

Santiago, veintiséis de junio de dos mil dieciocho.

A fojas 355, a todo, estese a lo que se resolverá.

**VISTOS:**

Con fecha 24 de noviembre de 2017, de fojas 1 a 8, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, a través de su Presidente (s), Ministro señor Oscar Clavería Guzmán, ha requerido ante esta Magistratura un pronunciamiento de inaplicabilidad respecto del artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, para que ello surta efectos en los autos sobre recurso de protección, caratulados “Silvio Rojas Andrades con Isapre Colmena Golden Cross S.A.”, seguidos ante dicha judicatura bajo el Rol N° 2904-2017.

**Precepto legal cuya aplicación se impugna.**

El texto del precepto legal impugnado dispone:

***“D.F.L. N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Fija Normas Comunes para los Subsidios por Incapacidad Laboral de los Trabajadores Dependientes del Sector Privado.  
(...)”***

***Artículo 4°.- Para tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente.***

***Con todo, para acceder a los subsidios, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas deberán contar, además del período mínimo de afiliación a que se refiere el inciso primero con, a lo menos, un mes de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la respectiva licencia.”.***

**Síntesis de la gestión pendiente.**

Expone la Corte de Apelaciones de Antofagasta que se encuentra conociendo en sede de protección de la acción incoada por Silvio Rojas Andrades contra Isapre Colmena Golden Cross S.A., quien señala como vulnerado el artículo 19, numeral 1° de la Constitución, dado el que enuncia como actuar ilegal y arbitrario de la pare recurrida.

Expone el actor que fue operado de un tumor cerebral el pasado 20 de julio de 2017, habiéndosele detectado la presencia de un “glioblastoma alto grado IV”, cuyo diagnóstico correspondería a cáncer cerebral de carácter terminal. Dado lo anterior, presentó a la Isapre licencia médica por 30 días, la que en principio fue autorizada en julio de 2017, con fecha probable de pago en agosto del mismo año.

No obstante lo expuesto, llegado el día de pago, el actor de protección denuncia que fue notificado por correo electrónico del rechazo al pago de su licencia médica, en virtud del incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4°, numeral 4°, del D.F.L. N° 44, al no acreditar 90 días cotizados dentro de los 6 meses anteriores al inicio de la licencia, decisión a la que apeló, en basamento a la errónea interpretación literal de dicha norma que, en caso alguno haría alusión a los 90 días de cotizaciones, sino a tres meses, considerando así que la interpretación y consecuente aplicación resultaría antojadiza, arbitraria y desproporcionada.

Por ello, la Corte de Apelaciones requirente comenta que el actor en su presentación de protección aludió a que dicho rechazo de pago ha significado la imposibilidad de pagar los tratamientos médicos requeridos, afectándose sus posibilidades de sobrevivir, viéndose en la necesidad de firmar pagarés para acceder a tratamientos paliativos, cuestión que afectaría su condición económica, calidad de vida propia y de su familia, debiendo ser internado en diversas oportunidades en Antofagasta por complicaciones vinculadas a la disminución de su capacidad inmune.

Evacuado el traslado de la parte recurrida, y efectuada la vista de la causa, derivó los antecedentes a esta Magistratura a efectos de obtener un pronunciamiento respecto de la eventual inaplicabilidad de la norma impugnada, en razón de presentar un conflicto de constitucionalidad en conformidad a lo que a continuación refiere.

### **Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.**

La Corte de Apelaciones de Antofagasta señala que los órganos del Estado deben ajustarse a la legalidad vigente y especialmente al cumplimiento de las normas constitucionales. Por ello, expone que el precepto contenido en el artículo 4, inciso primero, del D.F.L. N° 44, infringe la garantía establecida en el artículo 19, numeral 2° de la Carta Fundamental, que recoge el principio de igualdad ante la ley, en cuanto ésta no puede

establecer diferencias arbitrarias frente a un trabajador dependiente que padece de una enfermedad grave, quien necesita de la protección social que regula todo el sistema de seguridad social nacional, cuestión que se vería acentuada en conformidad a lo dispuesto en el artículo 6° del cuerpo legal en comento, al referir que si el trabajador sufre un accidente laboral que es una afección a su salud, el sistema de protección social se activa para los subsidios correspondientes, mientras que si sufre una enfermedad común, dicho sistema no opera, constituyéndose una diferencia arbitraria.

Por las razones expuestas, solicita determinar la eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad del anotado precepto.

### **Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento.**

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 28 de noviembre de 2017, a fojas 161, decretándose la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 5 de diciembre de 2017, resolución rolante a fojas 313.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados y a las demás partes de la gestión pendiente, fue evacuada la presentación que se indica a continuación.

### **Observaciones de Isapre Colmena Golden Cross S.A.**

A fojas 339, con fecha 29 de diciembre de 2017, Isapre Colmena Golden Cross S.A., formula observaciones de fondo al requerimiento de autos.

Expone que el libelo yerra al señalar que el procedimiento de beneficios previsto en el artículo 6° del D.F.L. N° 44, se activa cuando el trabajador sufre de una enfermedad común, puesto que en dichas circunstancias, más bien, cobran vigencia los beneficios de la Ley N° 16.744, de Accidentes del Trabajo, la que crea un seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Por el contrario, ello no es un subsidio por incapacidad laboral dado que no se trata de un beneficio destinado a cubrir contingencias o estados de necesidad de los trabajadores.

Expone que la Ley N° 19.350, mantuvo el criterio de exigir períodos mínimos de afiliación y de cotización para acceder a los beneficios previstos en el D.F.L. N° 44, aunque, por razones obvias, exija períodos de cotización diversos para trabajadores con contrato

de trabajo indefinido y para aquellos contratados por turno o jornada, discriminando evidentemente entre ellos al plantear exigencias diversas a su respecto pero, en una sistemática que no ha sido considerada por el legislador para dichas diferencias como fruto de una eventual transgresión al artículo 19, numeral 2° constitucional.

Ello debiera, agrega la parte requerida, llevar al rechazo del libelo incoado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Anota que es evidente que existen evidentes diferencias entre una enfermedad común y un accidente, tales como la previsibilidad de una enfermedad y/o sus síntomas y la imposibilidad de resistir o prevenir un accidente.

Agrega que el libelo no se hace cargo citando, ni menos, analizando la garantía prevista en el artículo 19, numeral 18° de la Constitución, ni explica por qué sólo una enfermedad grave podría reclamar la protección de seguridad social y no todo tipo de enfermedades que ameriten reposos médicos, ni en base a cuáles criterios divide entre unas y otras enfermedades.

La norma reprochada, agrega, se aplica a todos los trabajadores sujetos a su preceptiva que se encuentren enfermos, sin distinción alguna, lo que valida su constitucionalidad. Existe una conexión racional entre la exigencia de la disposición en debate, de que los enfermos de que trata hayan debido pagar un mínimo de cotizaciones previsionales dentro de un período determinado para acceder a los beneficios y la necesidad de que éstos puedan cubrirse con dichas cotizaciones y no con cargo a los fondos que la ley no ha contemplado.

Finalmente, expone que la exigencia contenida en la norma, acerca de que los beneficiarios deben tener tres meses de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores al inicio de la licencia médica, para percibir los beneficios, es un plazo breve y razonable dentro del marco legal en cuestión.

El señor Rojas recurrió ante la Compin competente, instancia que ratificó la ausencia de derecho a subsidio por las licencias médicas en razón de idénticos motivos a los ya expuestos.

Por estas consideraciones, solicita el rechazo de la acción deducida a fojas 1, con costas.

### **Vista de la causa y acuerdo.**

Con fecha 9 de enero de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por Isapre

Colmena Golden Cross S.A., la abogada Macarena Bravo Vega, adoptándose acuerdo en Sesión de Pleno de la misma fecha.

