las trabajadoras deberán informar con al menos dos meses de anticipación a su empleador, y a la Inspección del Trabajo, la fecha probable de parto, siempre y cuando no hayan hecho uso de licencia médica durante el período que correspondería al prenatal, caso en el que seguirá gozando del plazo restante inmediatamente y solo se agregarán al post natal los días de prenatal en que efectivamente la madre haya trabajado. Actualmente, este proyecto, se encuentra en Segundo Trámite Constitucional en el Senado⁹³.

Efectivamente, es necesario continuar el debate iniciado hace algunos años, con el objeto de racionalizar el uso del subsidio en comento y disminuir los abusos, siempre teniendo presente el objetivo primordial de este subsidio, cual es el preservar la salud de la madre y de los hijos, y cualquier medida que se pretenda tomar ha de respetar ese principio, pero además, deberá tratar de compatibilizar dicho objetivo con el incentivo a la contratación de mujeres en las mismas condiciones que sus pares varones.⁹⁴

3.1. 2. Problema del Financiamiento. Gastos en el Sector Público y Privado.

Como se ha señalado, en los últimos años se ha observado un aumento significativo en el otorgamiento de licencias médicas y su correspondiente subsidio. Ello, como es de suponer, tiene como consecuencia el crecimiento en el gasto por concepto de subsidio por incapacidad laboral. Dicha situación significa una carga creciente tanto para el sistema público como para el sistema privado de salud, lo que, en la práctica, se traduce en una disminución de los recursos disponibles para la cobertura de otras prestaciones de salud y en el encarecimiento de los planes de salud para los afiliados a las ISAPRES.

⁹³Biblioteca de Congreso Nacional, [en línea], www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2006-10-18. [Consulta: 28 de Marzo de 2009].

⁹⁴ Durante el año 2009, todos los candidatos a la presidencia de la república, en la elección a realizar en el mes de diciembre próximo, cuentan con propuestas referidas a este tema.

De acuerdo a Altura Management en octubre del año 2006, el costo por Subsidios de Incapacidad Laboral, pasó de 114 mil millones de pesos en el año 1991 a 266 mil millones de pesos en el 2001, representando un incremento de 133% en diez años, equivalente a un 8,8% anual⁹⁵. De acuerdo a estadísticas de las instituciones de salud, las mayores alzas se producen en el caso de subsidios por enfermedad grave del hijo menor de un año, gasto que pasó de \$27.617 millones en el año 2004 a \$31.847 millones en el año 2005. Ello significa que el porcentaje de las cotizaciones previsionales destinadas al pago de los subsidios por incapacidad laboral se incrementó en la misma relación que el aumento de las licencias médicas.

Dicho estudio resalta la diferente evolución entre las licencias de hasta 10 días en comparación con las licencias de 11 o más días. Entre 2004 y 2005 las licencias médicas menores a 10 días disminuyeron en un 2.2%, mientras que las mayores a 11 días aumentaron en un 6.1%, lo que tendría su explicación en los tres días de carencia en el caso de las licencias menores a 10 días, lo que significa una menor remuneración para el trabajador, situación que llevaría a solicitar un mayor número de días de reposo que el estrictamente necesario para la recuperación de la salud.

En cuanto a al numero de licencias médicas otorgadas por enfermedades maternas y por enfermedad grave del hijo menor de un año, este sigue en aumento tanto en ISAPRES como en FONASA. Aumentando, así mismo, los días otorgados a las madres como reposo. En cuanto a la segunda, el gasto pagado por el Fondo Único de Prestaciones Familiares, a mayo de 2008 (Monto en miles de pesos) es de 23.026.158⁹⁶.

De acuerdo a estadísticas de la Superintendencia de Seguridad Social⁹⁷ el año 2007 se produjo un incremento del 81% con respecto al año 1998 en el gasto del

⁹⁵ ALTURA Management. Licencias Médicas en Chile. Evolución y Propuestas para Controlar el Fraude. Octubre de 2006.

⁹⁶ FONASA. [en línea] <http://www.fonasa.cl/estadísticas>, [Consulta: mayo 2008, Junio 2008, Julio 2008, enero 2009].

⁹⁷ AUMENTO del Gasto en Subsidios por Incapacidad Laboral pagados por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar años 1998-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad Control de Gestión. Mayo 2008.

sistema por concepto de pagos de Subsidio de Incapacidad Laboral de origen común, monto que en pesos significó un gasto de \$385.854 millones, siendo el mayor aumento el gasto producido por los afiliados a FONASA en comparación con las ISAPRES, que tuvieron un aumento de solo un 21%. El número de días pagados ha aumentado en un 78% en los últimos 10 años. De la misma manera en el año 2007 se pagaron más de 31 millones de días de subsidio, sufriendo la mayor alza los Servicios de Salud, mientras que las ISAPRES disminuyeron en un 10%, lo que tendría como explicación la disminución de sus cotizantes, los que disminuyeron en un 26% en el período 1998-2007. El monto promedio diario de subsidio pagado en el total del sistema experimentó un aumento del 2%. El número de días de subsidio por cada cotizante ha aumentado en los Servicios de Salud de 6,7 a 7,0 días entre 1998 y 2007, con un costo promedio diario de \$9.150, y en el mismo período las ISAPRES aumentaron de 5,2 a 6,4 días, obteniéndose un mayor gasto de MM\$58.798.

Lo anterior se aprecia claramente en los siguientes cuadros explicativos:

Cuadro N° 4: Gasto en SIL por Entidad Pagadora (Miles de \$ de 2007)

Año	FONASA			ISAPRES	Total
	CCAF	Servicios de Salud	Subtotal Fonasa		
1998	48.435.336	23.931.079	72.366.415	140.328.481	212.694.897
1999	48.478.380	26.342.291	74.820.670	133.336.080	208.156.750
2000	58.774.089	30.630.722	89.404.811	130.812.257	220.217.068
2001	65.297.111	33.745.135	99.042.246	139.067.201	238.109.448
2002	69.720.730	35.634.272	105.355.002	132.142.575	237.497.576
2003	72.717.769	36.503.461	109.221.230	128.407.911	237.629.142
2004	78.641.930	35.858.480	114.500.410	120.832.553	235.332.963
2005	97.470.811	40.865.540	138.336.352	136.604.104	274.940.455
2006	131.626.288	50.313.905	181.940.193	150.971.478	332.911.671
2007	160.373.874	55.605.821	215.979.695	169.874.000	385.853.695
Variación (%)	231%	132%	198%	21%	81%

Fuente: Aumento del Gasto en Subsidios por Incapacidad Laboral pagados por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar años 1998-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad Control de Gestión. Mayo 2008.

Cuadro N° 5: N° de días de Subsidio Pagados Anualmente

Año	FONASA			ISAPRES	Total
	CCAF	Servicios de Salud	Subtotal Fonasa		
1998	5.591.368	3.823.441	9.414.809	8.332.627	17.747.436
1999	5.903.747	3.939.852	9.843.599	7.208.152	17.051.751
2000	6.520.361	4.435.114	10.955.475	6.696.782	17.652.257
2001	7.086.982	4.618.826	11.705.808	6.890.577	18.596.385
2002	7.477.331	4.693.906	12.171.237	6.149.274	18.320.511
2003	8.095.374	4.586.934	12.682.308	6.000.441	18.682.749
2004	8.647.603	4.454.073	13.101.676	5.404.021	18.505.697
2005	10.667.633	5.008.336	15.675.969	5.901.939	21.577.908
2006	13.862.458	5.789.189	19.651.647	6.713.855	26.365.502
2007	17.387.977	6.709.418	24.097.385	7.529.733	31.627.128
Variación (%)	211%	75%	155%	-10%	78%

Fuente: Aumento del Gasto en Subsidios por Incapacidad Laboral pagados por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar años 1998-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad Control de Gestión. Mayo 2008.

Cuadro N° 6: Monto del Subsidio Diario (\$ de 2007)

Año	FONASA			ISAPRES	Total
	CCAF	Servicios de Salud	Subtotal Fonasa		
1998	8.663	6.259	7.686	16.841	11.985
1999	8.211	6.686	7.601	18.498	12.207
2000	9.014	6.906	8.161	19.534	12.475
2001	9.210	7.306	8.459	20.182	12.802
2002	9.324	7.592.	8.656	21.489	12.963
2003	8.983	7.958	8.612	21.400	12.719
2004	9.094	8.051	8.739	22.360	12.717
2005	9.137	8.160	8.825	23.146	12.742
2006	9.495	8.691	9.258	22.487	12.627
2007	9.223	8.288	8.963	22.560	12.200
Variación (%)	6%	32%	17%	34%	2%

Fuente: Aumento del Gasto en Subsidios por Incapacidad Laboral pagados por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar años 1998-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad Control de Gestión. Mayo 2008.

El aumento de los costos se encuentra estrechamente ligado al hecho de que entre el año 2005 y 2007 se ha producido un sostenido aumento en las licencias médicas otorgadas, otorgándose en 2005 un total de 2.260.182, en 2006 2.61.129 licencias médicas, con una variación de 13,4% en relación al año anterior, y en 2007 se otorgaron 3.205.224 licencias médicas, con un incremento de aproximadamente un 41% en relación al año 2005.

Cuadro N° 7: Evolución de las Licencias Médicas Curativas

	2005		2006		2007	
	N° Licencias Emitidas	%	N° Licencias Emitidas	%	N° Licencias Emitidas	%
FONASA	1.434.377	63,46	1.670.713	64,01	2.124.875	66,29
ISAPRE	825.805	36,54	939.416	35,99	1.080.349	33,71
TOTALES	2.260.182	100	2.610.129	100	3.205.224	100

Fuente: Evolución de la Licencias Medicas Curativas (Tipo 1) emitidas años 2005-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad de Control de Gestión. Mayo 2008.

Del total de licencias emitidas el 2007 un 66,29% corresponde a licencias otorgadas por FONASA, de ellas un 10% corresponde a licencias otorgadas por enfermedad grave del hijo menor de un año. De esta manera entre 2005 y 2007 se aprecia un incremento superior al 48% en la emisión de licencias para cotizantes de FONASA.

De la misma manera, se produjo un aumento en el número de días otorgados por concepto de licencia médica, es así como en 2005 se registraron 12.833.898 días, mientras que en 2007 se otorgaron 20.623.364 días, significando un aumento de alrededor de 60,7%⁹⁸.

De acuerdo a lo señalado por FONASA, influyen en el aumento del gasto por Subsidios de Incapacidad por Licencias Médicas Curativas Común: el aumento de la

⁹⁸ EVOLUCIÓN de la Licencias Medicas Curativas (Tipo 1) emitidas años 2005-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad de Control de Gestión. Mayo 2008.

masa de cotizantes, alrededor de un 69% en el período 1998-2007⁹⁹; el aumento de las rentas, lo que influye en el aumento del costo promedio diario de los subsidios por incapacidad laboral; aumento en la tasa de uso, esto es, aumento en los días de licencias por cotizante y el aumento de licencias médicas en grupos diagnósticos de mayor costo, aumentando en los distintos grupos erarios, es así como el año 2007 del total de las licencias médicas emitidas y tramitadas por FONASA, el 76% corresponden básicamente a enfermedades del sistema respiratorio, enfermedades mentales y del comportamiento y patologías propias del sistema osteomuscular¹⁰⁰.

Con relación a las ISAPRES, la Superintendencia de Salud indica que el año 2007 se experimentó un aumento de un 30,8% en licencias emitidas y tramitadas en relación con el año 2005, de ellas un 30,9% corresponde a licencias médicas curativas, un 33,6% corresponden a patologías graves del niño menor de un año y un 20,4% corresponden a licencias de pre y post natal. En cuanto a los días de reposo, este experimentó un incremento de un 32,7%, es decir, de una cifra de 6.590.555 el año 2005 a 8.748.120 el año 2007.

El aumento del gasto en Subsidios por Incapacidad en las ISAPRES se debe al aumento en las licencias tramitadas debido al Plan AUGE¹⁰¹ y al aumento de los días de licencia por cotizante. De esta manera el gasto en las ISAPRES alcanzaría los \$146.777 millones¹⁰². El gasto por cotizante aumentó desde 2004 a 2006 en un 25%¹⁰³.

⁹⁹ AUMENTO del Gasto en Subsidios por Incapacidad Laboral pagados por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar años 1998-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad Control de Gestión. Mayo 2008.

¹⁰⁰ EVOLUCIÓN de la Licencias Medicas Curativas (Tipo 1) emitidas años 2005-2007. Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. Departamento Actuarial. Unidad de Control de Gestión. Mayo 2008.

¹⁰¹ Acceso Universal con Garantías Explícitas de Salud: Es un sistema integral de salud que beneficia a todos los chilenos afiliados a Fonasa o Isapres, y sus cargas, para ser atendidos en condiciones especiales que garantizan su acceso, calidad, oportunidad y protección financiera, en caso de sufrir cualquiera de los problemas de salud definidos por el Ministerio de Salud. Regulación: Ley N° 19.966. Ministerio de Salud. Año 2005.

¹⁰² CASTRO, Rodrigo. Crecimiento del Gasto en Subsidios por Licencias Médicas. Libertad y Desarrollo. Marzo 2007. [en línea] <<http://www.lyd.cl>>. [Consulta: Mayo 2008, Junio 2008, Julio 2008].

¹⁰³ ALTURA Management. Licencias Médicas en Chile. Evolución y Propuestas para controlar el fraude. Chile. Octubre de 2006.

En el cuadro siguiente, aparecen los factores que mayormente inciden en el aumento de los costos por subsidios por incapacidad en el sistema de ISAPRES.

Cuadro N° 8: Factores que explican el incremento en el costo del Subsidio por Incapacidad Laboral

Variables	2005	2006	2007	Variación Anual
Costo Total Subsidio (Mill \$ Dic 2007) (1)	136.610	150.767	169.195	12,2%
Costo SIL por cotizante (\$ dic 2007)	124.925	136.422	145.126	6,4%
Costo SIL por Licencia (\$ dic 2007)	158.289	164.169	160.977	-1,9%
Costo por día SIL (\$ dic 2007)	23.264	22.624	22.658	0,2%
N° Licencias Tramitadas	962.022	1.037.241	1.196.997	15,4%
N° Licencias Pagadas	863.040	918.364	1.051.052	14,4%
Días de SIL por Cotizante (2)	5,37	6,03	6,40	6,2%
(1) Incluye gasto por licencias reclamadas a la Compín, reconsideraciones de la propia Isapre y reliquidaciones				
(2) Promedio anual de cotizantes dependientes e independientes mayores de 14 años				

Fuente. Libertad y Desarrollo. Falacias del Debate sobre Isapres. [En línea].

<http://www.lyd.com/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3799>

Del desglose de gastos efectuado, se desprende claramente que el aumento sostenido que ha experimentado el número de Licencias Médicas emitidas y el número de días de reposo otorgados, se traduce efectivamente en el aumento de los costos por concepto de Subsidio por Incapacidad laboral y maternal para las ISAPRES y para los Servicios de Salud. Dicho aumento en el otorgamiento de Licencias Médicas no se condice, como ya se mencionó, con las mejoras experimentadas por las condiciones de salud de la población chilena, lo cual hace pensar que una gran parte de el se debe a licencias medicas innecesarias. En razón de ello se hace urgente la necesidad, en primer lugar, de reformar el sistema actual de manera de dotar a los entes fiscalizadores de las herramientas necesarias para controlar de mejor manera el fraude y disminuir los incentivos para solicitar licencias médicas cuando no es absolutamente necesario, reduciendo la generosidad del sistema y aumentando los castigos para quienes incurrn en uso ilegítimo del derecho. Y, en segundo lugar, sensibilizar a los trabajadores acerca de dicha problemática, haciéndoles notar que al final de cuentas

los únicos perjudicados son los usuarios del sistema y quienes hacen un uso legítimo del mismo.

