

La infracción administrativa de otorgar licencias con evidente ausencia de fundamento médico y el proyecto de ley que facilita su sanción

PABLO SOTO-DELGADO^{1,a}

The administrative violation of granting sick leave with an evident absence of medical grounds and the bill that facilitates its sanction

This article deals with the regulatory violation of issuing sick leave with an evident absence of medical grounds. Two problematic aspects present in the sanctioning practice of the Social Security Regulatory Agency are analyzed: the discrepancy between the wording of the regulation and its application, and the multiplicity of duties that can configure the behavior defined by the law, although they do not constitute fraud against the sick leave system. The context of this study is the bill that seeks to lower the standard for the regulator to impose administrative penalties on offenders who issue unjustified sick leave and aggravate those penalties.

(Rev Med Chile 2023; 151: 505-509)

Key words: Diagnosis; Government Regulation; Liability; Legislation & jurisprudence; Sick Leave.

La regulación vigente y sus propósitos

La licencia médica es un derecho del trabajador a ausentarse o disminuir su jornada de trabajo por una cierta cantidad de tiempo según la indicación profesional de un médico, dentista o matrona; es reconocida por el empleador y autorizada por la Comisión de Medicina Preventiva (COMPIN). Se trata de un acto médico-administrativo donde el profesional otorgante tiene un rol de certificación de la dolencia (diagnóstico y pronóstico) y del reposo necesario para la recuperación del paciente, el cual podrá ser parcial o total, debiendo fijarse un período necesario al efecto¹.

La preocupación por el engaño en la emisión de licencias médicas originó la dictación de la ley 20.585, que tuvo como fundamento la existencia de “prácticas [...] que consisten en defraudar al sistema, ya sea beneficiando a personas que no

están enfermas, como a personas que ni siquiera son trabajadores”². Para ello, en ese cuerpo legal se estableció un esquema penal, por una parte (artículos 11 y 12), y sanciones administrativas regulatorias, por otra. Estas últimas se caracterizan por generar un costo —un precio o tarifa— ante la decisión de cumplir o no por parte de quien está obligado a una conducta^{3,4}, lo cual obedece a que, a diferencia de las penas criminales, la total eliminación de la actividad regulada (la actividad médica) no puede ser un propósito a perseguir por la regulación, por cuanto ella genera resultados públicos beneficiosos⁵.

El órgano que puede aplicar las distintas medidas a los profesionales es la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO o la superintendencia). Estas sanciones administrativas consisten en: (i) multas de hasta 7,5 unidades tributarias mensuales (UTM), (ii) suspensión del otorgamiento de licencias hasta por treinta días y multa de hasta

¹Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Instituto de Ciencias Jurídicas. Puerto Montt, Chile.
^aDoctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo.

Recibido el 11 de agosto de 2022, aceptado el 24 de junio de 2023.

Correspondencia a:
Pablo Soto Delgado.
pablo.soto@uach.cl

15 UTM en caso de una primera reincidencia, (iii) suspensión del otorgamiento de licencias hasta por noventa días y multa hasta 30 UTM en caso de una segunda reincidencia, y (iv) suspensión del otorgamiento de licencias hasta por un año y multa hasta 60 UTM en caso de una segunda reincidencia⁶. Los regulados sujetos a la investigación de la SUSESO deben entregar un informe a esa entidad sobre los hechos que se indagan, pueden solicitar una audiencia para sus descargos, reponer la sanción administrativa ante la superintendencia y luego reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva⁷.

Al estudiar la jurisprudencia de los tribunales, el texto de la ley 20.585 y su historia legislativa, es posible constatar algunos problemas en la determinación de la responsabilidad de los infractores por parte de la SUSESO, que provienen del desfase entre la regulación legal y su práctica (defecto de legalidad) y de la multiplicidad de deberes incumplidos que puede imputarse al tipo infraccional del artículo 5° de la ley 20.585, sin que puedan subsumirse necesariamente en los fines que persigue la norma (problema de tipicidad). El presente texto tiene por objeto analizar estas cuestiones, que resultan oportunas en el contexto de discusión del proyecto de ley que, además de agravar las sanciones a los infractores, elimina el estándar de “evidente” ausencia de fundamento médico para imponerlas⁸.