### **CONSIDERANDO,**

**PRIMERO:** Que, traídos los autos en relación, y luego de verificarse la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, obteniéndose el resultado que a continuación se enuncia:

Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), señora Marisol Peña Torres, y señores Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez, estuvieron por acoger la acción deducida a fojas 1 de estos autos.

Por su parte, los Ministros señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señor Nelson Pozo Silva, estuvieron por rechazar el requerimiento de fojas 1.

**SEGUNDO:** Que se ha producido, en consecuencia, empate de votos, con lo cual, atendido el quórum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental para acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y teniendo en cuenta, de la misma forma, que por mandato del literal g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el voto del Presidente de esta Magistratura no dirime un empate, como el ocurrido en el caso *sub-lite*, y, no habiéndose alcanzado la mayoría para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, éste deberá ser necesariamente rechazado.

Los fundamentos de los respectivos votos son los que se indican a continuación.

### **VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO**

**Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), señora Marisol Peña Torres, y señores Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez,** estuvieron por acoger el requerimiento deducido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta por los siguientes fundamentos:

#### **A. El conflicto de constitucionalidad planteado ante esta Magistratura.**

**1°.** Que la norma cuya inaplicabilidad se solicita forma parte del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, que Fija Normas Comunes para los Subsidios por Incapacidad Laboral de los Trabajadores dependientes del Sector Privado. Los subsidios a que se refiere dicha normativa son aquellos establecidos en el artículo 7 de la Ley N° 6.174; en el artículo 27° de la Ley N° 10.383; en el artículo 16° de la Ley N° 10.662; en el artículo 17 de la Ley N° 16.781; en el artículo 98 del Decreto Ley N° 2.200, de 1978; en el inciso primero del artículo 32° de la Ley N° 10.383 y los demás subsidios por incapacidad laboral, excepto los regidos por la Ley N° 16.744, sobre seguro social obligatorio contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales:

**2°.** Que, como se ha recordado en la parte expositiva, el inciso primero del artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, exige, como requisito para tener derecho al subsidio respectivo, *“un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente.”* Ésta es precisamente la norma impugnada por la parte requirente (fojas 4);

**3°.** Que dicho precepto produciría un resultado inconstitucional en su aplicación en el recurso de protección deducido por don Silvio Francisco Rojas Andrades, pues, precisamente en virtud de dicha norma, la Isapre Colmena Golden Cross S.A., habría denegado el pago de una licencia médica por un total de 30 días en el contexto de la grave enfermedad que lo aqueja. En concreto, la Isapre recurrida sostiene que el señor Rojas habría trabajado sólo 55 días dentro de los últimos seis meses previos a la licencia incumpliendo así la exigencia de tener 3 meses de cotización equivalentes a 90 días en la interpretación que ha entregado la Superintendencia de Seguridad Social en Dictamen N° 042379, de 7 de julio del año 2015. Así se desprende de las copias de los correos electrónicos que rolan a fojas 20 y 22 así como del informe entregado por Isapre Colmena Golden Cross a la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el recurso de protección de que se trata (fojas 124).

Cabe agregar que en el informe recién aludido, la recurrida ratifica su proceder aduciendo que *“La Isapre y en particular su departamento de subsidios, para proceder a dejar sin derecho a subsidio las licencias en comento, se ajustó estrictamente a la normativa legal que regula el otorgamiento, uso, beneficios y subsidios que las licencias médicas implican contenidos en el DFL N° 44/78 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social que fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.”* (Fojas 125).

Por su parte, la situación que afecta al requirente de inaplicabilidad dice relación con cuatro licencias médicas correspondientes a los N°s 54301723, 54311110, 54323595 y 55134411 que no le han dado derecho al pago de subsidio pese a haber sido autorizadas. Las dos primeras fueron recurridas ante la Comisión Preventiva de Invalidez (COMPIN), la que ratificó la denegatoria, resolución que se encuentra apelada ante la Superintendencia de Seguridad Social con dictamen pendiente;

**4°.** Que, precisada las cuestiones fácticas que rodean la gestión pendiente en estos autos resulta necesario precisar, en primer término, por qué a juicio de los Ministros que suscriben este voto, nos encontramos con un conflicto de naturaleza constitucional que puede y debe ser resuelto en sede de inaplicabilidad;

**5°.** Que, en el sentido antes expresado, advertimos que, conforme a lo planteado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la aplicación del inciso primero del artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, en la decisión del recurso de protección que pende ante ella podría resultar contrario a la Carta Fundamental. Ello por infringir el artículo 19 N° 2° de la misma que prohíbe a la ley así como a cualquier autoridad establecer diferencias arbitrarias.

En palabras de la Corte requirente, esta diferencia podría producirse si, en una interpretación de contexto del aludido cuerpo legal, concluimos que un trabajador dependiente que padece de una enfermedad grave -Glioblastoma Alto Grado IV- puede verse privado del pago de un subsidio por incapacidad laboral a diferencia de otro trabajador que ha sufrido un accidente, el que sí tendría derecho al subsidio conforme al artículo 6° de esa normativa;

**6°.** Que, en dicho contexto, el conflicto traído ante esta Magistratura no supone simplemente la impugnación de una interpretación administrativa como aquélla en que se ha amparado la Isapre Colmena Golden Cross para negar el pago del subsidio del trabajador de que se trata en base a lo dictaminado por la Superintendencia de Seguridad Social.

Tampoco el análisis solicitado al Tribunal Constitucional puede reducirse a verificar la simple conformidad del acto de la Isapre con la legalidad vigente. Y ello, porque no se trata de decidir, en esta sede, el recurso de protección.

Pero, además, porque este sentenciador debe ser particularmente cuidadoso de lo que la doctrina constitucional denomina "la ley pantalla", esto es, que la aplicación irrestricta de

la ley opaque la plena aplicabilidad de la Constitución en un caso concreto como el que hoy se trae a esta sede. En palabras de Favoreu, la técnica de la pantalla legislativa *“la usa sobre todo el juez administrativo: le permite rehusarse a examinar la constitucionalidad de un acto administrativo con el motivo de que este acto descansa en una disposición legislativa y teniendo entonces la ley el efecto de una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución, le es imposible operar un control porque sino lo reconduciría a apreciar la constitucionalidad de la ley, lo que le es prohibido”*. (Favoreu, Louis. *La Constitucionalización del Derecho*. Revista de Derecho Universidad Austral, Vol. XII, 2001, p. 37).

Lo anterior es particularmente relevante para desechar el argumento planteado por Isapre Colmena Golden Cross S.A., al evacuar su traslado, en el sentido que *“Las interpretaciones y resoluciones de esa Superintendencia (de Seguridad Social) son enteramente vinculantes para mi mandante y es ella la que ha efectuado las interpretaciones que antes he señalado, a las que mi representada se ha atendido.”* (fojas 341).

El Tribunal Constitucional, a diferencia de los jueces a que se refería el profesor Favoreu, sí está facultado para examinar la constitucionalidad de la ley con la finalidad de hacer primar el principio de supremacía de la Carta Fundamental a partir del pleno respeto de los valores, principios y reglas que la componen por sobre la supuesta infalibilidad de la norma legal.

## **B. Licencia médica y subsidio por incapacidad laboral.**

**7°.** Que el subsidio por incapacidad laboral es el monto de dinero que reemplaza la remuneración o renta del trabajador mientras éste se encuentre con licencia médica autorizada. El subsidio por incapacidad laboral debe pagarse, al menos, con la misma periodicidad que la remuneración sin que pueda, en caso alguno, ser superior a un mes ([www.supersalud.gob.cl](http://www.supersalud.gob.cl)). Además, se devenga desde el primer día de la correspondiente licencia médica, si ésta fuere superior a diez días o desde el cuarto día, si ella fuere igual o inferior a dicho plazo (artículo 14 del D.F.L. N° 44, de 1978).