3.1.3. Régimen de Responsabilidades de los principales intervinientes en la emisión de Licencias Médicas: Medico Tratante/Trabajador

El régimen de responsabilidades de los distintos intervinientes en el sistema de Licencias Médicas lo encontramos, principalmente, en el Capítulo VII del Decreto Supremo N° 3, Reglamento de Licencias Médicas. Asimismo, es relevante el Capítulo VIII, que establece algunas sanciones. Pero además de ello, es posible concluir ciertas responsabilidades de normas repartidas a lo largo de todo el Reglamento. Son relevante también, la ley 12/084, Ley 18.469, la Ley 18.933, y en lo pertinente las leyes N° 18.883 Y 18.884.

a) Responsabilidad del Médico Tratante. Sanciones al Médico que fraudulentamente emite Licencias Médicas innecesarias.

De acuerdo a la normativa que regula la materia, el profesional médico que otorga la Licencia Médica es responsable de:

- Extender la Licencia Médica toda vez que el estado de salud del paciente lo amerite,
- Ordenar reposo total respecto de las licencias por descanso maternal
- Consignar datos y antecedentes fidedignos en el formulario de licencia médica,
- Otorgar tantas licencias como sean necesarias, por iguales período y diagnósticos, respecto de pacientes que presenten servicios a dos o mas empleadores,
- Dar cuenta por escrito a la brevedad posible del hecho de haberse extraviado un formulario de Licencias Médicas al Servicio de Salud que lo haya proporcionado,

- Proporcionar informes sobre antecedentes clínicos complementarios que obren en su poder cuando así se lo soliciten los Servicios de Salud e ISAPRES para un mejor pronunciamiento respecto de la Licencia Médica,
- Mantener un registro de los pacientes a quienes se otorgó una Licencia Médica,
- Abstenerse de enmendar una Licencia Médica debido a un error,
- Abstenerse de emitir una Licencia Médica falsa, de acuerdo al artículo 58 del Reglamento de Licencias Médicas.

Todas ellas son responsabilidades de carácter administrativo, que tienen por objetivo la correcta emisión de la Licencia Médica en los casos en que la salud del paciente lo requiera. De dichas responsabilidades se desprende que el facultativo ha de velar por el legítimo uso de las licencias médicas, debiendo otorgarlas correctamente y sin enmendaduras, y únicamente en los casos que sea estrictamente necesaria su utilización y por el periodo de tiempo que se justifique en atención a la naturaleza de la patología presentada por el trabajador. No debiendo ser emitidas para justificar otras situaciones distintas a una enfermedad.

De acuerdo a lo anterior se puede señalar que una licencia falsa o fraudulenta es aquella emitida con pleno conocimiento del profesional, cuando no existe motivo que la justifique o por un mayor número de días que los necesarios, con la intención de defraudar a FONASA, ISAPRES o directamente al FISCO, tratándose de licencias maternales, con el consiguiente daño al patrimonio público o privado y al adecuado financiamiento de las acciones de salud. Para estos casos el Reglamento sobre Licencias Médicas establece como sanción para el médico que emite una “Certificación Médica falsa”, “...sin perjuicio con lo establecido en el artículo 4° del decreto ley N° 3.621, de 1981, la denuncia directa de los hechos a la justicia del crimen, si ello fuere procedente”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ El artículo 4 del D.L. N° 3.621 de 1981, que fija normas sobre colegios profesionales, señala que “toda persona que fuere afectada por un acto desdorado, abusivo o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión, podrá recurrir a los Tribunales de Justicia en demanda de la aplicación de las sanciones que actualmente contemplan para estos actos la Ley Orgánica del Colegio respectivo o las normas de ética vigentes”, continua señalando el precepto que “si con ocasión de la

Dicha disposición se limita a señalar que actitud deberá tenerse frente al actuar fraudulento de un médico que otorga una licencia médica falsa, pero no establece con que sanción, específicamente, será castigado el profesional que incurra en dicha conducta y tampoco contiene parámetros que permitan determinar cuando se entenderá que la declaración del médico es “falsa”.

En nuestra legislación existen diversas normas que podrían ser aplicables a la situación comentada, es así como, el artículo 43 de la Ley N° 12.084, de 1956, que fija el texto de la ley sobre impuestos a las compraventas, permutas e introduce modificaciones a las leyes de impuestos, señala: “...incurrirán en las penas establecidas en el artículo 210 del Código Penal, los que hicieron declaraciones falsas en certificados de supervivencia, de estado civil y demás que se exigen para el otorgamiento de beneficios de previsión”.¹⁰⁵

De la misma manera, el artículo 479 del Código del Trabajo, prescribe que “las personas que incurran en falsedad en el otorgamiento de certificados, permisos o estados de salud, en falsificación de estos, o en uso malicioso de ellos, serán sancionadas con las penas previstas en el artículo 202 del Código Penal”¹⁰⁶.

En tercer lugar, el artículo 38 de la ley N° 18.469, que regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud, dispone: “Las personas que sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieren mediante simulación o engaño los beneficios de esta ley; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieren un beneficio mayor que el que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

reclamación el juez estimare que hay mérito suficiente para instruir proceso por crimen o simple delito de acción pública, pasará los antecedentes al juez del crimen correspondiente o instruirá el mismo el proceso respectivo si tuviere competencia para ello”.

¹⁰⁵ Artículo 210 Código Penal. “El que ante la autoridad o sus agentes perjurare o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

¹⁰⁶ Artículo 202 Código Penal: “El facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

En igual sanción incurrirán las personas que faciliten los medios para la comisión de algunos de los delitos señalados en el inciso anterior”.

El artículo 470, número 8 del Código Penal, que sanciona a los que “fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las Municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas”, no sería aplicable al médico, pues sanciona al que obtiene del Estado prestaciones que no le corresponden, es decir, a aquel que se beneficia con la obtención fraudulenta de la prestación, y en este caso, en estricto rigor, el médico no obtiene beneficio alguno¹⁰⁷.

Del análisis de la normativa mencionada, aplicando conjuntamente el artículo 479 del Código del Trabajo, que nos remite al artículo 202 del Código Penal, y el artículo 38 de la Ley N° 18.469, el médico que emita una licencia médica falsa podrá ser castigado con la pena de “reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. La dificultad se genera al momento de aplicar penas de multa, toda vez que el artículo 202 del Código Penal señala que además de la pena de reclusión se aplicará además una multa de 6 a 10 Unidades Tributarias Mensuales, y la Ley N° 18.469 no establece pena de multa.

Cabe mencionar en este momento, que en opinión de los abogados del Colegio Médico de Chile, de los cuatro tipos penales descritos precedentemente, primaría el contemplado en el artículo 43 de la Ley N° 12.084 de 1956 que sanciona con las penas del perjurio y falso testimonio en materia no contenciosa a los que hicieren declaraciones falsas en certificados que se exigen para el otorgamiento de beneficios de previsión, toda vez que la licencia médica sería un certificado que se exige precisamente para el otorgamiento de un beneficio de previsión¹⁰⁸.

¹⁰⁷ COLEGIO MÉDICO DE CHILE. Licencia Falsa: Régimen Legal Aplicable a la Licencias Médicas. Año 2003. [en línea] <<http://www.colegiomedico.cl>>. [Consulta: Junio, Julio, Agosto 2008].

¹⁰⁸ COLEGIO MÉDICO DE CHILE. Licencia Falsa: Régimen Legal Aplicable a la Licencias Médicas. Año 2003. [en línea] <<http://www.colegiomedico.cl>>. [Consulta: Junio, Julio, Agosto 2008].

De acuerdo a lo analizado anteriormente queda en evidencia la falta de regulación clara en la materia haciéndose necesario el establecimiento de leyes y reglamentos más estrictos que incorporen fuertes multas y sanciones a los profesionales que emitan licencias medicas fraudulentas, tipificando, por que no, claramente la “emisión de licencia medica falsa o fraudulenta”, y de esta manera castigar y minimizar los fraudes. Estas sanciones podrían incluir desde la suspensión del derecho a emitir Licencias Médicas hasta, en casos reiterados, la prohibición permanente de dicha práctica.

b) Rol del Trabajador. Sanciones al trabajador que presenta Licencias Médicas sin presentar patología.

El trabajador es el principal interesado en la emisión correcta y valida de una Licencia Médica, toda vez que existiendo una patología que le impida desarrollar correctamente sus funciones, se verá en la necesidad de recurrir a un profesional que certifique tal situación. Es por ello que la normativa le otorga un cúmulo de responsabilidades en el proceso de emisión y autorización de una licencia médica, a saber:

- Presentar la Licencia Médica al empleador o a la entidad provisional que corresponda dentro de los plazos establecidos.
- Realizar su jornada parcial de trabajo, si la licencia otorgara un reposo parcial.
- Abstenerse de presentar durante el período de una licencia parcial, otra licencia de tipo parcial extendida por otro profesional médico.
- Tratándose de trabajadores independientes, consignar con exactitud los datos y antecedentes requeridos en el formulario y presentarlo oportunamente.
- Someterse a exámenes médicos cada tres meses, cuando el período de licencia médica haya excedido las setenta y ocho semanas.
- Abstenerse de la adulteración o enmendadura de la licencia médica
- Abstenerse de cometer las infracciones contempladas en el artículo 55 del Reglamento.

Todo lo anterior tratándose de licencias médicas validamente extendidas y absolutamente necesarias para la recuperación de la salud del trabajador, pero que ocurre en el caso de licencias médicas otorgadas sin necesidad de ello, ¿que sanciones existen para el trabajador que es partícipe de un fraude en una licencia médica, ya sea por que no presenta patologías, o no presenta vínculo laboral, entre otras situaciones?

En primer lugar, ante esta situación hay que distinguir el fraude propiamente tal, como es el caso del trabajador que a efectos de conseguir el beneficio del subsidio, utiliza una licencia médica sin presentar enfermedad alguna, y la sobre utilización de la misma, que se traduce en solicitar más días de reposo de los estrictamente necesarios.

Para estos casos el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas, establece una serie de supuestos de infracción en los que pudiese incurrir un trabajador, como es el caso de la falsificación o adulteración de una licencia médica y la entrega de antecedentes clínicos falsos o la simulación de enfermedad debidamente comprobada. En estas circunstancias, establece una serie de sanciones de carácter más bien administrativo, que se traducen principalmente en el rechazo o invalidación de la licencia médica obtenida, sin perjuicio de la denuncia de los hechos a la justicia y la devolución por parte del trabajador de toda remuneración o subsidio indebidamente percibidos y además la comunicación de la situación a la entidad otorgante y al empleador, para que se tomen las medidas laborales correspondientes¹⁰⁹.

Al igual que en el caso de los profesionales, la ley no establece, directamente, multas ni sanciones de carácter penal para este tipo de infracciones, y de la misma manera en que se analizó anteriormente, es posible encontrar normativa dispersa en nuestro ordenamiento jurídico, que pudiera ser aplicable.

¹⁰⁹ Artículo 55. D.S N° 3. Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las Compin e Instituciones de Salud Provisional. Ministerio de Salud. Chile. 1984.

El Código Penal, en su artículo 470 N° 8 que sanciona con las penas del artículo 467 ¹¹⁰, a “los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las Municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las Instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas”.

Asimismo, podría ser perseguido el trabajador, que trata de obtener un subsidio de manera fraudulenta, conjuntamente con la figura de “Obtención de prestaciones Fraudulentas” ya señalada, además con las figura de uso malicioso de instrumento privado, normado en los articulo 197 y siguientes del Código Penal, al tener, como se señalo, la licencia médica el carácter de un instrumento privado.

De la misma manera, sería aplicable lo preceptuado por el artículo 43 de la Ley N° 12.084 de 1956 y el artículo 479 del Código del Trabajo, ya estudiado.

La aplicación de la normativa comentada no resulta fácil, toda vez que no es clara en cuanto a los requisitos necesarios para su aplicación y los supuestos en los que procederían las sanciones mencionadas, ¿En que casos hay fraude por parte del trabajador? ¿Cuando presenta documentación falsa? ¿Cuando finge síntomas inexistentes franje al medico?

Resulta, además, desmedido aplicar las mismas sanciones al profesional que otorga la Licencia Médica fraudulenta y al trabajador que la recibe, toda vez que si bien

¹¹⁰ Código Penal. “Artículo 467. El que defraudare a otro, en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

1°.Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2°.Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3°.Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.”

la reprochabilidad de la conducta es la misma tratándose de cualquiera de ellos, es valido sostener que le cabe una mayor responsabilidad y por tanto, un castigo mayor al medico, ya que este se encuentra en una situación de superioridad con relación al trabajador, y además por transgredir la ética que su misma profesión le impone, por un mero afán de lucro.

3. 2. SOLUCIONES FRENTE AL ABUSO

En el transcurso de los años, constatándose el gran aumento en el gasto por concepto de Licencias Médicas, se han implementado diversas estrategias para desincentivar el mal uso de las mismas, es así como en el año 2002 se creó el Formulario Único de Licencias Médicas, y el Registro Nacional de Licencias Médicas, con la intención de evitar las adulteraciones, y permitiendo a los organismos fiscalizadores detectar en forma oportuna las irregularidades. Con la base de datos del Registro se logró detectar el número de Licencias Médicas emitidas anualmente, los profesionales que las extienden, los diagnósticos más comunes, la cantidad de personas que las utilizan, y permitió al Ministerio de Salud focalizar de mejor manera sus recursos en las áreas con mayor vulnerabilidad de acuerdo a la información extraída del Registro.

En la misma dirección podemos mencionar la creación de la Licencia Médica Electrónica, mediante la cuál se pretende aumentar y mejorar la fiscalización de la emisión de Licencias Médicas, además de facilitar la tramitación para todos los entes partícipes en el Sistema.

Por último, se puede mencionar el Proyecto de Ley sobre Racionalización de los Subsidios por Incapacidad Laboral y Licencias Médicas, iniciativa gubernamental que fue ingresada al Congreso Nacional en el año 2003 y que actualmente, se encuentra en tramitación, sin presentar mayor avance. Con este proyecto de ley se pretendió incorporar sanciones para los médicos que emitan fraudulentamente

licencias médicas, con sanciones que van desde multas hasta suspensión por 90 días de la facultad para otorgar Licencias Médicas.

3.2.1.- La Licencia Médica Electrónica

a) Apreciaciones Generales.

