

Dictamen ID N° 6.221 Fecha: 8-II-2007

La Dirección Nacional del Servicio Civil y la Asociación de Fiscalizadores de Impuestos Internos de Chile, han solicitado a esta Contraloría General la reconsideración del dictamen N° 57.871 de 2005, de este origen, en el cual se concluyera la improcedencia de que funcionarios que estén en goce de licencia médica por enfermedad común, por maternidad o por enfermedad grave del hijo menor de un año, puedan participar en concursos internos de promoción convocados por las reparticiones en que sirvan.

Funda su petición la Dirección Nacional del Servicio Civil, en que el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, lo que implica que cumpliendo los requisitos establecidos en la ley, el reglamento y las bases respectivas para postular a un concurso de promoción interno, todos los interesados en participar pueden hacerlo en igualdad de condiciones.

Agrega, que según las normas que cita de la ley N° 18.834, constituye un derecho funcionario la posibilidad de participar en igualdad de condiciones en concursos como los de que se trata, sin que el legislador haya establecido la circunstancia de encontrarse el empleado afecto a una licencia médica, sea ésta común, maternal o por enfermedad grave del hijo menor de un año, como un impedimento, inhabilidad o requisito para el ejercicio del derecho a participar en tales certámenes.

Sostiene, asimismo, que la expresión "reposo" de que se vale en varias ocasiones el decreto supremo N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, no puede ser entendida en un sentido amplio, sino que restringido a la ejecución de trabajos, no pudiendo ser analogadas las tareas propias del empleo con las actividades en que el funcionario incurre a propósito de un concurso de promoción.

La Asociación de Fiscalizadores de Impuestos Internos de Chile, por su parte, junto con reiterar en lo sustantivo las mismas argumentaciones antes resumidas, expone que el Estatuto Administrativo garantiza la carrera funcionaria y nada, excepto texto expreso legal o constitucional, puede impedir

su desarrollo; puntualiza también, que acorde al inciso tercero del artículo 17 del Estatuto Administrativo, es prohibido todo acto de discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo.

Ahora bien, cumple recordar que el dictamen N° 57.871 de 2005, cuya reconsideración se solicita, sostuvo en lo que interesa, la improcedencia de que funcionarios que estén en goce de licencia médica por enfermedad común, por maternidad o por enfermedad grave del hijo menor de un año, puedan participar en concursos internos de promoción, teniendo en cuenta principalmente para ello, la prohibición de efectuar trabajos que el Código del Trabajo establece respecto de la mujer que esté en goce del descanso de maternidad y, también, que el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas, contenido en el decreto supremo N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, preceptúa en varias de sus disposiciones la obligatoriedad del beneficiario de cumplir rigurosamente el reposo prescrito (que puede ser total o parcial), prohibiendo que durante su vigencia se realice cualquier labor, disponiendo, incluso, el rechazo o invalidación de la licencia ya concedida si no se da cumplimiento al descanso indicado o si se realizan trabajos remunerados o no durante él, sin perjuicio de las sanciones para el empleador que permita que el trabajador continúe desarrollando labores.

Sobre el particular, cumple desde ya esta Contraloría General, con informar que mediante su oficio N° 58.507, de 2006, se reconsideró parcialmente el dictamen N° 57.871 de 2005, en lo relativo a la licencia médica que da lugar al descanso maternal, pronunciando en el que, en síntesis, se sostuvo que la natural circunstancia de que una mujer sea madre de un lactante, no puede constituirse en un impedimento o traba para el libre ejercicio del derecho a participar con igualdad de oportunidades en un concurso que le permita acceder a un cargo o función pública o ser promovida en él, pues, en lo concerniente al descanso maternal, no puede entenderse que el "reposo total" que ordena el decreto supremo N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, tenga otra connotación que aquella que aparece definida en el acto reglamentario, esto es, lisa y llanamente, que confiere a la beneficiaria el derecho irrenunciable de ausentarse de su trabajo, sin que dicho reposo faculte a extender el claro alcance de la prohibición de realizar labores contenida en el artículo 195, del Código del Trabajo, a otros fines no previstos expresamente por el legislador.

Enseguida y en relación a la materia de que se trata, cumple considerar en primer término que la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 17, "La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes;" derecho constitucional que además se complementa con el artículo 38 de la Carta Magna, mediante el cual, el constituyente encarga al legislador que mediante una ley orgánica constitucional, asegure, entre otros derechos, la igualdad de oportunidades de ingreso a la Administración del Estado, lo que no es sino también una aplicación particular de la garantía fundamental de igualdad ante la ley que reconoce y ampara el N° 2, del citado artículo 19.