En este caso, el recurso de protección que pende ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta se ha originado en el no pago por parte de la Isapre Colmena Golden Cross S.A. del subsidio por incapacidad laboral basado en una licencia médica autorizada (N° 2-54301723), por un total de 30 días (desde el 11 de julio al 9 de agosto de 2017) amparándose en lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978;



**8°.** Que cabe recordar que esta Magistratura, en sentencia Rol N° 1801, se ha referido a las licencias médicas y a su estrecha vinculación con los derechos a vida y a la protección de la salud asegurados en el artículos 19 N° 1° y 9°, respectivamente (considerando 7°).

Asimismo, ha invocado las fuentes legales y de la jurisprudencia administrativa para afirmar que el concepto de licencia médica constituye un término genérico que puede ser empleado en cualquier caso de necesario restablecimiento de la salud de un funcionario [o trabajador] (STC Rol N° 1801, c. 9°). Y ha sostenido, además, que *“el único efecto de una licencia médica es ausentarse o reducir la jornada de trabajo”* mientras que *“la calidad de funcionario [o de trabajador] y los derechos y deberes que de ella derivan no se enervan ni suspenden por el goce de ese beneficio, salvo el de cumplir con la obligación de desempeño colectivo”* (STC Rol N° 1801, c. 11°).

Por su parte, conforme señala el Reglamento de autorización de licencias médicas por los Servicios de Salud e Instituciones de Salud Previsional, contenido en el Decreto Supremo N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, *“Las licencias médicas que correspondan a enfermedad o accidente, prórroga de medicina preventiva, maternal o por enfermedad grave del niño menor de un año, de los trabajadores afiliados a una ISAPRE, darán rigen al pago de subsidios por esta entidad; los subsidios correspondientes a licencias por accidentes del trabajo o enfermedad profesional serán pagados por las Compin o Caja de Previsión según corresponda, salvo que el trabajador esté afiliado a una Mutual de Empleadores constituida de acuerdo a la ley N° 16.744.”*

Finalmente, este Tribunal ha afirmado que las licencias médicas, sin distinción, constituyen *“un derecho de los funcionarios públicos y trabajadores del sector privado, que forma parte de su régimen de seguridad social, tendientes a permitirles enfrentar adecuadamente las contingencias derivadas de los riesgos involuntarios que puedan afectarlos en relación con su salud”* sin que puedan importar *“una disminución de los demás derechos que, como el derecho a la remuneración, son inherentes a la relación funcionaria o laboral. Lo anterior porque la concesión de una licencia médica no hace perder la calidad funcionaria o de empleado de su beneficiario.”* (STC Rol N° 1801, c. 13°);

**9°.** Que, entonces, si el subsidio por incapacidad laboral, que opera cuando el trabajador se encuentra con licencia médica autorizada, reemplaza a la remuneración, puede colegirse que la regla general será que la licencia conlleve el pago del subsidio respectivo. En efecto, todo nuestro sistema jurídico se encuentra

articulado sobre la base de entender que la licencia médica no puede suponer un menoscabo de los derechos del trabajador como es el derecho a la remuneración, con mayor razón si se piensa que una enfermedad, como la que afecta al requirente, obedece a un hecho del todo ajeno a su propia voluntad;

**10°.** Que, por su parte, el vínculo entre licencias médicas y seguridad social reviste particular importancia para este juzgamiento, pues *“[L]a seguridad social, en su concepto integral y moderno, es la rama de la política socioeconómica de un país por la cual la comunidad protege a sus miembros asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo socialmente suficientes, a fin de lograr mejor productividad, más progreso y mayor bienestar comunes.”* (Informe sobre Reforma de la Seguridad Social Chilena incluido en Informe de la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados en el Primer Trámite Constitucional de la Ley N° 19.350, modificatoria del artículo 44 del D.F.L. N° 44, de 1978. Biblioteca del Congreso Nacional: Historia de la la ley N° 19.350);

**11°.** Que, por lo mismo, el derecho al pago de un subsidio por incapacidad laboral, como consecuencia de una licencia médica debidamente autorizada no puede verse simplemente como un tema propio de un seguro de salud.

En este mismo sentido, en sentencia Rol N° 1710, este Tribunal ha afirmado que *“el contrato de salud que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado”* (considerando 122°). Por eso es que las normas que regulan esta relación son de orden público.

Lo anterior implica, entonces, que un asunto como el que involucra este juzgamiento no puede analizarse como si se tratara de una ecuación matemática entre cotizaciones pagadas y subsidio cancelado;

### **C. La aplicación de la norma impugnada produce una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.**

**12°.** Que, como se ha recordado, la Corte de Apelaciones requirente plantea, en su libelo de fojas 1, que la aplicación del inciso primero del artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, en el recurso de protección deducido por don Silvio Rojas Andrades, produciría un efecto inconstitucional al configurar, a su

respecto, una diferencia arbitraria prohibida por el artículo 19 N° 2°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

**13°.** Que este Tribunal ha sostenido, reiteradamente, que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Es decir, la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a los que son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias (STC roles N°s 811, c. 18°; 2841, c. 8° y 2888, c. 23°).

Por ello, el juicio de igualdad supone analizar, primeramente, si existe una diferencia de trato entre quienes se encuentran en la misma situación para determinar, enseguida, si la diferenciación legislativa que pueda existir obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de la racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación (STC roles N°s 1448, c. 37°; 1584, c. 19° y 2841, c. 14°). Como puede colegirse, el juicio de igualdad exige un riguroso examen de las diferencias constitutivas de cada caso (STC roles N°s 2884, c. 24° y 3211, c. 28°);

**14°.** Que, conforme a lo señalado, quienes suscriben este voto advierten que, en la especie, se ha configurado una diferencia de trato entre personas que conforman un mismo universo de iguales.

Desde luego, el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, en el que se inserta la norma impugnada, regula el otorgamiento de subsidios por incapacidad laboral respecto de los trabajadores dependientes del sector privado como también de aquellos trabajadores dependientes del Estado y de instituciones o empresas del Estado que se encuentren afectos a los mismos regímenes de subsidios que los anteriores y de los trabajadores regidos por la Ley N° 15.565 (Art. 1°).

En este caso, el requirente es un trabajador dependiente del sector privado siendo su empleador Manpower Servicios Especializados Ltda., según acredita el certificado que rola a fojas 16;

**15°.** Que la regla general establecida por el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, para el pago de los subsidios por incapacidad laboral es la que se contiene en el inciso primero de su artículo 4°: *“Para tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente.”*

Sin embargo, la regla anterior admite, al menos dos excepciones conforme lo establece esa misma normativa legal.

La primera dice relación con los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas, los que deben también contar con un período de afiliación mínimo de seis meses para acceder al pago del subsidio, pero les basta acreditar, a lo menos, un mes de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la respectiva licencia (inciso segundo del artículo 4° del D.F.L N° 44, de 1978).

La segunda se refiere a aquellos trabajadores cuya incapacidad laboral se origina en un accidente, los que no requieren períodos de afiliación previa ni tampoco de cotizaciones al tenor de lo prevenido en el artículo 6° del decreto con fuerza de ley ya aludido.

En consecuencia, la situación de un enfermo grave con un cáncer cerebral de carácter terminal, como es el caso del recurrente de protección, no se encuentra cubierta por las excepciones que la misma ley ha previsto para originar el pago del subsidio resultándole aplicable la regla general ya descrita en orden a acreditar un mínimo de seis meses de afiliación a la respectiva Isapre y, también, un mínimo de seis meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de su licencia médica.

Por lo tanto, se trata en forma igual (a la regla general) a quien objetivamente se encuentra en una situación diferente como también lo están los trabajadores cuya incapacidad laboral se ha originado en un accidente y aquellos dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas.