Como parte de la política de modernización del Estado, se ha buscado reducir el tiempo y la burocracia existente en el sistema de Licencias Médicas en formulario de papel. Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, con anterioridad a la puesta en marcha del sistema al que me referiré en esta sección, los formularios de Licencias Médicas debían ser impresos en papel y entregados físicamente a cada uno de los participantes del sistema, provocando costos innecesarios, falencias en las comunicaciones, dificultando de esta manera, la fiscalización. De la misma manera, la sobreutilización y la mala utilización significaba una carga creciente tanto para el Sistema Público de Salud, como para el Privado, reduciendo los recursos disponibles para solventar otras necesidades y prestaciones de salud. Razones todas por las que se buscó poner un freno a la situación antes descrita y racionalizar el uso del sistema de Licencias Médicas y del correspondiente subsidio, otorgándole un mejor destino a los fondos públicos y privados que financian el Sistema de Salud en Chile.

Es así como, el año 2006 mediante el Decreto Supremo de los Ministerios de Salud y de Trabajo y Previsión Social, número 168 de 26 de Julio de dicho año se reconoció la posibilidad de otorgar y tramitar la Licencia Médica por medio de documentos electrónicos, es así como, a modo ejemplar, el nuevo inciso 2 del artículo 5 del Decreto Supremo N° 3 de 1984, del Ministerio de Salud, Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez, y por las Instituciones de Salud Previsional, señala: “Se materializará en un formulario especial, impreso en papel o a través de **documentos electrónicos**, que registrará todas las certificaciones, resoluciones y autorizaciones que procedan y cuyo texto será determinado por el Ministerio de Salud.”

De la misma manera lo expresa el artículo 8 de la norma citada, al referirse al Formulario de Licencia Médica, es así como señala que: “Existirá un solo formulario de licencia médica sea que se materialice en papel o en **documentos electrónicos** para todos los trabajadores, independientemente del régimen previsional, laboral o estatutario al que se encuentren afectos.”

De acuerdo a ello, desde el 01 de marzo de 2007, fecha en que entro en vigencia la totalidad de la normativa relativa a la materia, es posible – al menos de acuerdo con la ley - otorgar validamente Licencias Médicas Electrónicas.

De acuerdo a la normativa que regula la materia, la Licencia Médica Electrónica es aquella otorgada y tramitada a través de un documento electrónico. Siendo el documento electrónico, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, del año 2002, y sus normas complementarias, “la representación de un hecho, imagen o idea que es creado, enviado, comunicado o recibido por medios electrónicos y almacenado en un modo idóneo para permitir su uso posterior”.

Esta nueva forma de otorgar y tramitar las Licencias Médicas no modifica los derechos y obligaciones de las partes que participan en dichos procesos, tampoco las entidades encargadas de su funcionamiento, ni tampoco las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia de Seguridad Social y de Salud.

b) Principios Formativos.

De acuerdo a la normativa, los principios formadores que del nuevo sistema son¹¹¹:

“Artículo 2: La Licencia Médica Electrónica deberá respetar los siguientes principios informadores:

¹¹¹ RESOLUCIÓN Exenta N° 608. Establece Normas para el otorgamiento y Tramitación de la Licencia Médica Electrónica. Ministerio de Salud. Santiago Chile. Octubre de 2006.

- a) Equivalencia de Soporte: La licencia Médica Electrónica tiene igual efecto jurídico, validez o fuerza obligatoria que aquella plasmada en formulario de papel, en virtud de lo cual no se puede generar ningún tipo de discriminación entre ellas;
- b) Neutralidad Tecnológica: La Licencia Médica Electrónica no esta condicionada a un sistema operativo o arquitectura de hardware específicos;
- c) Interoperabilidad: La Licencia Médica Electrónica, como documento electrónico, deberá cumplir con las características que permitan su generación, envío, recepción, procesamiento y almacenamiento, tanto de los Órganos de la Administración del Estado, como en las relaciones de usuarios y las instituciones privadas, y entre ellos y dichos Órganos;
- d) Privacidad y protección de datos personales: El tratamiento, almacenamiento, transferencia y destino de datos personales que se desarrollo en el contexto de la Licencia Médica Electrónica deberá cumplir con lo dispuesto en la ley 19.628 sobre protección de la vida privada y el tratamiento de los datos personales y sólo podrá tener por finalidad permitir el otorgamiento y tramitación;
- e) Voluntariedad: La Adscripción al sistema de Licencia Médica Electrónica es voluntaria, constituyéndose en un medio alternativo al otorgamiento de las licencias médicas en soporte papel;
- f) Gratuidad: El otorgamiento de una Licencia Médica por documentos electrónicos, no podrá significar ninguna diferencia ni cobro alguno para el trabajador, por lo que su otorgamiento será enteramente gratuito, al igual que si se emitiera en formulario de papel;
- g) Confidencialidad: El sistema de información deberá asegurar por medios idóneos, que el documento electrónico y su contenido, solo será conocido por quienes estén autorizados para ello.”

De acuerdo a los principios informadores citados, la Licencia Médica otorgada por medios electrónicos deberá contener los mismos datos que las licencias médicas tradicionales otorgadas en formato papel, debiendo contener todas las menciones que se indican en el inciso segundo del artículo 5° del Decreto Supremo N° 3 de 1984, del Ministerio de Salud, y tendrá igual efecto jurídico, validez y fuerza obligatoria que la

otorgada en papel. La única característica que la distingue de la licencia médica tradicional es el soporte en el cual se emite. No siendo posible que se produzca algún cobro al trabajador por su emisión y sin que se privilegie o se de mayor valor a una sobre la otra.

La adscripción al uso de este nuevo sistema de otorgamiento y tramitación de licencias médicas tiene carácter absolutamente voluntario tanto para el profesional que la otorga, el empleador, el trabajador, la COMPIN y la ISAPRE, significando tan solo, una alternativa al uso del formulario en papel. Aun así, se cree que irá aumentando progresivamente el número de partícipes, en la medida en que se vayan comprobando los beneficios, ahorros de tiempo y dinero, entre otros beneficios que presenta este sistema por sobre el tradicional. De acuerdo a datos extraoficiales, desde la fecha en que el sistema entró en marcha blanca, hasta mayo de 2008 estarían utilizando el sistema 1.140 médicos, 574 empleadores, 6 ISAPREs y 8 centros privados de salud¹¹² y se habrían tramitado de esta manera más de siete mil licencias médicas¹¹³.

De la misma manera, de acuerdo a los principios informadores del sistema antes citados, el contenido de la Licencia Médica otorgada por medio de documentos electrónicos es conocido solo por quienes están autorizados. De acuerdo a ello, se asegura la confidencialidad de los datos personales, principalmente el conocimiento del diagnóstico médico por parte del empleador. El tratamiento, almacenamiento, transferencia y destino de los datos personales que se ingresen al sistema se encuentran protegidos por la Ley sobre Tratamiento de Datos Personales, como además por normas de carácter particular que existen sobre la materia. Este es un punto de gran sensibilidad para los partícipes del sistema, pues existe el válido temor respecto a la seguridad y confidencialidad de los datos ingresados en el ciberespacio, abierto a cualquier persona. Es así como, a mayor abundamiento la normativa exige que el Sistema de Información soporte de la Licencia Médica Electrónica debe “permitir la protección de los datos que forman parte de la Licencia Médica Electrónica de

¹¹² ESCOBAR, Francisca. Estrenan licencias médicas electrónicas. [en línea]El Mercurio En Internet. 7 de mayo de 2008. [Consulta: 7 de mayo de 2008]

¹¹³ Más de Siete Mil Licencias Electrónicas se han Tramitado en Nueve Meses. [en línea]La Segunda en Internet. 6 de mayo de 2008. [Consulta: 6 de mayo de 2008]

revelaciones o accesos no autorizados, especialmente, el dato del diagnóstico respecto del Empleador”¹¹⁴. En este sentido, si durante el otorgamiento o tramitación de la Licencia Médica Electrónica se produce una infracción a lo anteriormente expresado, se aplicarán las normas contenidas en la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, Ministerio Secretaria General de la Presidencia, del año 1999, relativas a la responsabilidad civil frente al tratamiento de datos, recayendo la obligación de indemnizar los daños al responsable del banco de datos, entendiéndose por tal aquella persona encargada de la toma de dediciones con respecto al tratamiento de los datos personales en el Sistema de Información.

De esta manera, podría señalarse que la Licencia Médica Electrónica presenta mayores resguardos que su símil en formulario de papel, toda vez que permite la incorporación de atributos de autenticidad, integridad, no repudiación, confidencialidad, interoperabilidad y seguridad, atributos que además son una exigencia que debe incorporar el Sistema de Información que sirve de soporte a la Licencia Médica Electrónica¹¹⁵. Además, todo el procedimiento de otorgamiento y tramitación de la Licencia Médica Electrónica y su sistema de información están sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.223, que Tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática, del Ministerio de Justicia, del año 1993.

c) Sistema de Información.

La Licencia Médica Electrónica funciona a través del soporte de un sistema de información¹¹⁶ tecnológico a través de Internet, dicho sistema de información debe cumplir con todos los requisitos establecidos en la Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos y su normativa complementaria, y las exigencias establecidas en las distintas normas que regulan el otorgamiento y tramitación de las Licencias Médicas

¹¹⁴ Artículo 7°, letra d. Resolución exenta N° 608 de 2006. Establece Normas para el otorgamiento y Tramitación de la Licencia Médica Electrónica. Ministerio de Salud, Santiago Chile, Octubre de 2006.

¹¹⁵ Artículo 7°, letra d. Resolución exenta N° 608 de 2006. Establece Normas para el otorgamiento y Tramitación de la Licencia Médica Electrónica. Ministerio de Salud, Santiago Chile, Octubre de 2006.

¹¹⁶ Artículo 67. Decreto N° 3 de 1984. Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez, y por las Instituciones de Salud Previsional. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, 1984.

Electrónicas y en especial lo preceptuado en el artículo 7 de Resolución Exenta N° 608 de 2006, del Ministerio de Salud, que establece Normas para el otorgamiento y Tramitación de la Licencia Médica Electrónica. La Superintendencia de Seguridad Social es la encargada de fiscalizar el cumplimiento de los requisitos tanto jurídicos como tecnológicos exigidos por la normativa.

Se define Sistema de Información como aquel “conjunto de medios informáticos y telemáticos que forman un todo autónomo, capaz de realizar procesamiento, almacenamiento y/o transferencia de información con el fin de permitir el otorgamiento y tramitación de la Licencia Médica Electrónica¹¹⁷”.

Este Sistema de Información permite poner en contacto a profesionales de la salud, trabajadores, empleadores, ISAPRES o FONASA, según sea el caso. Como se señaló anteriormente a este sistema se accede voluntariamente, por medio de un convenio de prestación de servicios informáticos suscrito entre los profesionales de la salud autorizados a emitir licencias médicas, los prestadores institucionales, los empleadores y las entidades encargadas de pronunciarse sobre las licencias médicas con el operador del Sistema. Estos convenios deberán siempre permitir el monitoreo por parte de la Superintendencia de Seguridad Social, a estos efectos el Operador debe siempre entregar toda la información que la mencionada Superintendencia le requiera y permitir el acceso a funcionarios de la misma para realizar los controles y revisiones necesarias para cumplir con su función de monitoreo. El contenido de los convenios será diferente de acuerdo a las entidades que sean partes, de esta manera, a modo ejemplar, sin perjuicio de las cláusulas que libremente negocien las partes del convenio, tratándose de un convenio entre el Operador e ISAPRE, deberá referirse entre otros, a los siguientes tópicos: Que el operador permite a la ISAPRE el acceso al sistema de información que constituye el medio oficial para acceder a la información en virtud de la que la ISAPRE se pronunciará acerca de la licencia médica; acceso a todas las licencias médicas electrónicas otorgadas respecto de las que deba pronunciarse la

¹¹⁷ Artículo 3°, inciso 2°. Resolución Exenta N° 608 de 2006. Establece Normas para el otorgamiento y Tramitación de la Licencia Médica Electrónica. Ministerio de Salud, Santiago Chile, Octubre de 2006.

ISAPRE; que el operador almacene todos los pronunciamientos de la ISAPRE respecto a las licencias médicas tramitadas.¹¹⁸

En caso de que las partes decidan poner término al convenio antes mencionado, las licencias médicas que ya hayan sido otorgadas electrónicamente seguirán tramitándose.

La empresa I-Med, actual operador de la plataforma de bonos electrónicos de salud, es, asimismo la operadora del sistema de Licencia Médica Electrónico.

d) Otorgamiento y Tramitación.

En primer lugar, se requiere que tanto el profesional que otorga la licencia médica como la ISAPRE o COMPIN, según corresponda, estén adscritos al sistema por medio del correspondiente convenio con I-Med. En caso de que el empleador o el trabajador independiente no sean partícipes del sistema, el médico deberá otorgar al trabajador una copia impresa de la licencia médica otorgada, la que deberá tener las mismas menciones que la licencia médica en formulario papel, a fin de que el trabajador la presente a su empleador, una vez hecho esto, el empleador procederá a firmar y fechar la copia impresa y a completar los datos requeridos y, posteriormente, entregarla al COMPIN o ISAPRE, según corresponda, para su pronunciamiento. Una vez recibido, la institución de que se trató deberá firmar y fechar el documento impreso y proceder a remitir los datos agregados por el empleador, en la copia impresa, al sistema de información. Los plazos de que dispone el empleador y la institución que deba pronunciarse respecto de la licencia médica otorgada, se contarán a partir del día de recepción del impreso. El hecho de que la licencia médica se tramite de la manera antes señalada no le cambia su carácter de electrónica.

Tratándose de empleadores adscritos al sistema, una vez otorgada la Licencia Médica Electrónica por el profesional habilitado para ello, se le otorgará al trabajador

¹¹⁸ CIRCULAR conjunta de la Superintendencia de Seguridad Social y Superintendencia de Salud N° 2338 y 32 del 01 de diciembre de 2006.

un impreso que de cuenta de tal hecho, y el sistema notificará, por medio de correo electrónico, al empleador o empleadores del mismo. Inmediatamente el empleador (o en su caso el trabajador independiente adscrito al sistema) tendrá a su disposición la licencia médica otorgada, debiendo acceder a ella por medio de autenticación electrónica.

El empleador deberá, al igual que en las licencias médicas otorgadas en formato papel, completar los datos que le corresponde, una vez hecho pondrá la licencia médica en poder de la entidad que deba pronunciarse a su respecto. El plazo que tiene el empleador para llevar a cabo lo anteriormente mencionado, es el mismo que para las licencias médica tradicionales, pero este plazo se contará a partir del día siguiente hábil al que la licencia médica haya quedado a su disposición en el Sistema de Información.

Si el empleador se niega a recibir la licencia, deberá registrar tal situación en el sistema expresando los motivos para tal decisión, en tal caso, se aplicarán las disposiciones de los artículos 64 y 56 del D.S. N° 3 de 1984, Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las Compin e Instituciones de Salud Provisional, comunes para los dos tipos de licencias médicas.

Una vez puesta la Licencia Médica Electrónica a disposición de la COMPIN o de la ISAPRE, según corresponda, dichas instituciones efectuarán las acciones de contraloría médica que procedan, debiendo emitir su pronunciamiento dentro del mismo plazo que tratándose de una licencia médica en formato papel, el computo del plazo, de igual manera que en el caso de los empleadores, comenzará al día siguiente hábil al que la Licencia Médica Electrónica haya sido puesta a su disposición. Este pronunciamiento deberá ser remitido al Sistema de Información, por la institución que corresponda.