La discordancia entre la evidente ausencia de fundamento médico y su aplicación

Como consta en la historia de la ley 20.585, el propósito de su artículo 5° es aplicar sanciones administrativas cuando se han emitido licencias sin fundamento médico². Por ello, la disposición indica en su primer inciso que “[en caso de que el profesional habilitado para otorgar licencias médicas las emita con evidente ausencia de fundamento médico, la Superintendencia de Seguridad Social [...] podrá, si existe mérito para ello, iniciar una investigación]”. Según se aprecia, la literalidad de esta regla habilita discrecionalmente a la SUSESO para *instruir una investigación* si hay “evidente ausencia de fundamento médico”. Por su parte, el inciso tercero del mismo artículo establece, respecto a la prueba, que, si “se acreditan los hechos denunciados, la Superintendencia aplicará” las sanciones. Estos hechos son aquellos que

habilitaron a la SUSESO para investigar, es decir, se trata de que haya existido *evidente* ausencia de fundamento médico, debiendo, por lo tanto, ser una hipótesis respecto a la cual *no existe la menor duda*, esto es, es *cierta o clara*⁹, lo que es necesariamente distinto de la *mera* ausencia de fundamento médico, que sí aparece definida en el inciso 3° del artículo 5° de la ley 20.585 como la “ausencia de una patología que produzca incapacidad laboral temporal por el período y la extensión del reposo prescrito”.

Esta distinción tiene una explicación en la historia de la norma. Fue en la Cámara de Diputados donde se incorporó el estándar de “evidente ausencia” de fundamento médico. Una de las diputadas autoras de esa indicación explicaba que ella consiste en que “claramente no hay nada que justifique el reposo otorgado por esa licencia médica”². En efecto, “no se trata de un médico que atendió rápido a un paciente porque estaba repleto el Sapu o el consultorio y se equivocó, o tuvo algún problema. No, estamos hablando de un médico que a sabiendas de que ese paciente no está enfermo, que no padece de ninguna patología o definitivamente le está pidiendo una licencia porque quiere irse a la playa, la otorga”². El sistema sancionatorio, entonces, no se encuentra diseñado legislativamente para promover el cumplimiento del procedimiento formal de la emisión de licencias, sino para controlar que estas no se emitan cuando nada las justifica, es decir, cuando haya un fraude.

Sin embargo, la práctica da cuenta de que la SUSESO hace conceptualmente sinónimas la evidente ausencia de fundamento médico con su mera ausencia, lo que se expresa en los informes de la superintendencia presentados ante las Cortes de Apelaciones durante las reclamaciones de los profesionales regulados en contra de la resolución sancionatoria^{10,11,12}. De este modo la diferenciación que efectúa la ley para sancionar pierde su eficacia y con ello, se produce un desajuste entre el propósito que tuvo el legislador al dictar la regulación y la aplicación que lleva a cabo la Administración sancionadora. Esto significa, asimismo, que a pesar de que el legislador estableció un estándar de incumplimiento regulatorio, el regulador sanciona empleando otro más bajo, lo que no solo repercute en la sanción al profesional, sino también en el paciente, que puede estar diagnosticado por el médico y necesitar reposo, a pesar de lo cual,

su licencia se considera injustificada porque la SUSESO no comparte el parecer del profesional y no porque no exista la menor duda de que el diagnóstico no justifica el reposo.

Esta cuestión ha sido recientemente detectada por la jurisprudencia, que ha reprochado a la Superintendencia por sancionar a un profesional sin comprobar la inexistencia de la enfermedad antes de encuadrar la infracción en la evidente ausencia de fundamento médico. Por ello, “solo un ejercicio similar que descarte la existencia de la patología, puede ser demostrativo de que el permiso fue otorgado con evidente ausencia de fundamento, residiendo entonces lo de evidente, o sea claro o patente, el ser fácilmente comprobable, por lo que inclusive lo que pudiera constituir diagnósticos diversos pero dudosos, aun así permitirían tener por correctamente otorgada la licencia”¹³.