Al exigirse, entonces al recurrente de protección, tres meses de cotizaciones (o 90 días) dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia (julio de 2017), se produce el problema de que no puede cumplirse esa regla general para acceder al pago del subsidio, pues el señor Silvio Rojas Andrades registra cotizaciones en los tres meses anteriores (abril, mayo y junio), pero ellas suman sólo 55 días en total (fojas 143) mientras que la Isapre

-siguiendo la interpretación administrativa de la Superintendencia de Seguridad Social- le exige 90 días;

**16°.** Que la pregunta que cabe formularse, entonces, es ¿si un enfermo terminal que no se encuentra incapacitado de trabajar como consecuencia de un accidente ni tampoco es un trabajador dependiente contratado por turno o jornada ha sido discriminado arbitrariamente por la aplicación del inciso primero del artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, al negársele el pago del subsidio correspondiente a la licencia médica de que se trata?

La respuesta a dicha interrogante es que, inequívocamente, se configura a su respecto una diferencia arbitraria o carente de fundamento racional, pues se encuentra en la misma -o peor- situación que un trabajador afectado por un accidente o contratado por turnos o jornada y, sin embargo, y a diferencia de estos, se le impone una exigencia de tiempo de cotizaciones que no puede cumplir quedándose sin derecho al subsidio. Un trabajador accidentado grave podría estar en el mismo predicamento, pero él sí tendría derecho al subsidio, pues la ley lo exime de la exigencia de pago de cotizaciones como de período de afiliación previa;

**17°.** Que, ya se ha dicho que el contrato de salud que se suscribe con una Isapre, que es la que debe pagar el subsidio en este caso, no es un mero seguro de salud sino que tiene una connotación de seguridad social que hace de dicho contrato uno regido por normas de orden público.

Ese tipo de consideraciones estuvieron detrás de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.350, entre las cuales se reguló el derecho de los trabajadores contratados por día, sea por turnos o jornadas, a acceder a los subsidios respectivos en caso de incapacidad laboral común, con un período de cotizaciones de solo un mes dentro de aquellos seis previos al inicio de la licencia médica, pues debido a la naturaleza transitoria de sus contratos de trabajo no lograban completar tres meses o 90 días de cotizaciones a que se refería el inciso primero del artículo 4°, que contiene la regla general en la materia según ya se ha explicado (Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.350. Mensaje, p. 4).

En el caso de un trabajador con un cáncer terminal, es casi imposible que logre completar un período de tres meses -o de 90 días- de trabajo y cotizaciones como para acceder al subsidio;

**18°.** Que, así, el no permitir que acceda al subsidio por incapacidad laboral quien depende de su pago para seguir sustentando la vida, genera una evidente infracción a la prohibición constitucional de no establecer diferencias arbitrarias. En efecto, el legislador sí establece excepciones para casos de menor gravedad,

pero no para situaciones como las de la especie, que serían aún más justificadas sin que se aprecie un fundamento objetivo y racional y sin que, además, la diferencia generada resulte tolerable para quien la sufre.

Al respecto, no existe, en la historia de la ley, ninguna justificación para haber excluido un caso como el aquí se analiza, con mayor razón, cuando el subsidio por incapacidad laboral reemplaza a la remuneración y, por ende, su finalidad es seguir sustentando la vida personal y familiar.

**19°.** Que, en consecuencia, al haberse generado, en este caso, una diferencia de trato que no encuentra justificación a la luz de la finalidad perseguida por el legislador al regular los subsidios por incapacidad laboral y que, además, resulta intolerable para quien la experimenta, debe concluirse que la aplicación del inciso primero del artículo 44 del D.F.L. N° 44, de 1978, en el recurso de protección que conoce la Corte de Apelaciones de Antofagasta, constituye una diferencia arbitraria que vulnera lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 N° 2° constitucional.

Lo anterior llevó a estos Ministros a acoger el requerimiento de fojas 1.

### **VOTO POR RECHAZAR EL REQUERIMIENTO**

**Los Ministros señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señor Nelson Pozo Silva, estuvieron por rechazar el requerimiento de fojas 1, en atención a las argumentaciones que a continuación señalan:**

**A. Argumentos de los Ministros señor Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señor Nelson Pozo Silva.**

#### **PRIMERA PARTE**

**REQUERIMIENTO VALORABLE Y POSIBILIDAD INTERPRETATIVA DE LA I. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA.**

**1º.-** La I. Corte de Apelaciones de Antofagasta nos ha planteado un tema importante, novedoso y cuya resolución en esta sede podría contribuir a la resolución del recurso de protección con ocasión del cual se ha efectuado el requerimiento.

El requerimiento somete a nuestra consideración la duda de si es compatible con la Constitución la exigencia legal para que opere el subsidio por medicina curativa (licencia médica) consistente en cotizar en el seguro de salud durante un determinado número de meses y con una cierta regularidad, en especial teniendo presente que para estar cubierto por el subsidio por accidentes del trabajo no se requiere dicho tipo de requisito.

**2º.-** El contexto en el cual se ha presentado el requerimiento es el de un recurso de protección interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta por parte de una persona diagnosticada de cáncer cerebral terminal en contra de la resolución de la Isapre que rechazó una licencia médica por 30 días. La Isapre fundó el rechazo en el artículo 4º del D.F.L. Nº 44, que corresponde al precepto legal cuya inaplicabilidad debe resolver esta Magistratura. El recurrente de protección sustentó su acción en la ilegalidad de la referida resolución de la Isapre, la que se habría producido por una errada interpretación de la norma recién citada, la que dispone que **“[p]ara tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente”**.

**3º.-** Con independencia de la diferente visión que los Ministros han tenido respecto de si la aplicación de la norma impugnada viola o no la Constitución (en este voto se sostiene que no), este Tribunal está conteste en que puede existir base suficiente para que la I. Corte de Apelaciones realice una interpretación del precepto impugnado distinta de aquella efectuada por la Superintendencia de Seguridad Social (y que es la que la Isapre ha seguido). En efecto, dependiendo de la forma de computar los tiempos mínimos de afiliación y de cotización previsional (la ley los expresa en meses y la Superintendencia lo traduce a días) el resultado puede ser diferente. Por ejemplo, la referencia que se hace en el artículo 4º a “tres meses de cotización dentro de ...” podría entenderse como haber realizado cotizaciones en 3 meses distintos o como haber efectuado cotizaciones por los días trabajados de modo que, sumados todos ellos, alcancen los 90 días, aunque implique hacer más de 3 cotizaciones mensuales.

**4º.-** Por consiguiente, entendemos que el dilema planteado ante esta sede puede resolverse por parte de la I. Corte requirente sin necesidad de que se declare la inaplicabilidad del artículo 4º del D.F.L. Nº 44. Dado lo anterior, corresponde rechazar el requerimiento. No obstante, en lo que sigue explicaremos que el diseño del sistema de licencias médicas por enfermedad común en general y los requisitos señalados en el precepto legal impugnado en especial no pugna con el derecho constitucional a que la ley no establezca discriminaciones arbitrarias.

## **SEGUNDA PARTE**

### **EL SISTEMA DE SALUD, EN GENERAL, Y EL DE SEGURO O SUBSIDIO A LOS TRABAJADORES POR EVENTOS QUE AFECTAN SU SALUD, EN PARTICULAR.**

**5º.-** Antes de continuar, puede resultar útil volver a subrayar que el agravio alegado (en el recurso de protección que conoce la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta) por la persona a la que se le rechazó la licencia médica se puede haber originado por dos situaciones distintas cuyo análisis y verificación no corresponde confundir. Un primer tema dice relación con un eventual mal cómputo del plazo establecido como condición para ser cubierto por el seguro de licencia médica. Éste es un tema de mera legalidad que no revista una dimensión constitucional y que, por lo mismo, la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta tiene competencia para resolver. Un segundo tema, distinto del anterior, consiste en determinar si la condición impuesta por el precepto legal impugnado consistente en efectuar cotizaciones durante cierto tiempo y con una cierta regularidad vulnera o no el derecho a recibir un trato legal no arbitrariamente discriminatorio si se tiene presente que en el caso de enfermedades profesionales no existe una condición semejante. Este segundo tema, a diferencia del primero (y cuya resolución por parte de la Corte puede hacer irrelevante este último) sí presenta una dimensión constitucional. De esta manera, se analizará, a continuación, si la condición legal reprochada viola o no la igualdad ante la ley o, dicho de otro modo, constituye o no una discriminación arbitraria. Al respecto, adelantamos (tal como ya se hiciera con anterioridad) que la aplicación del precepto objetado no infringe la Constitución.