El pronunciamiento anterior será notificado tanto al empleador como al trabajador. En caso de que según las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, las notificaciones deban hacerse personalmente o por carta certificada, estas

continuarán haciéndose de dicha manera, es así como la ISAPRE deberá comunicar su pronunciamiento al empleador, trabajador dependiente o trabajador independiente, por carta certificada, en la que se acompañará copia impresa de la resolución de la licencia médica.

En caso de reclamo en contra del pronunciamiento o el monto de los subsidios se aplicarán las mismas normas que tratándose de licencias médicas en formato papel. De este reclamo y del pronunciamiento de la entidad que conoce del reclamo, quedará constancia en el sistema de información y serán la COMPIN y las ISAPRES, las responsables de incorporar dicha información al sistema.

De todo el procedimiento de otorgamiento y tramitación de una licencia médica queda registro en el sistema, pudiendo el trabajador acceder a la información acerca del estado de su tramitación en cualquier momento que este lo desee, por medio de la página Web habilitada para tal efecto, a saber, www.licencias.cl. Asimismo, el empleador puede verificar el contenido de la licencia en el mismo sitio Web, digitando el RUT del trabajador y el folio de la licencia médica.

En resumidas cuentas el funcionamiento del sistema es el siguiente: El trabajador visita al profesional médico, quien emite la licencia médica por medio del uso del computador, utilizando el soporte tecnológico proporcionado por I-Med; si el empleador se encuentra adscrito al sistema recibe electrónicamente la licencia médica, de lo contrario esta se imprime y se entrega al trabajador; una vez completada la licencia por el empleador, esta se pone a disposición de la ISAPRE o del COMPIN, según sea el caso, dichas instituciones revisarán los datos y se pronunciarán aprobando o rechazando la licencia médica, dicho pronunciamiento deberán remitirlo al soporte tecnológico y procederán a las correspondientes notificaciones de su decisión.

La Licencia Médica Electrónica significa un gran avance tanto en la emisión, tramitación y fiscalización de una Licencia Médica, toda vez que facilita el proceso de otorgamiento y tramitación mediante la aplicación de tecnologías de información, sin significar un costo adicional para el trabajador, y genera, asimismo un ahorro para el

sistema en general significando una disminución en los costos de emisión de los talonarios, pérdida o robo de los mismos. Asimismo, el sistema permite a los profesionales adscritos, otorgar las licencias médicas por este medio, evitando el costo de adquisición del formulario de licencia médica en papel y les permite un acceso permanente a la información de las licencias médicas que hayan emitido. Los empleadores son notificados por correo electrónico de las licencias médicas emitidas a favor de uno de sus trabajadores en el mismo instante en que estas son emitidas, teniendo oportunamente la información de la ausencia de sus trabajadores, permitiéndole completar el formulario y enviarlo a la entidad que corresponda sin tener que desplazarse y disminuyendo la posibilidad de no presentación del formulario o pérdida del mismo. De la misma manera, evita el desplazamiento del trabajador para entregar su licencia médica, permitiéndole iniciar inmediatamente el reposo prescrito y conocer en cualquier momento el estado de su tramitación. En cuanto a las ISAPRES y al COMPIN les permite un acceso a la información de manera más oportuna, les permite optimizar los procesos de fiscalización, permitiendo cotejar las licencias médicas con otras bases de datos, disminuyendo la posibilidad de fraudes, les facilita el control del gasto en Subsidio por Incapacidad Laboral y les genera ahorros operacionales debido a la sustitución del procesamiento de formularios en papel. Asimismo, el sistema genera mayores estándares de seguridad toda vez que tanto el médico adscrito al sistema como el trabajador-paciente, deberán corroborar su identidad por medio de su huella digital, de la misma forma que para el caso de los bonos electrónicos, entre otros múltiples beneficios para todos los actores que intervienen en el proceso y que se pondrán de manifiesto en el mediano y largo plazo. Y en general, permite un mejor diseño de políticas de salud y de seguridad social.

3.2.2. PROYECTO DE LEY QUE RACIONALIZA EL USO DE LAS LICENCIAS MÉDICAS Y LOS SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD LABORAL Y ENFERMEDAD GRAVE DEL HIJO MENOR DE UN AÑO.

El 28 de octubre de 2003 ingresó al Congreso Nacional, mediante mensaje del ejecutivo, el proyecto de ley sobre Racionalización de los Subsidios por Incapacidad Laboral y Licencias Médicas (Boletín N° 3398-11)

La iniciativa que se encuentra en segundo trámite constitucional y sin ningún movimiento¹¹⁹, tiene por objetivo velar por el eficiente uso de los recursos del Estado destinados a estos subsidios.

Como el mismo mensaje lo señala, este proyecto se enmarca dentro de los esfuerzos realizados por el Estado a fin de lograr una buena administración financiera, acentuándose tal intención con mayor fuerza en la medida que el Estado de Chile se ha enfrentado a condiciones adversas, que para la época de presentación del proyecto habían significado un crecimiento 2,9% de los ingresos fiscales, considerablemente inferior a lo logrado en años anteriores. El crecimiento del gasto público aumentó a un 4%, equivaliendo este ritmo de crecimiento a la mitad de lo registrado en el período anterior. En este escenario se realizó un estudio que arrojó la urgente necesidad de racionalizar la asignación de recursos públicos a algunos componentes del gasto rígido. Es así como se elaboró una propuesta con el objeto de extender el esfuerzo de racionalización ya mencionado, a algunos de los componentes del gasto inercial en los que existía evidencia de abusos, abarcando cuatro áreas, entre las cuales se menciona el subsidio por incapacidad laboral y por enfermedad grave del hijo menor de un año, planteando un rediseño de los mismos.

¹¹⁹ BIBLIOTECA Congreso Nacional. [en línea] www.bcn.cl/http://sil.congreso.cl/pags/index.html julio 2008, [Consulta: 04 de Mayo de 2009].

a) Antecedentes que fundamentan el proyecto¹²⁰:

1. Aumento del gasto público por concepto de subsidio por incapacidad laboral entre 1991 y 2002, siendo este crecimiento de más de un 225% real. Lo que se explica por el crecimiento de casi un 200% del gasto por el mismo concepto en FONASA y de casi 1.400% en el caso de Subsidio por Enfermedad del Hijo Menor de un año.
2. Relación dispar entre los subsidios por más de 10 días, solicitados en el sector privado en el que existe el período de carencia de tres días, en comparación con el sector público en que no existe este período de carencia.
3. Aumento en el uso de licencias médicas sin explicaciones epidemiológicas y demográficas.
4. Falta de incentivos para la fiscalización del correcto uso del subsidio.
5. Diferencia de origen de los fondos de financiamiento.
6. Falta de definición del concepto de “enfermedad grave del niño menor de un año”.
7. Falta de tipificación del delito de solicitud u otorgamiento de licencias médicas fraudulentas o falsificación de la información de salud entregada

b) Propuestas

b.1.- Definición del concepto de Enfermedad Grave del niño menor de un año:

En la actual legislación no existe una definición precisa acerca de que ha de entenderse por enfermedad del niño menor de un año, esto ha permitido el gran aumento, de casi un 500%, según cifras indicadas en el mensaje con el que se acompañó el proyecto de ley, en el otorgamiento de licencias médicas por esta causal, y ha permitido, además, el otorgamiento de licencias de este tipo, en casos de no existencia de reales condiciones de gravedad para el niño, aumentando los gastos del sistema, como ya se analizó en el Capítulo II.

¹²⁰ Datos extraídos del Mensaje con el que se acompaña el Proyecto de Ley ingresado a tramitación al Congreso Nacional.

El proyecto de ley señala que deberá entenderse como Enfermedad Grave del niño menor de un año “aquella que ponga en riesgo su vida o que comprometa su crecimiento o desarrollo, al punto de significar un riesgo evidente de minusvalía en las etapas posteriores de su ciclo vital”. Además exige que la patología presentada por el niño necesariamente requiera de cuidados directos y permanentes de su madre o padre, según sea el caso.

El médico tratante deberá detallar el lugar en que se deberá efectuar el reposo, diagnósticos y procedimientos. En caso de que el menor deba ser hospitalizado, la madre tendrá derecho al permiso y subsidio mientras dure la hospitalización.

b.2.- Aplicación de penas a falsificación de Licencias Médicas:

Como ya se ha analizado, no existen penas claras para quienes incurren en la emisión de licencias falsas, no tipificándose esta figura como delito propiamente tal. Razón por la cuál el proyecto de ley propone sustituir el artículo 479 del Código del Trabajo de la siguiente manera “las personas que incurran en falsedad en la solicitud u otorgamiento de licencias médicas, declaraciones de invalidez, certificados, permisos o estados de salud, en falsificación de éstos o en uso malicioso de ellos, serán sancionadas con las penas previstas en el artículo 202 del Código Penal”. De esta manera se incluye claramente y ya no por analogía las penas establecidas en el artículo 202 del Código Penal al fraude en las licencias médicas, de manera de que la sanción sirva como inhibidor de este tipo de conductas. Solo se incluye la licencia médica en la enumeración que realiza el artículo citado y se conserva la penalidad que estaba establecida.

b.3.- Objeto del Fondo Único de Prestaciones Familiares incluye los subsidios por incapacidad laboral:

El proyecto modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 150 del año 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de manera de explicar la modificación realizada por la Ley N° 18.418 de incorporar en el objeto del Fondo Único de

Prestaciones Familiares, el pago de los subsidios por reposos maternales por descanso de pre y post natal y permisos por enfermedad grave del niño menor de un año.

4.- Sistema de incentivos a las ISAPRE y FONASA para el control de las Licencias por Enfermedad Grave del niño menor de un año:

De acuerdo a lo señalado en el mensaje con el que fuera enviado el proyecto en comento al Congreso Nacional para su discusión, es imprescindible para lograr un uso adecuado de los recursos y de la correcta utilización de los Subsidios por Incapacidad Laboral, el contar con una fuerte y eficiente fiscalización, debiendo dotarse a los organismo encargados de ella de los medios necesarios para cumplir dicha misión. Para ello también es necesario dotar de incentivos a dichos organismos, toda vez que se ha comprobado un gran aumento en la emisión de las licencias por enfermedad grave del niño menor de un año, en contraposición con la evolución de las licencias por enfermedad curativa y a las condiciones de salubridad que ha alcanzado el país, lo que demuestra la falta de control por parte de los organismos encargados.

De acuerdo a ello, se establece un sistema de traspaso de dinero ex ante a los organismos administradores de los seguros previsionales de salud para el pago del subsidio por el tipo de licencia médica en comento, en base al promedio del año anterior de uso de dicho subsidio. De esta manera se incentivaría la fiscalización ya que, en caso de existir diferencia entre los montos entregados previamente y lo necesario para cubrir el total de los subsidios posteriormente autorizados, el Fondo Único se hará cargo solo del 50% de la diferencia, asumiendo el otro 50% la entidad previsional.

5.- Sanciones a los profesionales de la salud que otorgan Licencias Médicas injustificadas:

El proyecto aumenta las multas aplicables a los organismos fiscalizados por la Superintendencia de Seguridad Social, pudiendo ésta aplicar multas de hasta 1000 Unidades de Fomento, las que podrán elevarse al doble en caso de reincidencia en un año calendario.

Asimismo, establece sanciones para los profesionales habilitados que incurran en fraudes o falsificaciones de licencias médicas o las otorguen en forma injustificada y estas fueran rechazadas. Estas sanciones podrán ser multa a beneficio fiscal de 15 UTM; suspensión por 30 días para otorgar licencias médicas; multa de 25 UTN, en caso de reincidencia dentro del período de tres años contados desde la primera suspensión; y suspensión por 90 días y multa de 100 UTM, en caso de tercera reincidencia. Estas sanciones serán aplicadas por la Superintendencia de Seguridad Social.

Si el otorgante de la Licencia Médica falsa, fraudulenta o injustificada fuere un funcionario público sujeto al Estatuto Administrativo, de Atención Primaria de Salud Municipal, del Personal de las Fuerzas Armadas, Carabineros, de Funcionarios Municipales, y de los médico-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, también será considerado como una falta al principio de probidad administrativa.

6.- Eliminación de las Cajas de Compensación de Asignación Familiar de la administración y pago de los subsidios por incapacidad laboral:

Se entrega exclusivamente a ISAPRE y FONASA la función de administrar y pagar los subsidios por Incapacidad Laboral.

7.- Otorga a la Superintendencia de Seguridad Social el conocimiento de los recursos que se interpongan por rechazo o modificación de licencias médicas:

Se otorga a la Superintendencia de Seguridad Social la facultad de conocer de estos recursos, función que actualmente se encuentra en manos de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), respecto de los reclamos presentados por afiliados a ISAPRE:

8.- Cambio en los días de carencia para las Licencias Médicas y en la base de cálculo de los Subsidios por Incapacidad Laboral.

Se señala en el Proyecto de Ley que al existir la diferencia entre Licencias Médicas superiores a 11 días, sin días de carencia, y Licencias Médicas de 10 días o menos, las que si presentan un período de carencia de 3 días, se ha incentivado la extensión de Licencias Médicas de más de 11 días, sin que dicho reposo sea estrictamente necesario para el reestablecimiento de la salud del trabajador.

De acuerdo a ello, se pretende establecer un período de carencia de dos días sea cual fuere el período por el cual se extienda la Licencia Médica. Se excluye de todo período de carencia los descansos de pre y post natal.

En cuanto a la base de calculo del monto del subsidio, se amplia el período de calculo de los tres meses anteriores a cinco meses anteriores al mes precedente al inicio de la Licencia Médica.

9.- Se faculta al Fondo Nacional de Salud (FONASA) para pronunciarse acerca de las Licencias Médicas que correspondan:

Se faculta a FONASA para autorizar, rechazar o modificar las licencias respecto de las cuales le corresponda pronunciarse, debiendo dirigirse los reclamos que se formulen ante la Superintendencia de Seguridad Social, equiparándolo de este modo a las ISAPREs.

CAPITULO IV **Jurisprudencia**

4.1 SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (SUSESO).

4.1.1 Apreciaciones Generales

La Superintendencia de Seguridad Social como organismo fiscalizador de los entes que participan en el proceso de otorgamiento, tramitación y aprobación de las Licencias Médicas emitidas a los trabajadores que sufren o no (tratándose del uso fraudulento de las Licencias Médicas, tema ya tratado en este estudio) de alguna patología, actúa, además, como una suerte de tribunal de segunda instancia ante el cual pueden dirigirse los trabajadores, tanto del Sistema Público como Privado de Salud, en el primer caso toda vez que no se encuentren de acuerdo con lo dictaminado por la COMPIN respectiva en relación a la Licencia Médica presentada a su conocimiento, y en el segundo caso, una vez apelada la resolución de la ISAPRE respectiva ante la COMPIN pertinente y aun así no se encuentren satisfechos con la resolución de dicho organismo.

Es así como la Superintendencia de Seguridad Social, se pronuncia principalmente respecto de rechazos de Licencia Médicas por los organismos ya mencionados, pudiendo, como es natural entender, pronunciarse confirmando la resolución del organismo previsional correspondiente; ordenando la realización de diligencias previas a confirmar o rechazar el pronunciamiento de la COMPIN, como por ejemplo, la constatación de la fecha de recepción por parte del trabajador de la carta certificada mediante la cual la ISAPRE le comunica el rechazo o modificación de una Licencia Médica; o, por último, modificando lo resuelto por la COMPIN correspondiente.