Que, en el mismo sentido de los preceptos constitucionales antes citados y en cumplimiento de ellos, el inciso segundo del artículo 16 de la ley N° 18.575 - cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado consta en el decreto con fuerza de ley N° 1 (19.653), de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia- previene que todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración del Estado, previo concurso.

De este modo, según se logra desprender de los textos normativos precedentemente referidos, el derecho a ser admitido a todas las funciones y empleos públicos y a participar en igualdad de condiciones en los respectivos concursos reviste rango constitucional, sin que el legislador al regular la materia que nos ocupa, establezca en los textos legales pertinentes, prohibiciones, impedimentos o requisitos que permitan excluir del goce de tales derechos a las personas que estén haciendo uso de licencia médica.

No obstante, corresponde también anotar que el constituyente asegura en el artículo 19 número 1° de la Carta Fundamental, el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de las personas; y de igual forma, en su numeral 9°, el derecho a la protección de la salud.

En armonía con ello, cabe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 111, del Estatuto Administrativo, se entiende por licencia médica "el derecho que tiene el funcionario de ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado lapso, con el fin de atender al restablecimiento de su salud, en cumplimiento de una prescripción profesional certificada por un médico cirujano, cirujano dentista o matrona, según corresponda", concepto que, por

su parte, reitera en similares términos, el artículo 1° del decreto supremo N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, sobre autorización de licencias médicas.

Por su parte, el artículo 6° del decreto supremo N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, preceptúa que la dolencia que afecte al trabajador, y el reposo necesario para su recuperación deberán certificarse por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona, esta última en caso de embarazo y parto normal. Los profesionales mencionados -añade-, considerando la naturaleza y gravedad de la afección, el tipo de incapacidad que ésta produce y la duración de la jornada de trabajo del trabajador, podrán prescribir reposo total o parcial. Sin embargo, en los casos de licencia por descanso maternal y por enfermedad grave del hijo menor de un año sólo podrán ordenar reposo total.

De lo expresado se colige, que tratándose de licencia por descanso maternal, el reglamento, al ordenar únicamente el reposo total, consagra una verdadera ficción, pues en tal evento el trabajador no adolece, en realidad, de una enfermedad que pueda hacer variar la duración o modalidad de goce de la licencia (total o parcial), habida cuenta de que en la hipótesis del embarazo, se trata de un hecho natural y no mórbido de la beneficiaria, como se sostuvo, por ejemplo, en el dictamen de este origen N° 8.629 de 1985.

Así, resulta preciso entender que en la hipótesis de licencia maternal la expresión "reposo" está restringida exclusivamente a exonerar a la beneficiaria de su obligación de asistir y dar cumplimiento a los desempeños inherentes a la función o servicio que realiza para su empleador.

Por su parte, en lo concerniente a la licencia por enfermedad común, el acto médico-administrativo que la origina, certifica que la quebrantada salud del propio trabajador le exige guardar reposo -vale decir, según el diccionario de la Real Academia Española: "descansar, dar intermisión a la fatiga o al trabajo"- como medio necesario para reestablecerse y, es - precisamente por eso, que queda justificado para ausentarse de su empleo.

En la licencia por enfermedad grave del hijo menor de un año, en cambio, si bien el funcionario no está enfermo, el descanso que ese beneficio origina tiene por objeto permitir a la madre (o al padre en su caso) dedicar su plena atención al cuidado próximo e inmediato del niño gravemente afectado en su salud, lo

que explica que en este tipo de licencia, la duración del descanso que ella confiere esté en directa relación con el tiempo que requiera la recuperación de la salud del menor.

De lo anterior se puede inferir que tanto en el caso de enfermedad común, como en el de la enfermedad grave del hijo menor de un año, el descanso que trae aparejada la licencia médica tiene por preciso objetivo hacer posible el restablecimiento de la salud, ya del trabajador o de su hijo, de forma tal que aparecería como contradictorio que la misma persona que por un lado esgrime título para atender a la recuperación de su salud o para cuidar de quien padece de una grave afección, por otra parte sostenga que el mismo hecho que da lugar a la licencia no le impide participar y dar cumplimiento a las exigencias propias de un concurso de promoción.