**6º.-** Para evaluar si las condiciones exigidas por la norma legal impugnada constituyen o no un trato arbitrariamente discriminatorio en relación con aquellas requeridas en caso que la enfermedad o accidente tenga un carácter laboral y no común es preciso entender, en general, el sistema de aseguramiento de salud



imperante en nuestro país y, en especial, los subsidios que operan ante la pérdida de ingreso por indicación de reposo médico.

**7º.-** El actual sistema imperante en nuestro país es uno de **carácter fragmentado**, tanto a nivel de la salud en general, como de aquellos que operan más específicamente en el ámbito laboral. Esta parcelación o falta de unidad del sistema de salud chileno se explica, en parte, en que éste “ha evolucionado a lo largo de los años respondiendo a las necesidades y problemas de cada época. Los ajustes, anexos y complementos que se han ido agregando se han hecho de acuerdo a las visiones predominantes en esos momentos y, como consecuencia, hoy el sistema se compone de subsistemas que están contruidos sobre bases filosóficas diferentes. Producto de ello, a menudo se observa una falta de coherencia interna en el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, lo que produce distorsiones y otros efectos indeseables.” (Informe Comisión Presidencial de Salud, Informe Final, diciembre de 2010, p.11).

**8º.-** Este parcelamiento del diseño del sistema general de salud actualmente vigente en nuestro país y su división en varios subsistemas con una composición disímil puede vislumbrarse del cuadro elaborado por la Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Régimen Jurídico para el Sistema de Salud Privado (Informe Final, 2014, p.41). y que se inserta a continuación:

Tabla 1: Sistemas de Aseguramiento de Salud en Chile, 2014

Sistema	Administración	Financiamiento	Prestadores	Tipo	Características Generales
SNSS-FONASA	Estatal	Actores Sociales (individuos)	Estado	Sistema Estadista de Seguro Social (Bismarck)	Solidario
		Estado	Privado con fines de lucro		Cobertura 76% población
ISAPRE	Privada	Actores Sociales (individuos)	Privado	Seguros Privados de Salud	No solidario
	Con fines de lucro		Con fines de lucro		Cobertura 18% población
	Abiertas y cerradas, por ejemplo Codelco				
Fuerzas Armadas	Estatal	Actores Sociales	Estatal	Seguro Social de Salud (Bismarck)	Solidario
		Estatal			Cobertura 3%
Organismos Administradores de la Ley de Accidentes laborales y Enf. Profesional	Mutuales	Actores Sociales (empleadores)	Privado	Seguros Privados sin fines de lucro	Solidario dentro de cada mutual
	Privada		Sin fines de lucro		No existe mecanismo de redistribución inter-mutual, ni con el ISL
	Sin fines de lucro				Cobertura 70% trabajadores asalariados
	ISL (EX-INP)	Actores Sociales (empleadores)	Privados y públicos	Seguro público	ISL tiene algunos programas a los desprotegidos, esto lo realiza en conjunto con MINSAL
	Estatal				
	Administración delegada, ejemplo Codelco	Actores Sociales (empleadores)	Privados y públicos	Seguros Privados sin fines de lucro	

Fuente: Elaboración propia de la Comisión en base a la clasificación de Bohm et al, 2012.

**9º.-** En cuanto a aquellos seguros más específicamente vinculados al ámbito laboral, también es posible constatar que, en general, no tienen un carácter universal ni uniforme. Existen diferentes programas sociales que operan de manera independiente. Por de pronto, y tal como se explicará a continuación, **el subsidio por enfermedad y medicina curativa (sistema de “licencias médicas”)** y **los subsidios por accidentes laborales y profesionales se encuentran jurídica, financiera y operativamente separados.**

I.-

**10º.-** Primero, se encuentra el SUBSIDIO POR ENFERMEDAD Y MEDICINA CURATIVA. Este subsidio **opera como un seguro** contra pérdida de ingreso por enfermedades comunes -no profesionales y que en nuestro país suele ser conocido como sistema de “licencias médicas” o “subsidio por incapacidad laboral”.

Este seguro otorga una **prestación pecuniaria** que sustituye la remuneración y permite mantener la continuidad previsional de los trabajadores acogidos al sistema de seguridad social frente a contingencias negativas en su salud que, originadas en enfermedad o accidente común, requieran de un período de recuperación que implique ausentarse del trabajo durante cierto período de tiempo (incapacidad temporal).

La **normativa** que regula el “subsidio por enfermedad y medicina curativa” de los trabajadores dependientes del sector privado es el D.F.L. N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. En el caso de los trabajadores independientes, la normativa aplicable es el D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, artículos 149 y siguientes y, supletoriamente, el referido D.F.L. N° 44. Por último, los trabajadores del sector público se rigen por el artículo 111 del D.F.L. N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda (Superintendencia de Seguridad Social, 2016).

Este sistema se **financia** con las cotizaciones obligatorias que hacen los trabajadores al régimen de prestaciones de salud (Fonasa e Isapres).

Desde una dimensión **operativo-institucional**, hay que distinguir a grandes rasgos, primero, entre la función de administración del seguro y la de supervisión, regulación y control. Y, en segundo lugar, debe distinguirse según si se trata del seguro público o del privado.

En cuanto a la *función de administración del seguro*, en el seguro público participan (directa e indirectamente) las siguientes entidades: a) Fonasa; b) Compín; c) Unidades de Licencias Médicas y d) Cajas de compensación. En el caso del seguro privado dichas entidades son las siguientes: a) Isapres y b) Compín.

En lo referente a la *función de supervisión, regulación y control*, tanto para el seguro privado como para el público, participa: a) la Superintendencia de Salud; b) la Superintendencia de Seguridad Social y c) la Subsecretaría de Salud Pública. Además, en el ámbito del seguro público hay que agregar a la Subsecretaría de Redes Asistenciales.

Los **requisitos para tener derecho al subsidio** por enfermedad y medicina curativa, en el caso de los trabajadores dependientes, son, en síntesis, los siguientes: (i) tener un contrato de trabajo vigente; (ii) tener una licencia médica debidamente autorizada; (iii) tener un mínimo de 6 meses de afiliación previsional; (iv) tener 3 meses de cotización dentro de los 6 meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente. Respecto de los trabajadores independientes se exige: (i) tener una licencia médica debidamente autorizada; (ii) tener un mínimo de 12 meses de afiliación previsional; (iii) tener 6 meses de cotización dentro de los 12 meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente; y estar al día en el pago de las cotizaciones previsionales.

## II.-

**11º.-** Segundo, el sistema anterior, como ya se anotó, es jurídica, financiera y operativamente distinto del régimen de SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL ASOCIADO A ACCIDENTES LABORALES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.

La fuente **normativa** principal de este tipo de seguro es la Ley Nº 16.744 de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Las **prestaciones pecuniarias** de este seguro no sólo cubren eventos de incapacidad temporal por razones de salud, sino que -a diferencia del seguro por enfermedad común- cubre (por medio de subsidios o pensiones específicas) ciertos eventos de invalidez parcial o total, o de muerte. Recordemos que, bajo el régimen común, pensiones de dicho tipo se encuentran aseguradas por el sistema previsional.