De acuerdo a ello es interesante, analizar las posiciones mas comúnmente adoptadas por la SUSESO en relación con los distintos temas que le son presentados a su conocimiento y resolución, por parte de los trabajadores. No tan solo respecto a

apelaciones relativas a rechazos o reducciones licencias médicas, si no también es interesante conocer la opinión de la Superintendencia de Seguridad Social en relación al Subsidio por Incapacidad Laboral, sus requisitos y derecho a su percepción.

De acuerdo a la lectura y análisis de distintos pronunciamientos de la Superintendencia de Seguridad Social, podemos notar que la mayor cantidad de rechazos confirmados por dicha entidad se deben a las causales de: a) Presentación de Licencia Médica Fuera de Plazo, por el trabajador a su empleador, b) Incumplimiento del reposo indicado en la Licencia Médica. Realización de Trabajos remunerados o no durante el periodo de reposo indicado en la Licencia Médica; c) Inexistencia del Vínculo Laboral entre el trabajador y el empleador ante el que se presenta la Licencia Médica. Cabe hacer presente que, como se señaló en el Capítulo II de este estudio, de todas las apelaciones que son presentadas ante la Superintendencia de Seguridad Social, la mayor parte de ellas son resueltas en favor del trabajador.

4.1.2. Jurisprudencia .

a) Causales de Rechazo de una Licencia Médica

1.- Configuración y Existencia de las Causales de Rechazo argumentadas por la ISAPRE o COMPIN, según corresponda:

De acuerdo a lo señalado por el Decreto Supremo N° 3 de 1984, las causales de rechazo de una Licencia Médica son solamente aquellas que contempla la ley, esto es, como ya se estudió, a) Falta de Justificación del Reposo; b) No tener la calidad de trabajador dependiente o independiente; c) Presentación de la licencia médica fuera de plazo por parte del trabajador; d) Incumplimiento del Reposo; e) Realización de trabajos remunerados o no durante el período de reposo dispuesto en la licencia médica; f) La falsificación o adulteración de una licencia médica; g) La entrega de

antecedentes clínicos falsos o la simulación de enfermedad debidamente comprobada y h) La enmendadura.

En este sentido se pronuncia la Superintendencia de Seguridad Social, en numerosos recursos, presentados a su conocimiento por trabajadores que han visto rechazada su licencia médica por parte de la COMPIN argumentando para ello causales no contempladas en la legislación vigente, como por ejemplo, la no concurrencia a un peritaje médico por parte del trabajador, argumentando que con ello se comprueba la no existencia de incapacidad laboral que justifique el reposo otorgado por el médico tratante.

De acuerdo a ello, se ha pronunciado la Superintendencia de Seguridad Social señalando “(...) esta Superintendencia cumple con representar a la COMPIN Metropolitana Sur que las causales de rechazo de una licencia médica se encuentran taxativamente enumeradas en el Título VII “De las Sanciones”, artículos 53 y siguientes, del Decreto Supremo N° 3, citado en las fuentes, las que por su naturaleza, son de derecho estricto. En efecto, toda vez que el rechazo de una licencia médica importa la aplicación de una sanción, la causal en la que se base, requiere la existencia de un texto legal que la contemple expresamente y, además, se acredite debidamente la concurrencia de todos y cada uno de los supuestos que la hacen procedente.”¹²¹

De esta manera y en concordancia con sus resoluciones al respecto y con lo señalado por la normativa vigente, la Superintendencia de Seguridad Social insiste en que las Subcomisiones de Medicina Preventiva e Invalidez deben observar estrictamente dichos presupuestos.

Es decir, no es posible rechazar Licencias Médicas basándose en causales no contempladas en la legislación vigente, aun cuando, a juicio de la entidad que deba pronunciarse, el rechazo o reducción de la licencia médica sea la resolución más acertada en atención a los antecedentes que ha tenido a su disposición para resolver,

¹²¹ ORD. 2605-DJ/DM-FRR/CQG, de 17 de enero de 2006. Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social.

y además, de ser estrictamente necesario contar con una causal contemplada en la legislación para el rechazo o reducción de la licencia médica de que se trate, es necesario también, que se compruebe la existencia de cada uno de los supuestos que envuelve la causal.

De la misma manera, pronunciándose en cuanto a la configuración de las Causales de Rechazo de una licencia médica, la Superintendencia de Seguridad Social también ha señalado que “(...) las causales de rechazo de una licencia médica no pueden afectar las futuras (licencias médicas), sino que deben configurarse y acreditarse respecto de cada licencia médica”.¹²² Asimismo señala que “(...) es necesario que esa COMPIN revise sus resoluciones que confirman los rechazos de la ISAPRE, con antecedentes que acrediten que respecto de cada una de dichas licencias el interesado incurrió en la mencionada causal de rechazo. En el evento que no se acredite que se ha configurado incumplimiento de reposo o el desarrollo de actividad remunerada o no esa COMPIN deberá modificar sus resoluciones y ordenar la autorización de las referidas licencias médicas.”¹²³

Es decir, no procede presumir la concurrencia de causales de rechazo en nuevas licencias médicas presentadas por trabajadores que ya han visto rechazadas licencias anteriores, si no que ha de analizarse cada una de ellas con las circunstancias propias de cada situación y aprobarlas o rechazarlas de acuerdo a sus antecedentes propios.

2.- Inexistencia de Vínculo Laboral entre trabajador y empleador

La relación laboral entre el trabajador que presenta la licencia y quien aparece como su empleador ha de ser efectiva tanto formalmente como en la práctica, es decir,

¹²² ORD. 13448-DJ-SVZ, de 07 de abril de 2004. COMPIN-Servicio de Salud de Iquique. Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social. En concordancia con el Oficio N° 40978, de 28 de Octubre de 2003 de la misma Superintendencia de Seguridad Social.

¹²³ ORD. 13448-DJ-SVZ, de 07 de abril de 2004. COMPIN-Servicio de Salud de Iquique. Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social. En concordancia con el Oficio N° 40978, de 28 de Octubre de 2003 de la misma Superintendencia de Seguridad Social.

el trabajador efectivamente a de estar sometido a un vínculo de subordinación y dependencia de quien aparece en lo formal como su empleador, ha de prestar servicios efectivamente a dicho empleador, situación que ha de poder constatarse por medio del cumplimiento de horarios, existencia de un contrato de trabajo, pago de cotizaciones, etc., en caso contrario se configuraría la causal, y podría ser rechazada la Licencia Médica¹²⁴. En casos de existir dudas acerca de la existencia del vínculo laboral, con anterioridad al rechazo de la Licencia Médica, la SUSESO, ordenará la realización de las indagaciones necesarias a fin de acreditar la existencia, tanto del vínculo laboral, como de quien aparece como empleador¹²⁵.

3.- Realización de Trabajos Remunerados o no dentro del período de reposo

Respecto a la causal en comento, la SUSESO se ha pronunciado en concordancia con lo señalado por la ley en el artículo 55 letra b) del Decreto Supremo N° 3 de 1984, toda vez que ha indicado que procede el rechazo de una licencia médica cuando el trabajador a realizado actividades laborales dentro del período indicado para el reposo, ello según lo prescrito en la normativa aplicable a la materia, la que ya ha sido estudiada en los capítulos anteriores de esta investigación. Además ha indicado, que no impide la aplicación de la causal de rechazo comentada el que las actividades laborales realizadas por el trabajador durante el período prescrito para el reposo hayan sido realizadas gratuitamente, pues, la normativa vigente claramente señala “trabajos remunerados o no”, esto es, expresamente incluye actividades no remuneradas, ello en

¹²⁴ ORD. 46001-DJ-CNC, de fecha 19 de julio de 2007. Base de Datos Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social.: “(...) el argumento de la inexistencia del vínculo laboral debe basarse en que la entidad que aparece como empleadora es una empresa de la que es socia [la trabajadora] junto a su marido, por lo que no es posible establecer que existía una relación de subordinación y dependencia o si solamente realizaba en ella una actividad propia de las obligaciones sociales(...)”;

¹²⁵ En este sentido: ORD. 55237-DJ-NMM, de fecha 24 de agosto de 2007. Base de Datos de Jurisprudencia Superintendencia de Seguridad Social: “(...)aun cuando desde un punto de vista formal pueda sostenerse la existencia de una relación laboral entre un trabajador y un empleador basado en que se ha suscrito un contrato de trabajo, se han enterado cotizaciones por dicho trabajador, etc., resulta necesario, además, establecer si existe un vínculo de subordinación y dependencia efectivo entre las partes, materializado en circunstancias tales como la continuidad de los servicios prestados, el cumplimiento de un horario, la supervigilancia en el desempeño de sus funciones, la obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador, etc. En el mismo sentido: ORD. 46001-DJ-CNC, de fecha 19 de julio de 2007. Base de Datos Jurisprudencia Superintendencia de Seguridad Social.

concordancia con la incapacidad temporal que cubre la licencia médica, y en el mismo lugar indicado como lugar de reposo del trabajador sujeto a una licencia médica¹²⁶.

4.- Caso Fortuito o Fuerza Mayor

La normativa que regula la tramitación de las licencias médicas, ya estudiada, indica que una licencia médica presentada por un trabajador a su empleador fuera del plazo legal, podrá ser autorizada si se acredita que dicho retraso se debió a que existió caso fortuito o fuerza mayor (pudiendo entenderse por tal cualquier circunstancia especial y atendible que haya impedido la tramitación oportuna de la licencia médica, la existencia de alguna dificultad para que el trabajador pudiera entregar oportunamente la licencia médica a su empleador), y así lo señala el artículo 54 del Decreto Supremo N° 3 de 1984.

En concordancia con lo anterior, la SUSESO ha resuelto en varias oportunidades que la presentación de la licencia médica por parte del trabajador fuera del plazo señalado por la normativa, habilita a la COMPIN o a la ISAPRE para rechazarla. Indicando, además, la existencia de la excepción antes mencionada relativa a la acreditación por parte del trabajador de que la inobservancia del plazo se debió a caso fortuito o fuerza mayor y “bajo el supuesto que la Licencia Médica se encuentre dentro de su vigencia, esto es, mientras dure el reposo consignado en ella”.

Asimismo, ha resuelto que un error de hecho en la naturaleza de la Licencia Médica, inducido por la entidad emisora de la misma, constituye justificación suficiente para acreditar que ha existido una causa de fuera mayor para el trabajador.¹²⁷

¹²⁶ Ejemplo de ello lo encontramos en el ORD 48716-DJ-BVSA de fecha 26 de septiembre de 2006, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social. En dicha resolución se pronuncia respecto de la apelación presentada por un trabajador (médico psiquiatra) quien alega que efectivamente recibió a un paciente en su domicilio, dejando constancia que la atendía en su domicilio para no interrumpir el reposo, señala, además, que dicha atención fue gratuita y lo hizo tan solo ante la desesperación de la paciente por ser atendida de urgencia. Ante ello la Superintendencia de Seguridad Social señala que rechaza el recamo interpuesto por el trabajador toda vez que se comprueba la realización de trabajos durante la vigencia de sus licencias médicas.

¹²⁷ ORD 45335-DJ-SVZ, de fecha 18 de julio de 2007, Título: Subcomisión de Medicina Preventiva e Invalidez Metropolitana Oriente, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad

De acuerdo a lo anterior la SUSESO ha rechazado reclamos de trabajadores que argumentan caso fortuito o fuerza mayor, argumentando que dichas causales de excepción han de ser acreditadas fehacientemente por el trabajador que las alega mediante la presentación a la COMPIN, ISAPRE o a la Superintendencia de Seguridad Social según sea el caso, de la documentación o los antecedentes suficientes que justifiquen el atraso en que se incurrió¹²⁸.

5.- Diagnóstico Irrecuperable

Como ya ha sido señalado en diversas oportunidades en los Capítulos anteriores de este estudio, una de las principales características de la licencia médica es proporcionar al trabajador afectado por una enfermedad de origen común, de un período de reposo, por el tiempo que sea suficiente y necesario para el restablecimiento de su salud, de acuerdo a la patología que presente y según lo que el facultativo indique en la misma Licencia Médica, permitiéndole, de este modo, retornar a desempeñar sus funciones laborales normalmente, con posterioridad a su total reestablecimiento. De acuerdo a ello, si la patología que afecta al trabajador, de acuerdo a sus características propias, no permite recuperar la salud del paciente, es decir, su diagnóstico es irrecuperable, no procede el otorgamiento de una Licencia Médica, si no que será necesaria la tramitación de la correspondiente declaración de invalidez.

Social: “Lo anterior por cuanto ella fue emitida por la Mutua de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción quien atendió al interesado por un accidente del trabajo, en el marco del convenio que tiene con el INP para los efectos de la Ley N° 16744, tramitación que indujo al error de hecho de entender que, por ser emitida por una Mutua, a dicha licencia no se le aplicaban los plazos del Reglamento de Licencias Médicas, contenido en el D.S. N° 3, citado en fuentes; en circunstancias que no era así, porque el empleador estaba adherido al INP para los efectos de dicho cuerpo legal, y el artículo segundo, inciso quinto, del mencionado Reglamento dispone que éste no se aplica a la tramitación y autorización de las licencias médicas ni al pago de subsidios que correspondan a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de trabajadores afiliados a una Mutua.”

Tal error de hecho, constituyó para el interesado una causa de fuerza mayor en los términos del artículo 45 del Código Civil.”

¹²⁸ Ejemplo de ello lo encontramos en el ORD 82067-DJ-NTM de 12 de diciembre de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social. causal de fuerza mayor que justifique el atraso incurrido al tramitar la respectiva licencia médica.

En ese sentido se ha pronunciado la SUSESO "...conforme a lo dispuesto en los artículos 1°, 2° y 6° del Decreto Supremo N° 3, citado en las fuentes, las licencias médicas tienen por objeto otorgar el reposo necesario para que la trabajadora se recupere de su dolencia, durante un lapso determinado, para poder volver a su jornada laboral. Por lo tanto, las licencias no cubren enfermedades irrecuperables, como en la especie aconteció, con las licencias en análisis, que fueron rechazadas por irrecuperabilidad"¹²⁹.

En relación con este tema, existe otro supuesto respecto del cual también se ha solicitado el pronunciamiento de la SUSESO, me refiero a la capacidad residual para trabajar del trabajador a quien se le ha declarado una invalidez parcial y su derecho a gozar de una licencia médica en relación a esa capacidad residual, y el correspondiente pago del subsidio por incapacidad laboral. Al respecto, la se ha señalado que "Las personas declaradas invalidas pueden seguir trabajando, y en ese sentido pueden tener derecho a presentar licencias médicas; para que ello ocurra es necesaria la reincorporación efectiva al trabajo y que con posterioridad se sufra de una incapacidad laboral que afecte temporalmente la capacidad residual, sea por una de las patologías por lo que hubo declaración de invalidez o por otra distinta. Por otra parte, se hace presente que en el caso de los trabajadores pensionados por invalidez que se reincorporan a la vida laboral y que posteriormente presentan licencias médicas, están generarán derecho a pago de subsidio por incapacidad laboral en el solo caso de que se registren tres meses de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de la licencia, efectuadas sobre remuneraciones devengadas con posterioridad a la obtención de la pensión de invalidez"¹³⁰.

¹²⁹ ORD 50246-DJ/DM-CGCU de fecha 03 de agosto de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social.