La tipicidad: ¿cuál es la conducta sancionada?

Vinculado con lo anterior, la norma que define la infracción genera problemas de tipicidad. Esta consiste en que la ley debe definir con cierta precisión la conducta prohibida por el legislador, cuya ocurrencia trae como consecuencia la sanción¹⁴. A diferencia del derecho penal, en materia de sanciones administrativas regulatorias el marco suficiente para ello exige que la ley identifique uno o más deberes del regulado, que representen estándares de comportamiento vinculables razonablemente a las finalidades de protección claramente identificables en la legislación sectorial, los cuales, de infringirse, serán sancionados con medidas también contempladas en la ley⁴.

Acerca de este punto, la práctica indica que las conductas sancionadas son múltiples y se definen caso a caso, lo cual es posibilitado también porque la SUSESO no ha abordado el punto en las instrucciones que ha emitido para la aplicación de la ley 20.585¹⁵. La norma que define la infracción no tiene un desarrollo administrativo que permita prever en qué consiste la evidente ausencia de fundamento médico en la emisión de licencias, lo que trae como consecuencia un factor de indeterminación que se resuelve en cada caso individualmente.

De este modo, se sanciona a los profesionales por “no existir condiciones de riesgo, ni condiciones agravantes” en los pacientes a pesar de su

diagnóstico¹⁶; “la ausencia de anamnesis y examen físico”¹⁷; no mencionar la gravedad de la enfermedad de un familiar del paciente con trastorno ansioso generalizado¹⁸; porque “no se precisa la evolución del cuadro en la segunda consulta, no siendo coherente que la paciente estuviere peor con las indicaciones que detalla”¹⁹; por emplear “en las fichas clínicas lenguaje coloquial a veces confuso y ambiguo, sin describir los exámenes realizados ni entregar motivos de la incapacidad laboral”²⁰; porque “no se describe la agorafobia [...], no se especifican los síntomas neurovegetativos [y porque] no hay examen mental que permita configurar el diagnóstico”²¹; por “antecedentes clínicos incompletos, evento traumático no detallado, faltar descripción del dolor y no consignar el grado de limitación funcional”²²; por no “registrar la evolución del cuadro, y en las copias de las fichas clínicas que adjunta no registra examen mental ni evaluación de incapacidad laboral”²³; porque los síntomas “apuntan otra entidad diagnóstica, no hay evolución satisfactoria de dichos síntomas en el tiempo. No hay examen mental ni evaluación de incapacidad laboral”²⁴; porque el profesional no detalla en un caso de artritis reumatoidea “cuales articulaciones, ni cuantifica rangos articulares para objetivar dificultad de movimiento [y porque señala el] aumento de volumen articular pero no registra examen físico segmentario”²⁵; porque el profesional “no consigna una completa anamnesis, careciendo de datos relevantes, como mejor descripción de las características del dolor, etc. y no mencionando la incapacidad existente, mediante examen segmentario de columna y examen neurológico completos”²⁶; o porque “se consignan antecedentes clínicos incompletos, no efectuando una completa anamnesis, careciendo de datos relevantes, como mejor descripción de las características del dolor, no consignando datos que [el profesional] señala como relevantes, como peso, talla, IMC, etc. y no mencionando la incapacidad existente, mediante un buen examen físico”¹³.

De acuerdo con lo expuesto, puede apreciarse que los deberes que se estiman incumplidos por parte de la SUSESO corresponden principalmente a fallas de diligencia por parte de los profesionales en el procedimiento de realización del diagnóstico médico: falta de datos, de exámenes, ausencia de especificaciones o de definiciones conceptuales. Estas cuestiones son distintas de que haya podido constatar en cada una de esas situaciones una

práctica defraudatoria del sistema de otorgamiento de las licencias médicas, algo que se pretendía evitar según queda claro al revisarse la historia de la ley 20.585 y, precisamente, el estándar de evidente ausencia de fundamentación del artículo 5° de dicha ley tiene esa función. Esto significa que de acuerdo con el mandato legal los deberes incumplidos que se imputan a los profesionales regulados deben incardinarse en aquella finalidad para satisfacer la tipicidad en materia sancionatoria administrativa, lo que no sucede con las conductas sancionadas por la SUSESO.