Los beneficios o prestaciones de la aludida ley se **financia** con *contribuciones específicas de los empleadores* que aportan una cotización base del 0,90% de la remuneración imponible, más una cotización adicional diferenciada en función del riesgo efectivo de la empresa. Esta cotización adicional no podrá exceder el 3,4% de las remuneraciones imponibles.

*Otros ingresos para el financiamiento de este seguro* provienen de las multas que cada organismo administrador aplique en conformidad a dicha ley; de la utilidades o rentas que produzca la inversión de los fondos de reserva; y las cantidades que les corresponda por el ejercicio del derecho de repetir en contra del empleador (en caso de siniestro y en el evento que éste haya incumplido su obligación de solicitar la afiliación y, también, cuando

el accidente o enfermedad se deba su culpa o dolo) y en contra de terceros distintos al empleador cuando el siniestro tenga como causa su culpa o dolo.

Estas cotizaciones se efectúan a una de las tres aseguradoras privadas conocidas como “mutuales” o a la aseguradora pública ISL (Instituto de Seguridad Laboral). Esta contribución financia también el régimen de pensiones e indemnizaciones asociados a incapacidades permanentes o muertes asociadas a accidentes laborales o enfermedades profesionales.

Desde el punto de vista **operativo-institucional**, la *administración* del subsidio contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales está a cargo de entidades públicas y privadas. Los administradores públicos son: a) el Instituto de Seguridad Laboral; b) las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud; y c) los Servicios de Salud.

Los administradores privados, por su parte, son las Mutualidades de Empleadores (ACHS, MUSEG e IST). Además, hay empresas con administración delegada, vale decir, empresas que han sido autorizadas para otorgar las prestaciones del Seguro de la Ley N° 16.744 a sus propios trabajadores, con excepción del pago de pensiones, que sigue siendo de cargo del Instituto de Salud Pública. Tienen esa condición, por ejemplo, la Pontificia Universidad Católica de Chile y cuatro Divisiones de Codelco. Las empresas no adheridas a una mutualidad, deben cotizar para el Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales en el Instituto de Seguridad Laboral (ISL).

En lo que respecta a la *supervisión, regulación y control* de este tipo de subsidio, participan -en el ámbito de sus competencias específicas- la Superintendencia de Seguridad Social (que depende del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social) y dos comisiones médicas públicas para la calificación de los siniestros laborales y la evaluación de las incapacidades y que se encuentran bajo la órbita general del Ministerio de Salud: la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (Compin) y la Comisión Médica Central de Reclamos (Comere).

Por último, y en contraste con el subsidio por enfermedad común, **no existen requisitos especiales para tener derecho al subsidio** por incapacidad temporal asociado a accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. En efecto, el trabajador está cubierto por este seguro en forma automática (por el solo ministerio de la ley) desde el momento en que comienza a prestar servicios, aunque todavía no tenga contrato escrito, no le hayan pagado sus

remuneraciones o no se hayan efectuado cotizaciones previsionales.

**12º.- EN CONSECUENCIA**, las descripciones del sistema de salud imperante en nuestro país, así como los diversos subsistemas con sus diferentes componentes y dimensiones permiten caracterizarlo como uno fragmentado (parcelación o falta de unidad); complejo (por su naturaleza se trata de un sistema con múltiples partes, tanto a nivel vertical como horizontal, lo cual se exagera ante la fragmentación del mismo); Interconectado (sus múltiples factores y variables tienen incidencia recíproca entre sí, dando lugar a un entramado de múltiples y diversos incentivos para los distintos actores que intervienen).

**13º.-** Adicionalmente, se está en presencia de un sistema y subsistemas que no responden a una visión filosófica común, lo que genera cierta incoherencia interna y, con ello, algunos problemas derivados de los incentivos contradictorios que enfrentan los diferentes actores de los mismos. Esta realidad es explicada en el Informe de la Comisión Presidencial de Salud de diciembre de 2010 de la siguiente manera: “[e]l sistema chileno de salud ha evolucionado a lo largo de los años respondiendo a las necesidades y problemas de cada época. Los ajustes, anexos y complementos que se han ido agregando se han hecho de acuerdo a las visiones predominantes en esos momentos y, como consecuencia, hoy el sistema se compone de subsistemas que están contruidos sobre bases filosóficas diferentes. Producto de ello, a menudo se observa una falta de coherencia interna en el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, lo que produce distorsiones y otros efectos indeseables.” (p. 11).

**14º.-** Así, se trata de seguros que no son equiparables y que, por lo mismo, tal como se explicará en el apartado siguiente, no constituye un escenario base apto para evaluar la justificación de por qué se difiere respecto de un componente específico de dos sistemas distintos no comparables y, en último término, para instar por una igualación. Dicho de otra manera, las disimilitudes entre ambos sistemas y subsistemas hacen que la aspiración por un trato legal igualitario respecto de uno de los factores de los sistemas y subsistemas descritos sea improcedente.

### **TERCERA PARTE**

**ACERCA DE SI SE VULNERA O NO EL DERECHO QUE LA CONSTITUCIÓN ASEGURA A TODAS LAS PERSONAS A LA**

## **IGUALDAD ANTE LA LEY (O A QUE ÉSTA NO ESTABLEZCA DISCRIMINACIONES ARBITRARIAS).**

I.- LA LEY NO TRATA DE MANERA DISTINTA A QUIENES SE ENCUENTRAN EN LA MISMA SITUACIÓN. EL PROBLEMA DE LA COMPARACIÓN INADECUADA.

**15º.-** Para efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario despejar, como punto inicial, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar. Sólo si ocurre lo anterior tiene sentido examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Ver al respecto las sentencias de este Tribunal indicadas a continuación: STC 784 c. 19; STC 1138 c. 24, STC 1140 c. 19, STC 1340 c. 30, STC 1365 c. 29, STC 2702 c. 7, STC 2838 c. 19, STC 2921 c. 11, STC 2922 c. 14, STC 3028 c. 11, STC 2895 c. 9, STC 2983 c. 3. En este caso, tal situación no se produce.

**16º.-** Como se acaba de señalar, la igualdad ante la ley exige verificar si se está o no ante situaciones esencialmente similares, de modo que el tratamiento legal de las mismas deba ser el mismo. En este caso, como ya se puede advertir de lo señalado en la parte descriptiva, ambos sistemas no son comparables para efecto de su igualación, más aun cuando se intenta hacer respecto de un aspecto muy específico de un determinado tipo de seguro, el cual presenta múltiples variables interconectadas entre sí. En este caso, respecto del requisito de cotización durante un determinado número de meses y con una cierta regularidad. Expresado de otra forma, el aislar una variable o parte de un todo para su posterior análisis interfiere o distorsiona la debida apreciación del todo.

**17º.-** Para ilustrar lo significativo de las diferencias entre los dos seguros que se quieren (erradamente en nuestra opinión) comparar, basta con subrayar el diferente acomodo que ambas regulaciones dan lugar respecto de dos elementos esenciales: la prima y el riesgo.

La *prima* por el seguro por accidentes y enfermedades profesionales presenta algún grado de variabilidad respecto del *riesgo*, el que se mide en función de la probabilidad de ocurrencia de un hecho peligroso que pueda dar lugar a un evento dañoso para la salud del trabajador y de la probabilidad de que producido el hecho peligroso se materialice el daño a la salud. En efecto, el monto de la contribución, cotización o prima con que se financia este seguro depende, en parte, del grado de vulnerabilidad que ha

mostrado la empresa en particular (número de accidentes en un determinado lapso de tiempo). En contraste, el seguro por enfermedad común (“subsidio por enfermedad y medicina curativa”) es un porcentaje fijo de la remuneración del trabajador y que es insensible a consideraciones que puedan impactar en el riesgo.

Debe considerarse, también, que en el caso del subsidio por accidentes y enfermedades profesionales la cotización es, básicamente, de cargo del empleador, lo que genera incentivos que no necesariamente están presentes cuando es el trabajador quien contribuye o paga la prima del seguro, como ocurre con el seguro por enfermedad común.