¹³⁰ ORD 19756 de fecha 24 de abril de 2006, Base de Datos de Jurisprudencia Superintendencia de Seguridad Social. En el mismo sentido se pronuncia en el ORD 24614 de fecha 23 de mayo de 2006, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social, en el señala "Por otra parte, se hace presente que una persona declarada invalida puede seguir trabajando con su capacidad residual de trabajo, pero no obstante para tener derecho a presentar licencias médicas es necesario que se haya reincorporado efectivamente a trabajar y posteriormente sufra de una incapacidad laboral que afecte temporalmente dicha capacidad residual, sea por una de las patologías por la que fue declarado invalido o por una distinta. Asimismo, estas licencias solo generaran pago de subsidio por incapacidad laboral si se cumplen con el período de tres meses de cotizaciones efectuadas sobre remuneraciones devengadas con posterioridad a la obtención de la pensión de invalidez".

De acuerdo a ello, el trabajador declarado invalido, no tan solo puede reincorporarse a la vida laboral, sino que además, y en concordancia con su reincorporación al trabajo, puede hacer uso de una licencia médica cuando le afecte alguna patología que le impida desempeñarse normalmente, la que puede incluso tener relación con la enfermedad por la cual se le declaró invalido. Pero para obtener el subsidio por incapacidad laboral, deberá, como todo trabajador, haber realizado con anterioridad a la licencia médica, las cotizaciones previsionales necesarias para tener derecho al susidio, y ellas deben tener relación tan solo con las remuneraciones obtenidas producto de su reincorporación a la vida laboral.

b) Presentación de apelación fuera de plazo legal.

Sin lugar a dudas, la mayor cantidad de reclamos recibidos por la SUSESO tienen relación con el rechazo por parte de las COMPIN de las apelaciones de las resoluciones adoptadas por las Isapres relativas al rechazo o modificación de una licencia médica, presentadas por los trabajadores fuera del plazo que establece la normativa vigente.

En gran parte de los casos, la declaración de inadmisibilidad efectuada por la COMPIN es completamente acertada y así lo reconoce la Superintendencia de Seguridad Social en sus pronunciamientos al respecto¹³¹, pero en otros casos, la Superintendencia de Seguridad Social ordena a la COMPIN respectiva la realización de trámites previos para verificar el correcto computo del plazo, para luego pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En la mayor cantidad de reclamos a este respecto, los trabajadores alegan no haber tomado conocimiento del rechazo o modificación de su licencia médica, sino

¹³¹ Así lo reconoce, a modo de ejemplo, en el ORD 46525-DJ-CNC de fecha 23 de julio de 2007 Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social. En dicho pronunciamiento rechaza el reclamo de un trabajador que alega no corresponder el rechazo de su apelación ante la COPIN por encontrarse fuera de plazo, toda vez que señala, no tenía conocimiento de los trámites que debía realizar. A este respecto la Superintendencia de Seguridad Social señala, en resumen, que los trámites y plazos se encuentran establecidos en la ley, por lo cual la alegación del trabajador no puede ser admitida, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico no es posible alegar desconocimiento de las normas legales.

hasta el momento en que su empleador se lo comunica, habiendo ya transcurrido en el ínter tanto, el plazo legal para interponer la apelación¹³².

En estos casos, la Superintendencia de Seguridad Social ha resuelto que, de acuerdo al Decreto Supremo N° 3 de 1984, la ISAPRE deberá enviar por correo certificado al domicilio del trabajador, la notificación de la resolución que rechaza o reduce una licencia médica, y que el plazo de 15 días para interponer la apelación iniciará su computo desde la recepción por parte del trabajador del mencionado correo certificado¹³³. Así lo expresa en numerosas resoluciones, a saber “(...) en la especie, en la citada resolución reclamada que afecta a la licencia médica N° 17785374, no se ha indicado la fecha en que la reclamante interpuso el reclamo ante esa COMPIN y tampoco, se ha acreditado el cumplimiento de las referidas normas, faltando esclarecer documentadamente cual es la fecha de recepción por la trabajadora de la carta certificada que contiene el pronunciamiento de la ISAPRE, de la referida licencia médica. Por lo tanto, no aparece fundado el rechazo por presentación fuera de plazo de la apelación ante esa COMPIN”¹³⁴.

En el mismo sentido se pronuncia en el ORD 21713-DJ-NMM, de fecha 09 de mayo de 2006, PDTE. Comisión Regional de Medicina Preventiva e Invalidez Atacama, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social:” En la especie y luego de ser analizados los antecedentes del caso, es posible establecer que no se encuentra acreditado que la resolución en cuya virtud la ISAPRE Consalud determinó rechazar la licencia médica reclamada haya sido notificada a la interesada en la forma prevista en el ya citado inciso segundo del artículo 36 del Decreto Supremo

¹³² A este respecto: ORD 46525-DJ-CNC, de fecha 23 de julio de 2007 Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social; ORD 45397-DJ-JLMA de fecha 18 de julio de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social; ORD 21822-DJ-FBB, de fecha 05 de abril de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social; ORD 21713-DJ-NMM, de fecha 09 de mayo de 2006, PDTE. Comisión Regional de Medicina Preventiva e Invalidez Atacama, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social; ORD 66553-DJ-JLMA, de fecha 12 de Octubre de 2007, Subcomisión de Medicina Preventiva e Invalidez Arica, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social;

¹³³ ORD 21822-DJ-FBB, de fecha 05 de abril de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social.

¹³⁴ ORD 45397-DJ-JLMA de fecha 18 de julio de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social.”

Nº 3, es decir por correo certificado dirigido a su domicilio, enterándose esta última de la resolución en comento, a través de la información que le haría proporcionado su empleador”.

De este modo, la Superintendencia de Seguridad Social remarca la obligación de las Isapres de comunicar sus resoluciones en relación a rechazos o reducciones de licencias médicas por medio de correo certificado al domicilio de trabajador, a fin de que exista constancia de la fecha en que el trabajador es notificado y así poder contabilizar correctamente los plazos de apelación, “(...) en la especie, no se ha indicado la fecha en que el reclamante recibió la carta certificada con las resoluciones de las licencias médicas reclamadas, lo que impide determinar si la apelación se presentó o no dentro del plazo establecido en el citado inciso segundo del artículo 40 del Decreto Supremo Nº 3”¹³⁵. Indica además, la improcedencia de presumir la fecha de la notificación teniendo como base para ello la fecha del pronunciamiento de la resolución apelada, no pudiendo de este modo rechazar una apelación argumentando presentación fuera de plazo, pues de lo contrario, se estaría “rechazando la apelación del trabajador sin un fundamento concreto”¹³⁶.

Asimismo, la notificación por correo certificado, mencionada en los párrafos anteriores, no ha de ser realizada por medio de cualquier empresa del rubro, sino que ha de ser realizada específicamente por la Empresa de Correos de Chile¹³⁷, a fin de

¹³⁵ ORD 66553-DJ-JLMA, de fecha 12 de Octubre de 2007, Subcomisión de Medicina Preventiva e Invalidez Arica, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social.

¹³⁶ ORD 21822-DJ-FBB, de fecha 05 de abril de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social.

¹³⁷ ORD 00222 de fecha 2 de enero de 2007, materia Obligatoriedad Uso Correos de Chile para Notificaciones de Resoluciones Recaídas en Licencias Médicas Isapre, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social: “Esta Superintendencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Supremo Nº 3 y al Reglamento para el servicio de correspondencia aplicable a la Empresa de Correos de Chile, estima que las Isapre tienen la obligación de enviar por correo certificado a los domicilios registrados por el trabajador y su empleador, el pronunciamiento recaído en las licencias médicas y solo mediante dicha Empresa, en consideración a que lo que se certifica no es un acto que emane de la administración, sino que de la normativa reglamentaria. Por su parte, la Superintendencia de Salud, por Oficio Circular Nº 22, de 2 de Mayo de 2000, instruye sobre la obligatoriedad del uso de la empresa de Correos de Chile, para el envío de aquella correspondencia que la ley ha calificado de certificada. Hace presente que la obligatoriedad de enviar cartas certificadas para la notificación recaída en

contar, en caso de diferencias entre la ISAPRE y los trabajadores, con una certificación que de fe de la fecha y lugar de entrega de la carta, así como del nombre del destinatario, entendiéndose por Carta Certificada aquella registrada y entregada al destinatario indicado en su cubierta o a la persona a quien éste haya autorizado por escrito¹³⁸.

Como he señalado anteriormente, en los casos de discordancia entre la fecha de notificación alegada por la ISAPRE e informada a la COMPIN, y según la cual ésta última se ha pronunciado, y lo alegado por los trabajadores, principalmente, no haber recibido ningún tipo de notificación, la Superintendencia ha ordenado, en la mayoría de los casos, a la COMPIN correspondiente, recabar los antecedentes necesarios que den cuenta de la fecha del despacho de la carta de notificación del trabajador. De no contar con ellos la ISAPRE, solicitar a la Empresa de Correos de Chile el envío de certificado de la fecha de recepción de la Carta Certificada, a fin de acreditar la fecha de notificación al trabajador. Y de acuerdo a lo informado por Correos de Chile, la COMPIN correspondiente deberá pronunciarse acerca si la apelación del trabajador se encuentra o no dentro del plazo legal. De encontrarse dentro del plazo legal, la Superintendencia de Seguridad Social ha ordenado pronunciarse acerca del fondo del asunto. En caso de no existir constancia de que el trabajador haya sido notificado en fecha alguna, la COMPIN deberá admitir a tramitación la apelación presentada. “Atendido lo anterior se instruye a esa Comisión para que revise la situación de la interesada y en caso de no tener constancia de la fecha en que ésta recibió la carta certificada, deberá solicitar su acreditación, mediante certificado de la Empresa de Correos de Chile.”¹³⁹

las licencias medicas emana de una normativa reglamentaria y, por lo tanto, solo procederá el uso de la Empresa de Correos de Chile”

¹³⁸ Decreto de Interior N° 748, de 1962, Reglamento de la Ley Orgánica del antiguo Servicio de Correos y Telégrafos y en el Decreto de Interior N° 394, de 1957, Reglamento para el Servicio de correspondencia, aplicables a la Empresa de Correos de Chile, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 10, de 1981, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

¹³⁹ ORD 45397-DJ-JLMA de fecha 18 de julio de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social: de no acreditarse con la correspondiente certificación la fecha en que la interesada-recibió-por carta certificada la notificación en conformidad a las normas citadas, esa Comisión deberá admitir la apelación de la interesada, debiendo en tal caso pronunciarse sobre el fondo del asunto, dando cuenta de ello a la recurrente”.

c) Subsidio por Incapacidad Laboral

1.- Derecho a Cobro del Subsidio

En cuanto al Subsidio por Incapacidad Laboral, la mayor parte de las reclamaciones hechas por los trabajadores se refieren al no pago del mismo, relacionado ello con el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para tener el derecho a su cobro. En este sentido, la SUSESO al resolver sobre las presentaciones de los trabajadores, lo que ha hecho es aclarar la implicancia de los requisitos legales y la necesidad de que concurran todos ellos conjuntamente para tener derecho al cobro del Subsidio por Incapacidad Laboral.

Así ha resuelto que para tener derecho al subsidio por incapacidad laboral se requiere, como lo señala la ley, contar con un mínimo de seis meses de afiliación a un sistema previsional y de tres meses de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente, entendiéndose estos tres meses como 90 días. Y que dichos requisitos son copulativos y que la Superintendencia no tiene la facultad para eximir del cumplimiento de los mismos¹⁴⁰.

En el mismo sentido ORD 21822-DJ-FBB, de fecha 05 de abril de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social: "En consecuencia, dado que no consta a fecha de notificación necesaria para computar el plazo para apelar, procede que esa Subcomisión solicite a la respectiva ISAPRE los antecedentes del despacho de la carta notificación que permitan obtener que la Empresa de Correos de Chile determine la fecha en que la interesada recibió la carta certificada, y de acuerdo a la fecha de recepción de ella, determine si la apelación se efectuó o no en el plazo".

En el mismo sentido, ORD 21713-DJ-NMM, de fecha 09 de mayo de 2006, PDTE. Comisión Regional de Medicina Preventiva e Invalidez Atacama, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social: "En consecuencia y teniendo presente que no consta que la interesada haya sido debidamente notificada de la resolución en cuyo merito se determino el rechazo de su licencia medica N° 16423795, corresponde que esa Comisión admita a tramitación la apelación interpuesta, pronunciándose sobre el fondo del asunto, esto es: la causal de rechazo determinada por la ISAPRE".

¹⁴⁰ ORD. 31059-DJ-CNM, de fecha 11 de mayo de 2007, señala "...al respecto cabe manifestar que, en su carácter de temporero, para tener derecho al susidio por incapacidad laboral tendría que cumplir con los requisitos exigidos por el inciso primero del artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 44 de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, a saber, seis meses de afiliación y tres meses de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica. Estos tres meses equivalen a 90 días de cotizaciones.

En su caso el concurrente no cumple con el segundo de los requisitos mencionados, por cuanto solo registra 71 días de cotizaciones en los seis meses anteriores al inicio de su licencia.

En virtud de lo anteriormente expuesto, no resulta procedente acceder a lo solicitado."

Además, nos indica que tratándose de trabajadores independientes, no basta con que ellos se encuentren pagando las cotizaciones previsionales correspondientes en el Sistema Previsional para tener derecho a cobro del subsidio por incapacidad laboral, sino que además de cumplir con los requisitos ya estudiados, es necesario que el trabajador independiente que presenta la licencia médica y que pretende obtener el pago del correspondiente subsidio, este realizando alguna actividad que le genere ingresos al momento de sufrir la incapacidad temporal que da lugar a la licencia médica por la cual se reclama el subsidio. Así lo expresa: “Sobre el particular, esta Superintendencia manifiesta en primer termino que para que se configure el derecho a subsidio por incapacidad laboral no basta con pagar cotizaciones en calidad de trabajador independiente, sino que debe acreditarse, además, la realización de una actividad que le genere ingresos. Ello debido a que el Subsidio por Incapacidad Laboral esta destinado a remplazar la renta que deja de percibir el trabajador independiente mientras esta enfermo con licencia y por tanto, sin poder trabajar en sus actividades normales”.¹⁴¹

2.- Prescripción del Derecho a Cobro del Subsidio

De acuerdo a la normativa vigente, ya estudiada en esta investigación, el plazo para el cobro del Subsidio por Incapacidad Laboral prescribe en seis meses desde el término de la Licencia Médica correspondiente. En relación a ello la Superintendencia de Seguridad Social ha señalado, que el trabajador debe solicitar y cobrar materialmente el subsidio dentro de los mencionados seis meses.¹⁴² Además agrega que con la sola presentación de la Licencia Médica, se entiende que el trabajador impetro el subsidio correspondiente.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Seguridad Social se pronuncia en el ORD 18078, de fecha 23 de marzo de 2007, Materia Subsidio por Incapacidad laboral, requisitos, rechazo legal.

¹⁴¹ ORD 45346-DJ-SVZ, de fecha 18 de julio de 2007, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social: “En la especie, de acuerdo a los antecedentes acompañados y especialmente lo informado por la Subcomisión Santiago Centro, no se logró establecer que durante el período a que se refieren las licencias médicas reclamadas usted haya desempeñado efectivamente una actividad independiente que genere ingresos, requisito indispensable para que nazca el derecho a subsidio por incapacidad laboral”.