Conforme a ello, y tal como antes se anotara, si bien el constituyente garantiza el derecho a ser admitido a toda función o cargo público y a participar en igualdad de condiciones en los concursos pertinentes, también es cierto que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de las personas, y de igual forma, el derecho a la protección de la salud, garantías todas ellas respecto de las cuales, el artículo 5° de la Carta Fundamental, impone a los órganos del Estado el deber de respetarlos y, más aun, promoverlos.

Luego, la interpretación que corresponda dar a un precepto legal, debe efectuarse intentando armonizar su sentido con los preceptos constitucionales y, en la especie, con las garantías recién anotadas, como ha tenido ocasión de precisarlo esta Contraloría General en su dictamen N° 59.795, de 2006.

De esta forma, es dable colegir, por una parte, que no habiendo establecido el legislador expresamente una inhabilidad para participar en concursos por encontrarse el funcionario haciendo uso de licencia médica, no resulta posible impedir por ese motivo el libre ejercicio del derecho constitucional consagrado en el número 17, del artículo 19, de la Constitución, lo cual es sin perjuicio, por otra parte, a que en cumplimiento del mandato del artículo 5° de la Constitución, los órganos del Estado lleven a cabo las acciones tendientes a velar por la debida protección de la salud a través del correcto uso de la licencia médica de conformidad a la normativa vigente, lo que conlleva, en su caso, hacer efectivas las responsabilidades en que pueda incurrir el funcionario por causa de la infracción a las normas legales y reglamentarias que regulan el uso, otorgamiento o autorización del beneficio de que se trata.

En este orden de ideas, cabe tener presente que el artículo 55 del decreto supremo N° 3, de 1984, de Salud, previene que habrá lugar al rechazo o a la invalidación de la licencia ya concedida, debiendo devolverse obligatoriamente la remuneración indebidamente percibida, entre otros casos, cuando no se dé cumplimiento al reposo indicado en la licencia.

Asimismo, el artículo 51 del citado decreto supremo encarga al empleador adoptar las medidas destinadas a controlar el debido cumplimiento de la licencia de que hagan uso sus trabajadores, mientras que por su parte, el artículo 50 del mismo cuerpo normativo, previene que toda vez que se constate una infracción a normas legales y reglamentarias que rijan el uso, otorgamiento o autorización de licencias médicas, o cualquiera otra infracción a las normas del presente reglamento, la COMPIN o la ISAPRE, deberán dar cuenta al empleador, para que éste haga efectiva la responsabilidad administrativa que pudiere encontrarse comprometida o para que adopte las medidas laborales que fueren procedentes, según se trate de trabajadores del sector público o privado. Además, si así correspondiere, deberán remitirse los antecedentes a la Contraloría General de la República, a la Superintendencia de Seguridad Social, a la Dirección del Trabajo o a otros organismos de control competentes, para que adopten las medidas que las irregularidades observadas justifiquen.

De este modo, considerando que tratándose de licencias médicas otorgadas en razón de alguna enfermedad que afecte personalmente al funcionario, la prescripción médica le exige descansar de modo efectivo para reestablecer su salud, y que en el caso del descanso por la licencia por enfermedad grave del hijo menor de un año, si bien el funcionario no está enfermo, el beneficio descansa en la hipótesis de un hijo a tal grado comprometido en su salud que exige la plena dedicación del beneficiario al cuidado del infante, cabe concluir que en tales circunstancias la participación del servidor en un concurso de promoción interna aparece como inconciliable con tales propósitos, razón por la cual, los Servicios, en ejercicio de sus deberes de control, deberán imperativamente y tan pronto tomen conocimiento que el funcionario ha vulnerado el descanso ordenado, comunicar tal infracción al organismo de salud competente a efectos de proceder a la invalidación de la licencia médica, obtener el correspondiente reembolso de lo indebidamente percibido a título de remuneración por parte del funcionario y adoptar las medidas disciplinarias que sean procedentes.

No habrá lugar a lo recién resuelto, en cambio, tratándose de la licencia médica por descanso maternal pues en tal situación no existe enfermedad de por medio y, en ese caso, el reposo total constituye una causa justificante para no realizar actividades laborales, mas no una medida necesaria para la recuperación de la salud de quien goza de la licencia o de su hijo.

Finalmente, atendido lo precedentemente resuelto, se reconsidera en los términos expuestos y sólo en lo concerniente a las licencias médicas, el dictamen N° 57.871 de 2005, de esta Contraloría General de la República, confirmándose el dictamen N° 58.507, de 2006.