Asimismo, en el caso del seguro por enfermedad común la entidad aseguradora brinda cobertura a una gama más amplia de riesgos, debido a que la cotización del 7% está destinada a pagar por el seguro “global” de salud de las personas que cotizan y sus “cargas”. Además, por lo anterior, el tamaño del universo de personas aseguradas es muy dispar.

**18º.-** A su vez, las características de fragmentación, complejidad, interconexión y ausencia de coherencia que se mencionaron antes presentan desafíos no menores al momento de plantear modificaciones totales o parciales, ya que como ha sido reconocido “[l]os cambios y reformas en los sistemas de salud son especialmente complejos y difíciles por múltiples razones, pero hay al menos dos que no suelen ser reconocidas y deben subrayarse al momento de intentar nuevas reformas en nuestro régimen de salud. [ ] La primera razón deriva del hecho de que el sistema de salud chileno se compone de numerosos elementos estrechamente relacionados entre sí, como ocurre en todos los sistemas de salud, y no es posible modificar un aspecto aislado, sea estructural o funcional, sin alterar el funcionamiento de todos los demás.” (Informe Comisión Presidencial de Salud, Informe Final, diciembre de 2010, p.4).

**19º.-** Esto explica por qué las propuestas de reforma a la salud en Chile (véase, por ejemplo, las propuestas de las comisiones presidenciales de 2010 y 2014) abordan los problemas desde una perspectiva más integral o global. Si bien existen diferencias respecto de las soluciones más apropiadas para enfrentar los problemas diagnosticados (esto último sobre lo cual parece no existir mucha divergencia), ninguna propuesta, incluso las que postulan unificar los sistemas de seguro contra pérdida de ingresos por enfermedad o incapacidad, intenta hacerlo igualando



ambos sistemas respecto de una sola variable aislada, como aquella cuyo tratamiento se aspira a igualar por quienes postulan la inconstitucionalidad del precepto legal.

**20º.- EN SUMA,** el subsidio por enfermedad y medicina curativa (licencia médica) y el subsidio por incapacidad temporal asociado a accidentes laborales y enfermedades profesionales están hoy contruidos de una manera lo suficientemente distinta como para poder compararlos adecuadamente en base sólo al requisito de la contribución al seguro por un determinado tiempo. Pretender comparar seguros con características distintas (al menos parcialmente) y realizar una valoración en cuanto a su razonabilidad enfocándose en tan sólo uno de muchos factores o aspectos que se encuentran interrelacionados entre sí, no es un raciocinio en que pueda sustentarse una infracción a la igualdad ante la ley.

**II.- NO ES EN SÍ MISMO IRRACIONAL QUE UN SEGURO DE SALUD CONTEMPLA LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO.**

**21º.-**No sólo es equivocado reclamar igualdad ante situaciones disímiles, sino que, además, no es irracional ni extraño que pueda exigirse como requisito, tal como lo hace la norma legal impugnada, haber cotizado o contribuido o no al seguro por un cierto período de tiempo y con una determinada regularidad. Sin perjuicio de las consideraciones teóricas que puedan hacerse y que dicen relación con minimizar ciertos comportamientos estratégicos (como, por ejemplo, el problema de la selección adversa) con impacto en el financiamiento de los seguros, se mostrará que en la legislación comparada no es extraño el establecimiento de este tipo de condiciones para la procedencia del pago de seguros como el de licencia médica. El cuadro siguiente ilustra lo recién señalado:

<b>País</b>	<b>Tasa de reemplazo</b>	<b>cobertura</b>	<b>Información adicional</b>
España	60%, después 75%	Hasta 52 semanas	Beneficio pagado por el empleador del día 4 al día 15. Luego, es cubierto por el Estado por un máximo de 12 meses. Se paga el 60% de los ingresos hasta el día 20; 75% a

			<p>partir de entonces. Puede ser extendido por otros 180 días con certificado médico.</p> <p><b>Elegibilidad: sólo los que han cotizado a la seguridad social por 180 días en los últimos 5 años previos a la licencia médica.</b></p>
Argentina	100%	Hasta 26 semanas	<p>El beneficio no considera periodo de carencia y es pagado con una tasa de reemplazo de 100% por hasta 26 semanas. <b>Para tener derecho al subsidio sólo es necesario estar empleado y tener seguro.</b></p>
Colombia	66,6%	Hasta 180 días	<p>El beneficio aplica a partir del quinto día y <b>se debe cotizar al seguro por 4 semanas.</b> La tasa de reemplazo equivale a dos tercios de la renta del trabajador y el periodo máximo de reposo laboral remunerado asciende a 180 días.</p>
Costa Rica	60%	Hasta 52 semanas	<p>No opera el periodo de carencia y se paga un 60% del salario por hasta 52 semanas. <b>Los trabajadores deben contribuir al seguro por 4 semanas.</b></p>
Perú	100%	Hasta 49 semanas	<p>Los empleadores pagan por 20 días el 100% de la remuneración de los trabajadores. A partir de entonces, el seguro social paga la misma tasa de reemplazo por un plazo máximo de 49 semanas. <b>Los trabajadores deben tener cotizaciones entre 13 y 17 semanas para hacer uso del beneficio.</b></p>

Uruguay	70%	Hasta 12 meses	El beneficio se paga a partir del cuarto día. Se financia el 70% de la renta del trabajador y <b>para tener acceso se debe contribuir al seguro por 13 semanas.</b>
---------	-----	----------------	---

Fuente: Elaboración propia en base a Isabel Poblete H. y Javier Rivera C. ("Subsidio por Incapacidad Laboral en Chile: Situación Actual y Propuestas de Modificación". Documento de Trabajo N° 10, Superintendencia de Seguridad Social, septiembre de 2017).

### **CONCLUSIÓN.**

**22º.-** De acuerdo a lo establecido en el artículo 93, inciso primero, número 6º, de la Constitución Política de la República y por las consideraciones expuestas precedentemente, estos Ministros consideran que el presente requerimiento debe rechazarse.

### **B. Argumentos del Ministro señor Gonzalo García Pino para rechazar el requerimiento deducido a fojas 1.**

#### **El Ministro Gonzalo García Pino previene que concurre al rechazo basado en los siguientes argumentos:**

**1.** Que de acuerdo a los siguientes criterios interpretativos se puede adoptar una decisión: naturaleza jurídica de las licencias médicas; contenido constitucionalmente protegido del derecho de seguridad social; el subsidio por incapacidad laboral; el subsidio es expresión de la seguridad social;

#### **Naturaleza jurídica de las licencias médicas.**

**2.** Que nuestro Tribunal ha considerado que las licencias médicas "1. Confieren un derecho a los empleados afectos al régimen del sector público o al del sector privado. [...] 2. Constituyen un derecho irrenunciable para el empleado. [...] 3. Obligan al empleador a velar por que el empleado no efectúe ninguna actividad relacionada con sus funciones durante el período que dure la licencia médica. [...] 4. No impiden ni obstaculizan el goce total de las remuneraciones del empleado o funcionario. [...] 5. El régimen que rige a las licencias médicas forma parte del ámbito de la seguridad social que debe ser regulado por leyes de quórum

calificado según ordena el inciso segundo del artículo 19 N° 18° de la Constitución Política.” (STC 1801, c. 12°);

**3.** Que en tal sentido, “[L]as licencias médicas constituyen un “derecho vinculado a la protección de la salud”, conforme se dejó constancia en el Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno enviado al Presidente de la Cuarta Comisión Legislativa el 24 de agosto de 1988, en el marco de la tramitación de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo (Boletín N° 987-06). Así, los bienes jurídicos que se trata de resguardar a través de la licencia médica son la vida y la salud, constitucionalmente asegurados en los numerales 1° y 19° del artículo 19 constitucional” (STC 2830, c. 7°);

#### **B.- Contenido constitucional del derecho a la seguridad social.**

**4.** Que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de examinar con profundidad los alcances del derecho a la seguridad social examinando sus elementos nucleares o esenciales, así como aquéllos que son competencia del legislador;

**5.** Que en tal sentido, “el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a “*garantizar*” el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución)” (STC 1710, c. 131°);

**6.** Que, asimismo, “la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie. La expresión “todas las personas” no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos “cada persona”, que utiliza su numeral 9°, “prestaciones básicas uniformes” y “todos los habitantes”, contenidos en su numeral 18° [...]