A este respecto, la tipificación de la infracción es un supuesto concreto que define el ámbito en que la superintendencia puede ejercer su potestad sancionatoria²⁷, lo cual está delimitado en la “evidente ausencia de fundamento médico” para evitar una práctica defraudatoria en la emisión de licencias y no en el control del procedimiento de su otorgamiento. Sancionar un deber cuando no puede reconducirse a la descripción del tipo infraccional, constituye una actuación al margen de la legalidad administrativa que puede reclamarse judicialmente en esos términos.

El proyecto de ley que elimina la infracción de evidente ausencia de fundamento médico y su capacidad de disuasión

Lo que se ha dicho en las secciones anteriores tiene relevancia para el proyecto de ley que modifica la ley 20.585 con el objeto de fortalecer las facultades de los órganos reguladores y aumentar las sanciones a los emisores de licencias. La iniciativa —que se encuentra actualmente en el Senado— reitera un argumento que ya se sostenía en el primer lustro de vigencia de dicha ley, a saber, que esta era ineficaz porque sus sanciones administrativas no lograban impedir la permanente reincidencia de algunos profesionales. En efecto, a juicio del entonces superintendente de la SUSESO “podemos aplicar el máximo de 40 UTM, pero 40 UTM más o menos son como tres licencias; con tres licencias ya pague la multa”²⁸. De ahí que el proyecto de ley pretenda “desincentivar el comportamiento de aquellos profesionales emisores que realizan prácticas, a veces sistemáticas, que consisten en defraudar al sistema, beneficiando a personas que no están enfermas”²⁹.

Entre las medidas que el mensaje presidencial

propone para cumplir con esta finalidad se halla el aumento de las multas, considerando un rango desde las 30 a las 250 U.T.M., así como una extensión hasta por dos años del período de suspensión de la facultad de emitir licencias médicas. Junto a ello, se plantea eliminar del artículo 5° de la ley 20.585 la palabra “evidente” para así facilitar la comprobación de la conducta que debe ser sancionada²⁹.

La modificación legal en trámite sincera institucionalmente que será la mera ausencia de fundamento médico el antecedente para aplicar las sanciones agravadas. El problema de ello se encuentra en que la práctica analizada previamente da cuenta de que, sobre la base de la aplicación de ese tipo infraccional, se imponen sanciones administrativas por vulnerarse el procedimiento de otorgamiento de licencias y no necesariamente por un empleo fraudulento de ellas, propósito que perseguía la ley 20.585 y que es reiterado en la nueva iniciativa legal.

La discordancia entre la finalidad legislativa y los instrumentos para conseguirla es un defecto de idoneidad regulatoria que la torna desproporcionada: la adecuación entre medios y fines es el núcleo más básico y general para conferir licitud a la acción estatal³⁰. Por lo mismo, esta falla debe corregirse en sede legislativa, en especial si el grupo de infractores al que se apunta no es el de los profesionales insuficientemente diligentes en la forma de otorgar licencias médicas, sino el de aquellos que persistentemente incumplen la regulación para defraudar el sistema.

Asimismo, es dudoso que actualmente haya una alta dificultad para que la SUSESO sancione a los profesionales cuando los deberes incumplidos que les imputa son tan diversos y no se enmarcan siquiera dentro de los propósitos perseguidos por la regulación para satisfacer el principio de tipicidad en la configuración exigida por el derecho administrativo sancionador. Si el legislador pretende sancionar a quienes incumplan los trámites para efectuar el diagnóstico médico que funda la licencia médica debe regularlo directamente de esa manera.