¹⁴² ORD 34680, de fecha 27 de septiembre de 2000, Base de Datos de Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social

En concordancia con la normativa vigente, la Superintendencia de Seguridad Social ha resuelto en conformidad con lo anteriormente señalado, en la mayoría de los casos limitándose tan solo a citar la normativa aplicable¹⁴³.

4.2. EXCMA. CORTE SUPREMA

4.2.1 Apreciaciones Generales.

Nuestros Tribunales de Justicia reciben diariamente un sinnúmero de presentaciones realizadas por los trabajadores en búsqueda de la protección de sus derechos cuando sienten que estos han sido vulnerados, es así como, dentro de esas presentaciones, se encuentra un gran número de demandas que pretenden la declaración de un despido injustificado a fin de ser reincorporado a sus labores, en algunos casos, y en otros a recibir las indemnizaciones correspondientes por parte de su empleador. Gran parte de estas alegaciones se refieren a trabajadores que han sido despedidos argumentando la causal del artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo, gozando de licencia médica, de acuerdo a sus argumentaciones. Los Tribunales Laborales han resuelto de manera disímil en unos y otros casos, dando lugar a que estas discusiones sean elevadas a los tribunales de segunda instancia, y en algunos casos, a la Excelentísima Corte Suprema, por medio de casaciones en el fondo, es este tribunal que tiene la última palabra, es por ello que describiré algunas de sus resoluciones.

¹⁴³ ORD 37294, de fecha 6 de julio de 2007, materia Prescripción derecho a cobro de SIL y pago de Cotizaciones: “El artículo 155 del D.F.L N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, establece que el derecho a impetrar el subsidio por incapacidad laboral prescribe en el lapso de seis meses contados desde el término de la respectiva licencia médica. El plazo esta referido tanto a la solicitud del beneficio como a su cobro efectivo.

En el evento de haber licencias médicas continuadas, el plazo se cuenta desde que termina la última. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción que extingue las acciones para el cobro de cotizaciones previsionales, multas, reajustes e intereses, será de cinco años y se contará desde el termino de los respectivos servicios, plazo de prescripción que es aplicable a las cotizaciones que deben efectuar los organismos correspondientes durante los periodos de incapacidad laboral (...)”

4.2.2. Jurisprudencia

a) Efectos de la Licencia Médica en la relación laboral

La Corte Suprema, siguiendo el planteamiento de los autores William Thayer y Patricio Novoa, señala que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo y que impone obligaciones a ambas partes, por un lado realizar la labor por la cual fue contratado y por el otro, pagar la remuneración convenida. Durante la vigencia del Contrato de Trabajo, pueden producirse una serie de situaciones que no son responsabilidad de ninguna de las partes, pero que las eximen de cumplir las obligaciones mencionadas, sin que se ponga fin al vínculo laboral. Una de dichas circunstancias es el caso de enfermedad del trabajador que de lugar a una Licencia Médica, a juicio de la Corte Suprema, una licencia médica validamente emitida, produciría la “suspensión de la relación laboral”, y define esta situación como “la cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o pagar la remuneración, en su caso, o de ambas a la vez impuestas por el contrato de trabajo, subsistiendo el vínculo laboral”¹⁴⁴.

En el caso de la Licencia Médica, la mencionada suspensión de la relación laboral sería de naturaleza legal, parcial, absoluta, individual, irregular e imprevisible y, de acuerdo a ello, pesa sobre el empleador la obligación de mantener el contrato y el empleo del trabajador enfermo¹⁴⁵.

b) Existencia de Licencia Médica justifica la ausencia del trabajador a prestar funciones¹⁴⁶.

La existencia de una Licencia Médica legalmente extendida, hace entender que la ausencia del trabajador durante el plazo de reposo consignado en la misma, se debe, precisamente, a que el trabajador esta haciendo uso de dicho reposo, aun

¹⁴⁴ Considerando Sexto, Causa Rol 4.110-5. Fallo de 17 de abril de 2007. Excma. Corte Suprema.

¹⁴⁵ Causa Rol 3.058-07. Fallo de 18 de diciembre de 2007. Excma. Corte Suprema.

¹⁴⁶ Causa Rol N° 4220-04. Fallo de 16 de Marzo de 2006. Excma. Corte Suprema. En el mismo sentido Causa Rol N° 2.374-03. Fallo de 27 de abril de 2004; Causa Rol N° 4.336-03. Fallo de fecha 07 de diciembre de 2004.

cuando esta Licencia Médica haya sido presentada al empleador con posterioridad a la fecha del despido, siempre que los días consignados en ella se refieran a los días por los cuales el empleador esta despidiendo al trabajador. Todo ello tratándose de la causal del Artículo 160 N° 3, esto es, ausencias injustificadas, pero tratándose de otras causales como es el caso de Necesidades de la Empresa, la Corte ha resuelto lo contrario y ha señalado que no es posible pretender extender la duración del contrato de trabajo, presentando una licencia médica con posterioridad a la comunicación del despido por parte del empleador "(...) habiendo sido despedido el actor a contar del día 17 de noviembre de 2001, la licencia médica que hizo llegar a su empleador el 19 del mismo mes y año, no produce el efecto pretendido por el actor en orden a prorrogar la vigencia del contrato de trabajo hasta el 7 de diciembre de igual anualidad, por cuanto, la desvinculación había sido ya disidida por la demandada y enviado el aviso respectivo"¹⁴⁷.

El hecho de que esta Licencia Médica haya sido emitida y presentada al empleador con posterioridad al despido y en forma retroactiva no la priva de su valor como justificativo de ausencia, "No obsta a la conclusión anterior la circunstancia que la licencia médica haya sido extendida con posterioridad a la ausencia del actor, puesto que se trata, como ha quedado dicho, de un medio idóneo para ello, por emanar de un facultativo precisamente calificado para emitirla (...)"¹⁴⁸

La posterior o tardía presentación de la licencia médica no priva de justificativo de ausencia al trabajador y no da lugar a la causal de terminación del contrato de trabajo del artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo, siempre y cuando, esta prescriba un reposo en el cual se comprendan los días de ausencia y la dolencia o enfermedad efectivamente existan¹⁴⁹. La ausencia es debidamente justificada con la licencia médica

¹⁴⁷ Causa Rol N° 4.775-05. Fallo de 26 de diciembre de 2006, en el mismo sentido Causa Rol N° 5446-2008. Excma. Corte Suprema.

¹⁴⁸ Considerando Noveno, Causa Rol N° 850-2005. Fallo de 14 de septiembre de 2006. Excma. Corte Suprema. En el mismo sentido, Causa Rol N° 1.440-03. Fallo de 29 de enero de 2004; Causa Rol N° 819-2004; Fallo de fecha 10 de junio de 2004. Excma. Corte Suprema.

¹⁴⁹ Si bien en sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de agosto de 2005 se resolvió lo contrario, ya que declaró justificado el despido de un trabajador que presentó una licencia médica fechada con posterioridad a los días de ausencia, dando reposo precisamente por esos días, la Corte resolvió, con un voto disidente,

otorgada y formalmente válida, haya esta sido o no tramitada, por ellos los despidos son injustificados.

c) Rechazo de Licencia Médica, por las entidades correspondientes, no justifica aplicación de causal de despido del artículo 160 N° 3, del Código del Trabajo.

De acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Suprema, como se vio en el acápite anterior, la existencia de una Licencia Médica emitida por el profesional correspondiente, autoriza al trabajador a ausentarse de sus funciones, o a reducir su jornada, de acuerdo al reposo que se señale en la misma. El hecho de que con posterioridad la Licencia Médica sea rechazada por el organismo correspondiente, sea cual fuere el fundamento de ese rechazo, no la priva de su valor de justificativo de ausencia, por lo que no da lugar a la causal de despido por ausencias injustificadas, mencionada en el artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo, señala la Corte Suprema “(...) la circunstancia que la Institución de Salud Previsional llamada a visar la licencia, haya rechazado el periodo de reposo fijado en ella por el profesional, por falta de antecedentes que justificaran ese reposo laboral, no puede alterar el hecho de que el trabajador se ausento de sus funciones haciendo uso del beneficio (...)”¹⁵⁰

De acuerdo a los planteamientos de la Corte Suprema, el trabajador se ausenta en el ejercicio de un derecho, contemplado además dentro de las prestaciones de salud garantizadas por el Derecho a la Protección de la Salud consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, al margen de que la Licencia Médica de origen o no al pago del correspondiente subsidio¹⁵¹.

que la licencia médica se otorgo con el solo objeto de justificar las ausencias del trabajador, toda vez que se le otorgo en una fecha posterior a sus ausencia, es decir, en una fecha en que se encontraba sano, por lo que es de suponer la irregularidad en la obtención de la misma. El voto disidente señala “(...) que se han cometido los errores de hecho en el denunciados, en la medida que las ausencias del trabajador se encuentran plenamente justificadas con una licencia medica extendida con todas las formalidades legales, no objetada y además visada por la autoridad competente al efecto”.

¹⁵⁰ Considerando Décimo, Causa Rol N° 5.212-04. Fallo de 30 de Mayo de 2006. Excma. Corte Suprema. En el mismo sentido Causa Rol N° 3.349-05. Fallo de 26 de septiembre de 2005. Excma. Corte Suprema.

¹⁵¹ Causa Rol N° 5.195-95. Fallo Excma. Corte Suprema 15 de Marzo de 1995; En el mismo sentido: Causa Rol 5.212-04. Fallo Excma. Corte Suprema. 30 de Mayo de 2006; Causa Rol N° 3.383-03. Fallo de 27 de julio de 2004.

d) Aplicación de Causales de desahucio y necesidades de la empresa a trabajadores que hacen uso de una Licencia Médica

Respecto a la interpretación de lo preceptuado por el artículo 161 inciso final del Código del Trabajo, que establece “las causales señaladas en los incisos anteriores- necesidades de la empresa y desahucio- no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia”. La Corte Suprema en reiteradas oportunidades ha señalado que la interpretación correcta de esa disposición es que el trabajador que goza de una licencia médica no puede ser despedido por una de las mencionadas causales¹⁵², y aun si después del aviso de despido el trabajador hace uso de una Licencia Médica, el plazo de aviso de 30 días se suspende por el período que dure la mencionada licencia.

Asimismo, la Corte Suprema ha señalado que la norma citada no determina la nulidad del despido decidido por el empleador, sino que la sanción se encuentra en la norma del artículo 168 inciso primero del Código del Trabajo, que prescribe que el trabajador cuyo contrato de trabajo termine por aplicación de una o más de las causales de los artículos 159, 160 y 161 y que considere que tal aplicación es injustificada, indebida o improcedente o que no se ha invocado causal alguna, podrá recurrir al juzgado competente dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde la fecha del debido. El juez que podrá declarar tal situación y ordenar el pago de las indemnizaciones que correspondan, con los incrementos que proceden. El término improcedente sería aplicable al caso de la causal de necesidades de la empresa o la falta de adecuación técnica.

De acuerdo a la interpretación de la Corte Suprema, el despido de un trabajador con Licencia Médica no se encuentra vedado, este solo podrá impetrar el pago de las indemnizaciones correspondientes, pero el aviso de despido por estas causales que se

¹⁵² Causa Rol N° 5.414-04. Fallo de fecha 16 de diciembre de 2004. Excma. Corte Suprema.

otorgó durante la vigencia de la Licencia Médica es ineficaz, este debe ser realizado solo una vez que termine la licencia médica¹⁵³.

¹⁵³ Causa Rol N° 4.110-05. Fallo de fecha 17 de abril de 2007. Excma. Corte Suprema

CAPITULO V

Conclusiones

Del estudio de la regulación y el uso de las Licencias Médicas y los Subsidios por Incapacidad realizado, es imposible negar aquella aseveración efectuada en los primeros capítulos de este estudio en relación al diseño del sistema de licencias médicas en Chile, esto es, un sistema exageradamente generoso y permisivo, siendo uno de los pocos en el mundo con una cobertura del 100 % de las remuneraciones de los trabajadores, situación que, innegablemente conlleva al incentivo en el uso y abuso de las Licencias Médicas. De esta manera y según lo que ha ocurrido en otras legislaciones, sin duda, una menor cobertura del sistema en relación a las remuneraciones de los trabajadores conllevaría a un menor número de licencias médicas, claro es, sin duda, que la implementación de dicha disminución de cobertura, en caso de considerarse como una solución válida, ha de ser estudiada de manera profunda y seria, a fin de que no se transforme en un castigo para los trabajadores honrados que hacen un uso correcto del derecho .

De la misma manera, como se vio en el desarrollo de este estudio, la evolución del gasto en licencias médicas ha sido una constante preocupación tanto para el Sistema Público de Salud como para el Sistema Privado, ya que el mayor uso y principalmente el abuso del sistema conlleva a un mayor costo económico para el Estado y en definitiva para toda la sociedad, debiendo redistribuirse los recursos presupuestados, disminuyendo la cobertura en otras áreas tanto o más significativas para la sociedad, e impidiendo al Estado destinar dichos recursos a otros proyectos de gran relevancia social, tales como hospitales, consultorios, salas cunas, viviendas, etc.

Situación similar a la anteriormente mencionada se presenta en las Isapres, las que incluso justifican el alza en los precios de los planes de salud en el aumento del gasto por concepto de licencias médicas, perjudicándose a aquellos trabajadores que hacen un uso correcto del derecho, y de continuar el aumento del gasto en licencias médicas, obviamente continuarán las alzas en los precios de los planes de salud.

Esta evolución al alza, de la que se da cuenta en este estudio, en el uso del sistema de licencias médicas, tanto de medicina curativa como el subsidio maternal, demuestra lo fundamental que resulta generar un debate serio en relación a la materia, asimismo se manifiesta la necesidad de realizar modificaciones profundas al diseño del sistema, modificaciones que han de ser dirigidas principalmente a disminuir el fraude, castigando el abuso, estableciendo leyes que sancionen el fraude con fuertes multas y además, establecer sanciones de carácter profesional para los facultativos que intervengan en el abuso del derecho, aumentando las facultades de control de los entes fiscalizadores. Sin duda que el establecimiento de sanciones fuertes para los profesionales de la salud que participen en la emisión de licencias medicas falsas significará una disminución clara en dicha práctica, toda vez que los facultativos analizarán más profundamente la relación entre beneficios y costos que para ellos conlleva la emisión de este tipo de licencias medicas. Asimismo, a mi juicio, dotar de incentivos a FONASA y las IISAPRES para aumentar la fiscalización sobre las licencias médicas por enfermedad grave del hijo menor de un año, sin duda significará un control mayor sobre este tipo de licencias médicas. En este punto, hay que estudiar profundamente la influencia que podría tener la menor emisión y aprobación de este tipo de licencias médicas en relación a la inserción laboral de la mujer en el mundo del trabajo, y como ya lo señalé en este estudio, siempre teniendo como norte no perjudicar la salud de las madres y de sus hijos.

Además, es absolutamente necesario sensibilizar a los trabajadores respecto a los perjuicios que para ellos mismos genera el abuso, educándolos en el funcionamiento del sistema y su financiamiento, de manera de que perciban que son ellos mismos los perjudicados, generando de esta manera un castigo social para el abuso y fraude en el uso de las licencias médicas, situación que en la actualidad no se genera, principalmente por el desconocimiento que la población en general tiene respecto al funcionamiento del sistema.