7. Que también la Constitución acoge el principio de universalidad objetiva, pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales. En el derecho a la protección de la salud se otorgan “acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” y la “ejecución de las acciones de salud” (artículo 19, N° 9°). En el derecho a la seguridad social, se asegura “el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes” (artículo 19, N° 18°)” (STC 1710, c. 132° y 133°). “nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados. Las expresiones que en tal sentido emplea el texto constitucional son: “*libre e igualitario acceso*” (artículo 19, N° 9°) y “*prestaciones básicas uniformes*” (artículo 19, N° 18°). Por su parte, por mandato de la misma Carta Fundamental, el Estado debe “*garantizar*” los derechos (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero) y/o “*supervigilar*” (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto), o incluso “*coordinar y controlar*” (artículo 19, N° 9°)” (STC 1710, c. 134°);

8. Que, “finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de “*garantizar*” el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero). Su papel es el de dirección y regulación de los privados. En materia de salud, le corresponde “*coordinar y controlar*” las prestaciones (artículo 19, N° 9°, inciso tercero) y en seguridad social, específicamente le compete “*supervigilar*” el sistema (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto)” (STC 1710, c. 135°);

### **C.- El subsidio por incapacidad laboral.**

9. Que bajo el marco de la seguridad social, este subsidio regulado por el DFL 44/1978 beneficia a trabajadores dependientes e independientes que pertenecen al sistema previsional, con el pago en dinero de sus remuneraciones durante el tiempo en que estén incapacitados para trabajar y gocen de una licencia médica. La Superintendencia de Seguridad Social lo define como “un beneficio en dinero que tiene por finalidad cubrir la contingencia o estado de necesidad que se le genera a un trabajador por la suspensión transitoria de la capacidad de trabajo, originada por enfermedad o accidente común, que reemplaza a la remuneración o

renta del trabajador, siempre que se cumplan ciertos requisitos mínimos de afiliación y cotización.” (web SUCESO);

**10.** Que el beneficio se paga con cargo a las cotizaciones obligatorias de salud, se trata entonces de un subsidio que depende de la contribución del beneficiario, y que se devenga por día, usando como base de cálculo el promedio de las tres remuneraciones netas más cercanas a la fecha de licencia (art. 8 DFL 44). Durante los períodos de incapacidad laboral, las entidades pagadoras del subsidio deben retener el monto correspondiente para pagar las cotizaciones obligatorias de salud y previsión (art. 22 DFL 44), asegurando con ello que el trabajador continúe protegido por el sistema de seguridad social. Para acceder a este subsidio el legislador pide requisitos de afiliación y tiempo de cotizaciones, diferenciando entre trabajadores dependientes e independientes. Estos requisitos permiten, por un lado, acreditar que se el trabajador forma parte del sistema previsional, y por otro, establecer un tiempo razonable para determinar la base de cálculo del subsidio;

#### **D.- El subsidio es expresión de la seguridad social.**

**11.** Que el beneficio descrito protege a los trabajadores del riesgo de no percibir remuneraciones mientras sufren una enfermedad que les impide trabajar;

**12.** Que para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el derecho a la seguridad social comprende “el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.” (Observación General N° 19, párr. 2);

**13.** Que, particularmente respecto de enfermedad, el Comité PIDESC precisa que “[d]eben proporcionarse prestaciones en efectivo durante los períodos de pérdidas de ingresos a las personas imposibilitadas de trabajar por razones de salud. Los períodos prolongados de enfermedad deben dar derecho a percibir prestaciones de invalidez.” (Observación General N° 19, párr. 14);

**14.** Que esta prestación también debe asegurarse también a los trabajadores más desprotegidos por la seguridad social: “Los

Estados Partes deben tomar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para que los sistemas de seguridad social incluyan a los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, incluidos los trabajadores a jornada parcial, los trabajadores ocasionales, los empleados por cuenta propia y las personas que trabajan en su domicilio. En los casos en que los planes de seguridad social para estos trabajadores se basen en una actividad profesional, estos planes deben adaptarse de manera que los trabajadores tengan condiciones equivalentes a las de los trabajadores a jornada completa comparables. Salvo en el caso de los accidentes laborales, esas condiciones podrían determinarse en proporción a las horas de trabajo, a las cotizaciones o a los ingresos, u otro método apropiado. Cuando los planes basados en la actividad profesional no proporcionen una cobertura adecuada a estos trabajadores, el Estado Parte tendrá que adoptar medidas complementarias.” (Observación General N° 19, párr. 33°);

#### **E.- Características del caso concreto.**

**15.** Que, si bien este Tribunal no ve razones constitucionales para cuestionar, a priori, la existencia de requisitos de afiliación y cotización a los beneficiarios del subsidio por incapacidad laboral, lo cierto es que tales requisitos deben interpretarse teleológicamente;

**16.** Que lo importante para el legislador es corroborar que se trate de un trabajador que contribuye al sistema previsional, y poder constatar un monto promedio de remuneraciones para calcular el subsidio. De lo que se trata es de construir un sistema de seguridad social viable sobre bases creíbles, de las que se derivan la existencia de requisitos para los cuales la Constitución autoriza expresamente al legislador para imponerlos;

**17.** Que el sistema de seguridad social no puede desplazar y excluir a un trabajador, en el mayor riesgo y vulnerabilidad, por una interpretación restrictiva. Como ha afirmado este Tribunal, la finalidad de la seguridad social es proporcionar sosiego frente a contingencias determinadas, no ser fuente de angustias o desvelos (STC 1572, c. 58°). En este caso no existe cuestionamiento acerca de la veracidad del diagnóstico del recurrente de protección y de la necesidad de las licencias médicas. Se trata de una enfermedad catastrófica terminal, con bajas posibilidades de recuperación. Asimismo, según consta a fs. 15, que el recurrente ha contribuido al sistema previsional y la Corte puede efectuar tal corroboración;

**18.** Que, en definitiva, se trata de un problema de legalidad. Conforme a los antecedentes del caso, corresponde a la

Corte requirente interpretar el precepto impugnado y corroborar si el recurrente cumple los requisitos. El régimen de prueba, el cumplimiento normativo de los plazos, una interpretación amplia de la concurrencia de derechos y la contratación de buena fe en el marco del ejercicio de un derecho constitucional son cuestiones que son parte de la órbita de atribuciones del órgano requirente. Tal corroboración debe hacerse en conformidad a la interpretación de la Corte y sin que las tesis administrativas configuren precedentes determinantes. Ese el marco para el análisis de la concurrencia del juicio de legalidad y de arbitrariedad al que está convocada la Corte para resolver. Son estas las cuestiones que promueven un rechazo débil del requerimiento.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

- I. QUE, HABIÉNDOSE PRODUCIDO EMPATE DE VOTOS, NO SE HA OBTENIDO LA MAYORÍA EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, NUMERAL 6° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD REQUERIDA, POR LO QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.**
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

Redactó el voto por acoger el requerimiento, la Ministra señora Marisol Peña Torres; el voto por rechazarlo, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán y, la prevención a éste, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese y regístrese.

**Rol N° 4102-17-INA.**

Sr. Aróstica



Sr. García

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva Y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió al acuerdo, pero no firma la presente sentencia por haber cesado en su cargo.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.