Para terminar, y aunque pueda considerarse una conjetura, la literatura indica que las cuestiones que aquí se han tratado pueden ser también aptas para provocar efectos perversos en la eficacia general del sistema, puesto que tratar a cumplidores negligentes como si fueran defraudadores

sistemáticos puede acarrear como consecuencia una disminución general de las precauciones que los profesionales adoptan en el otorgamiento de licencias médicas, porque es irrelevante el nivel de cuidado para ser declarado responsable del fraude⁵.

Referencias

- Decreto 3, aprueba reglamento de autorización de licencias médicas por las COMPIN e instituciones de salud previsual, Pub. 28 de mayo de 1984.
- Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.285 sobre otorgamiento y uso de licencias médicas. 2018.
- Letelier R. Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. 2020; 32: 65-83.
- Londoño F. Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 2014; 27 (2): 147-67.
- Soto P. El reproche personal en el Derecho administrativo sancionador. Culpa y dolo, responsabilidad objetiva y responsabilidad infraccional. Valencia: Tirant lo Blanch; 2020.
- Ley 20.585 sobre otorgamiento y uso de licencias médicas, Pub. 11 de mayo de 2012.
- Ley 16.395 fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social. Pub. 28 de enero de 1966.
- Proyecto de ley que modifica la ley N° 20.585, sobre Otorgamiento y Uso de Licencias Médicas, con el objeto de fortalecer las facultades de los organismos reguladores y fiscalizadores y aumentar las multas y períodos de suspensión de los emisores de licencias médicas. *Boletín N° 14.845-11*.
- Real Academia Española [Internet]. Diccionario de la lengua española. 2021 - [revisado 10 de ago 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/evidente?m=form>
- Torres con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 91-2021 (Corte de Apelaciones de Valparaíso).
- Osorio con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 178-2021 (Corte de Apelaciones de Santiago).
- Montecinos con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 8-2020 (CA de Concepción).
- Ramos con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 3-2021 (Corte de Apelaciones de Copiapó).
- Van Weezel A. La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago: Legal Publishing; 2011.
- Superintendencia de Seguridad Social. Imparte instrucciones para la aplicación de la Ley N° 20.585, que perfecciona el sistema de licencias médicas, estableciendo medidas que aseguren su correcto otorgamiento y uso. 14 de mayo de 2012.
- Ruiz con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 9417-2012 (Corte de Apelaciones de Santiago).
- Hansen con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 1364-2013 (Corte de Apelaciones de San Miguel).
- Wilhem con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 1809-2013 (Corte de Apelaciones de San Miguel).
- Arévalo con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 66-2014 (Corte de Apelaciones de San Miguel).
- Carrasco con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 1030-2014 (Corte de Apelaciones de San Miguel).
- Morales con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 21115-2016 (Corte de Apelaciones de Concepción).
- Massou con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 3008-2017 (Corte de Apelaciones de Valparaíso).
- Ercilla con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 233-2017 (Corte de Apelaciones de Rancagua).
- Pedrero con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 47-2018 (Corte de Apelaciones de San Miguel).
- Olivares con Superintendencia de Seguridad Social, Rol N° 10-2019 (Corte de Apelaciones de Copiapó).
- Abuhadba con Reyes, Rol N° 20-2020 (Corte de Apelaciones de Talca).
- Soto P. Un mal caso para flexibilizar la tipicidad en el Derecho Administrativo sancionador. Comentario al fallo 'Empresa de servicios sanitarios ESSBIO S.A. con SEREMI de Salud del Bío Bío de la Corte Suprema, Rol N° 7397-2012. *Revista Chilena de Derecho*, 2015; 42 (2), 701-14.
- Velasco I, Vega M. Uno de cada cuatro médicos que emite 'licencias falsas' persiste en esta conducta. *El Mercurio*. 5 de nov 2017; Secc. C:8.
- Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley N° 20.585, sobre otorgamiento y uso de licencias médicas. Santiago, 4 de marzo de 2022.
- Schmidt-Assmann, E. La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Madrid: Marcial Pons; 2003.