En relación con lo anterior, el estudio del Sistema de Licencias Médicas y su regulación me ha permitido notar que el uso y abuso del sistema ha sido una

preocupación constante de los gobiernos de los últimos años, asimismo como de los parlamentarios, y es de esta manera como descubrí las distintas iniciativas que a lo largo de los años han pretendido regular y controlar el uso y abuso del sistema de licencias médicas. Es así como nos encontramos con la creación de un formulario único y obligatorio para las licencias médicas, situación que claramente significó un avance en el control de la emisión de licencias médicas falsas, pero la creación de este documento no fue suficiente para disminuir considerablemente el fraude, es por ello que el Estado continuando con su intención de lograr un uso correcto del sistema y una distribución eficaz y eficiente de los recursos destinados al mismo, es que ha implementado un sistema de Licencias Médicas Electrónicas, sistema que permite un control más eficaz del número de licencias médicas emitidas y de los intervinientes del sistema. Sin duda de que se trata de una iniciativa que, por todos los ángulos, busca minimizar los abusos y además favorece el ahorro de recursos en el sistema y genera, además, una serie de mejoras y de beneficios para todos los intervinientes. Las consecuencias reales y prácticas que tendrá la aplicación de la Licencia Médica Electrónica en el control del fraude se verán a mediano y largo plazo, aun es muy pronto, para pronunciarse acerca de su real colaboración en la disminución del abuso y en los costos.

BIBLIOGRAFÍA

A. Libros, Revistas y Estudios.

- ALMANSA PASTOR, José M. Derecho de la Seguridad Social. Madrid. Editorial Tecnos.1991.
- ALTURA, Managment. Licencias Médicas en Chile. Evolución y Propuestas para controlar el fraude Chile. Altura Managment. Octubre 2006.
- BOWEN HERRERA, Alfredo. Introducción a la Seguridad Social. Santiago de Chile. Tercera Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile.1992.
- CORPORACION de Investigación, Estudios y Desarrollo de la Seguridad Social. Modernización de la Seguridad Social en Chile. 1994.
- ETCHEVERRY, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Tomo IV. Segunda Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica. 1987.
- FERNANDEZ, Marcos. Derecho del Trabajo, Unidad Didáctica III UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 1994.
- GIACONI, J y Valdivia. El Sistema de Salud Chileno. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 1994.
- JIMENEZ, J. Sistema de Salud en Transición a la Democracia. Ministerio de Salud Chile. 1991.
- MATURANA SCHULZE, Adriana. Las Licencias Médicas: Subsidios por Incapacidad Laboral. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Conosur. 1995.
- MENGOD XIMENO, Rosa María. Guía sobre Licencias Medicas y Subsidios por Incapacidad. Guía para el usuario. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 2002.
- MONTOYA AGUILAR, Carlos. Subsidio a la Maternidad en Chile: Un caso de Objetivos Múltiples. Cuadernos Médico Sociales. Colegio Médico de Chile. Publicación Indexada en la Base de datos LILAC, Vol. 44, N° 2. Junio 2004.
- NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Derecho de Seguridad Social. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1977.

- RETAMAL VILLEGAS, Jorge y otros. Manual de Licencias Médicas y Subsidios. Santiago de Chile. Ediciones Obra Viva. 1998
- SCIARAFFIA, Vito. Modelo Conceptual de Licencias Médicas: ¿Una Normativa Generosa? ¿Mito o Realidad? Instituto de Administración de Salud. Facultad de Economía y Negocios. Universidad de Chile. 2007.
- TOKMAN, Marcelo, RODRIGUEZ, Jorge, LARRAIN, Fernando. Subsidios por Incapacidad Laboral. Incentivos Institucionales, Crecimiento del Gasto y una propuesta de racionalización. Centro de Estudios Públicos (CEP). Chile. 2002.
- UNIDAD de Control y Gestión de la Superintendencia de Seguridad Social. Evolución de las Licencias Médicas Curativas (Tipo 1) emitidas, años 2005-2007.. Superintendencia de Seguridad Social. Chile. Mayo 2008.
- UNIDAD de Control y Gestión de la Superintendencia de Seguridad Social. Aumento del Gasto en Subsidios por Incapacidad Laboral Pagados por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, años 1998-2007. Superintendencia de Seguridad Social. Chile. Mayo 2008.

B. Documentos Electrónicos.

- CASTRO, Rodrigo. Crecimiento del Gasto en Subsidios por Licencias Médicas. Libertad y Desarrollo. Chile. [en línea]. <<http://www.lyd.cl>>
- CASTRO, Rodrigo. ¿Como Lograr Equidad en el Otorgamiento de las Licencias por enfermedad del Hijo Menor de un año? Décimo Foro de Opinión. ACES. Iniciativa Chilena de Equidad en Salud. Chile. [en línea]. <http://www.equidadchile.cl/foro_opinion/decimo_foro_rodrigo_castro.pdf>
- COLEGIO Médico de Chile. Licencia Falsa: Régimen Legal Aplicable a Licencias Médicas. 2003. [en línea]. <<http://www.colegiomedico.cl>>
- ESCOBAR, Francisca. Estrenan Licencias Médicas Electrónicas. [en línea]. El Mercurio En Internet. 7 de Mayo de 2008.<<http://www.emol.cl>>
- LICENCIAS Maternales: ¿A que llamamos abuso?. Argumentos para el cambio. Octubre 2003. Centro de Estudios para la Mujer. Chile. [en línea]. <<http://cem.cl/argumentos/ediciones/argu62.htm>>

- MÁS de Siete Mil Licencias Electrónicas se han tramitado en nueve meses. [en línea]. La Segunda en Internet. 6 de mayo de 2008. <<http://www.lasegunda.cl>>
- MÉDICOS para Chile. Abusos de Licencias Médicas. Chile. [en línea]. <<http://www.mpch.cl/index.php?option=com>>
- RODRIGUEZ, Jorge, TOKMAN, Marcelo. Licencias Médicas. ¿Chilenos Enfermizos? [en línea]. Expansiva. 2003. <<http://www.expansiva.cl/media/enfoco/docs>>

C. Leyes, Proyectos de Ley, Decretos.

- Ley N° 4.054. Sobre Seguro Obligatorio de enfermedad, invalidez y accidentes del trabajo. Ministerio del Interior. 26 de septiembre de 1924.
- Ley N° 6.174. Chile. Establece el Servicio de Medicina Preventiva. Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social. 09 de febrero de 1938
- Ley N° 10.383. Chile. Sobre Seguro Social y Servicio Nacional de Salud. Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social. 08 de agosto de 1952.
- Ley N° 11.462. Chile. Modifica disposiciones del Código del Trabajo relacionadas con la Protección de la Maternidad. Ministerio del Trabajo. 29 de diciembre de 1953.
- Ley N° 12.084. Chile. Fija el Texto de la Ley sobre impuesto a las compraventas, permutas, introduce modificaciones a las leyes que señala. Ministerio de Hacienda. 1956.
- Ley N° 13.305. Chile. Reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. Ministerio de Hacienda. 6 de abril de 1959.
- Ley N° 16.434. Introduce las modificaciones que señala al artículo 309 del Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Chile. 26 de febrero de 1966.

- Ley N° 16.744. Chile. Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 01 de febrero de 1968.
- Ley N° 16.781. Chile. Otorga Asistencia Médica y dental a los imponentes activos y jubilados de los organismos que señala. Ministerio de Salud Pública. 02 de mayo de 1968.
- Ley N° 17.160. Chile. Sobre ampliación del subsidio de enfermedad a los imponentes de los Servicios de Seguro Social y Caja de Previsión de Empleados Particulares. Ministerio de Salud Pública. 02 de Julio de 1969.
- Ley N° 18.418. Chile. Traspasa al Fondo Único de Prestaciones Familiares y subsidios de cesantía el financiamiento de los subsidios de reposo maternal. 25 de julio de 1985.
- Ley N° 18.469. Chile. Regula el Ejercicio del Derecho Constitucional de Protección a la Salud y crea el Régimen de Prestaciones de Salud. Ministerio de Salud. 23 de noviembre de 1985.
- Ley N° 18.768. Chile. Sobre Normas Complementarias de Administración Financiera, de Incidencia Presupuestaria y de Personal. Ministerio de Hacienda. 29 de diciembre de 1988.
- Ley N° 19.299. Chile. Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y a la Ley N° 18.867, en lo relativo a normas sobre subsidios maternos. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 12 de marzo de 1994.
- Ley N° 19.799. Chile. Sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 14 de abril 2002.
- Ley N° 20.255. Chile. Establece Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 17 de marzo de 2008.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 44. Chile. Fija Normas Comunes para Subsidios por Incapacidad Laboral de los trabajadores dependientes del sector privado. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 01 de junio de 1978.

- Decreto con Fuerza de Ley N° 1. Chile. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 07 de enero de 1994
- Decreto con Fuerza de Ley N° 150. Chile. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidio de Cesantía para los trabajadores de los sectores privado y público, contenidas en los Decretos Leyes N° 307 y 603, ambos de 1974. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 25 de marzo de 1982.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 178. Chile. Primer Código del Trabajo. 13 de mayo de 1931.
- Decreto Ley N° 442. Chile. Sobre Protección a la Maternidad Obrera. Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social. 20 de marzo de 1925.
- Decreto Ley N° 698. Chile. Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social. 12 de noviembre de 1925.
- Decreto Ley N° 3.621. Chile. Fija normas sobre Colegios Profesionales. Ministerio de Justicia. 07 de febrero de 1981.
- Decreto Supremo N° 3. Chile. Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las COMPIN e Instituciones de Salud Previsional. Ministerio de Salud. 28 de mayo de 1984.
- Decreto Supremo N° 168. Chile. Sobre Licencia Médica Electrónica. Ministerio de Salud. 26 de julio de 2006.
- Decreto Supremo N° 402. Chile. Reglamento del Subsidio de Enfermedad y Maternal y Auxilio a la Lactancia. Ministerio de Salud Pública y Previsión Social. 1954.
- Resolución Exenta N° 608. Chile. Establece normas para el Otorgamiento y Tramitación de la Licencia Médica Electrónica. Ministerio de Salud. Octubre de 2006.
- Resolución Exenta N° 790. Chile. Aprueba Formulario Único de Licencia Médica. Ministerio de Salud. 27 de septiembre de 2002.
- Circulares Conjuntas N° 68 y N° 2020. Chile. Imparten Instrucciones acerca del Uso del Nuevo Formulario de Licencia Médica. Superintendencia de Isapres y Superintendencia de Seguridad Social. 27 de septiembre de 2002.

- Circulares Conjuntas N° 2.338 y 32. Superintendencia de Seguridad Social y Superintendencia de Salud. 01 de enero de 2006.
- Boletín N° 3.398-11. Proyecto de Ley que Racionaliza el uso de las Licencias Médicas y los Subsidios por Incapacidad Laboral y Enfermedad Grave del Hijo Menor de un año.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1976.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). 1979/1981
- Convención N° 183. Sobre Protección a la Maternidad. Organización Internacional de Trabajo. 2000.

D. Jurisprudencia Administrativa y Judicial.

- ORD. N° 00222. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 02 de enero de 2007.
- ORD. N° 1.845. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 16 de febrero de 1995.
- ORD. N° 6.785. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 11 de marzo de 2003.
- ORD. N° 13.448-DJ-SVZ. Chile. COMPIN-Servicio Salud de Iquique. Superintendencia de Seguridad Social. 07 de abril de 2004.
- ORD. N° 19.756. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 24 de abril de 2006.
- ORD N° 21.713-DJ-NMM. Chile. Presidente Comisión Regional de Medicina Preventiva e Invalidez Atacama. Superintendencia de Seguridad Social. 09 de mayo de 2006.
- ORD. N° 21.822-DJ-FBB. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 05 de abril de 2007.
- ORD. N° 24.614. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 23 de mayo de 2006.
- ORD. N° 31.059-DJ-CNM. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 11 de mayo de 2007.

- ORD. N° 34.680. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 27 de septiembre de 2000.
- ORD. N° 34.690. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 27 de septiembre de 2000.
- ORD. N° 37.294. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 06 de julio de 2007.
- ORD. N° 45.335-DJ-SVZ. Chile. Subcomisión de Medicina Preventiva e Invalidez Metropolitana Oriente. Superintendencia de Seguridad Social. 18 de julio de 2007.
- ORD. N° 45.346-DJ-SVZ. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 18 de julio de 2007.
- ORD. N° 45.397-DJ-JLMA. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 18 de julio de 2007.
- ORD. N° 46.001-DJ-CNC. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 19 de julio de 2007.
- ORD N° 46.525-DJ-CNC. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 23 de julio de 2007.
- ORD. N° 48.716-DJ-BVSA. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 20 de septiembre de 2006.
- ORD. N° 50.246-DJ/DM-CGCU. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 03 de agosto de 2007.
- ORD. N° 55.237-DJ-NMN. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 24 de agosto de 2007.
- ORD. N° 66.553-DJ-JLMA. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 12 de octubre de 2007.
- ORD. N° 82.067-DJ-NTM. Chile. Superintendencia de Seguridad Social. 12 de diciembre de 2007.
- Causa Rol N° 819-04. Fallo de 10 de junio de 2004. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 890-05. Fallo de 14 de septiembre de 2006. Chile. Excma. Corte Suprema.

- Causa Rol N° 1.440-03. Fallo de 29 de enero de 2004. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 2.374-03. Fallo de 27 de abril de 2004. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 3.058-07. Fallo de 18 de diciembre de 2007. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 3.349-05. Fallo de 26 de septiembre de 2005. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 3.383-03. Fallo de 27 de julio de 2004. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 4.110-05. Fallo de 17 de abril de 2007. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 4220-04. Fallo de 16 de marzo de 2006. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 4.336-03. Fallo de 07 de diciembre de 2004. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 4.775-05. Fallo de 26 de diciembre de 2006. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 5.195-95. Fallo de 19 de marzo de 1995. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 5.212-04. Fallo de 30 de mayo de 2006. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 5.414-04. Fallo de 16 de diciembre de 2004. Chile. Excma. Corte Suprema.
- Causa Rol N° 5.446-08. Fallo de ; Chile. Corte Suprema.

E. Sitios www (world wide web)

- Biblioteca del Congreso Nacional. Chile. [en línea]. <<http://www.bcn.cl>>.
- Colegio Médico de Chile. Chile. [en línea]. <<http://www.colegiomedico.cl>>.
- Dirección de Trabajo. Chile. [en línea]. <<http://www.dt.gov.cl>>.
- Fondo Nacional de Salud. Chile. [en línea]. <<http://www.fonasa.cl>>.

- Ministerio de Salud. Chile. [en línea]. <<http://www.minsal.cl>>.
- Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Chile. [en línea]. <<http://www.mintrab.gob.cl>>.
- Secretaria de Estado de la Seguridad Social de España. España. [en línea]. <<http://www.seg-social.es>>.
- Superintendencia de Salud. Chile. [en línea]. <<http://www.supersalud.cl>>.
- Superintendencia de Seguridad Social. [en línea]. <<http://www.suseso.cl>>.
- Poder Judicial. Chile. [en línea]. <<http://www.poderjudicial.cl>>.