Universidad de los Andes
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

rjd.uandes.cl

2020 | Volumen 4 Núm. 1

Revista Jurídica Digital UANDES es una revista científica editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

Índice

Artículos

Argumentos retóricos y elementos de prueba en procesos criminales de la Real Audiencia de Lima a finales del siglo XVIII 1-20
Rafael Ruiz

Registro de cargos o funciones en el reglamento interno, y su aporte en la reducción de la discriminación laboral 21-43
Edmundo Piffre de Voban Barrón

El contrato de trabajo eventual en Argentina 44-58
Lucas F. Tamagno

La potestad sancionatoria de la Dirección del Trabajo 59-85
Isaías Rodríguez Reyes

La calificación de actividades de prestación como servicio público: revisión crítica desde criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico 86-111
Luis Alfonso Herrera Orellana

Los informes en la Administración: una indefinición problemática 112-130
Pamela Beltrán Varas, Javiera Barcia Sir

Colaboraciones

Pandemia, obligaciones y contratos: nuevas soluciones para nuevos problemas 131-138
Hernán Corral Talciani

Comentarios de Jurisprudencia

La publicidad de los actos urbanísticos municipales: comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 175-2020 (Inmobiliaria San Carlos S.A. con Ilustre Municipalidad de Las Condes) 139-145
Carolina Helfmann M.

Solicitud de declaración de existencia de relación laboral entre un repartidor o rider y una plataforma electrónica (Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 5 de octubre de 2020. Rit M-724-2020) 146-149
José Luis de Marchena Vidal

La relación entre buena fe, expectativas razonables, disposiciones especiales o generales, finalidad del contrato y desequilibrio importante, en la letra g) del artículo 16 de la Ley N°19.496: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 22 de agosto de 2019, dictada en autos Rol N° 9816-2019 150-159
David Alejandro Rodríguez Guerra

Proporcionalidad en la aplicación de sanciones por faltas graves a la probidad administrativa. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles, rol 18823-2019, 2 de marzo de 2020 160-166
Patricio Ponce Correa

El resurgimiento de la teoría de la imprevisión como un asunto de lege ferenda en tiempos de pandemia y la apertura de la Corte Suprema para acogerla: comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 28.122-2018 **167-174**
Ignacio Letelier Jofré

Prescripción extintiva de los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público: crítica a la actual postura mayoritaria de la tercera sala de la Corte Suprema **175-191**
Álvaro Quezada Vidal

Autodespido y compensación del fuero sindical: comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de 1 de julio de 2019, rol n° 2.405-2018, "Arancibia Morales Sara contra Inmobiliaria y Constructora Fundart Ltda. y otra" **192-196**
Javiera Mulet Santibáñez

Revista Jurídica Digital UANDES 4/1 (2020), 1-20 DOI: 10.24822/rjduandes.0401.1

Rafael Ruiz*
Universidade Federal de São Paulo, Brasil
rafarui@hotmail.com
Recibido: 11.06.20
Aceptado: 03.11.20

Argumentos retóricos y elementos de prueba en procesos criminales de la Real Audiencia de Lima a finales del siglo XVIII

Rhetorical arguments and evidence elements in criminal cases in the "Real Audiencia de Lima" at the end of the 18th century

Resumen: La finalidad de este trabajo es la de analizar los argumentos retóricos presentados como elementos de prueba por las partes litigantes en procesos criminales juzgados en la Real Audiencia de Lima, a finales del siglo XVIII. Intentaré mostrar cómo una de las cuestiones más importantes, en procesos de "difícil probación", eran las presunciones legales y las conjeturas, y cómo esos medios de prueba no eran tan solo una ficción jurídica, sino, también y, principalmente, una cuestión de argumentación retórica, filosófica, moral y teológica. La hipótesis que sustenta este trabajo parte de la idea de que las presunciones legales al fortalecer, tanto lo que se piensa habitualmente como lo que ocurre generalmente, terminan confirmándolos, negándolos o modificándolos, a partir de los procesos históricos y sociales. A partir de los casos analizados, intentaré mostrar la lógica retórica y argumentativa y los cambios semánticos ocurridos con relación a la "patria potestad". La fuente documental se encuentra en el Archivo General de la Nación, en Lima, sección Real Audiencia, Causas Criminales. Serán utilizados dos procesos por crimen de rapto y estupro, uno antes y otro después de la publicación de la Pragmática Sanción, con una diferencia, entre ambos, de 48 años.

Palabras clave: retórica jurídica; presunción; probabilismo; patrio poder; Pragmática Sanción.

Abstract: This work aims to analyze the rhetorical arguments presented as evidence by the litigating parties in criminal proceedings tried in the Real Audiencia de Lima, at the end of the eighteenth century. I will try to show how one of the most significant issues in processes "hard to prove" were legal presumptions and conjectures. Likewise, besides legal fiction, how these means of proof were mainly a case of rhetorical, philosophical, moral, and theological argumentation. The hypothesis supporting this work rests on the idea that legal presumptions, by strengthening what is usually thought and generally occurs, end up confirming, denying, or modifying legal concepts based on historical and social processes. I will try to show the rhetorical and argumentative logic and the semantic changes regarding "parental authority" from the cases analyzed. The documentary source is found in the Archivo General de la Nación, in Lima, section Real Audiencia, Causas Criminales. I will use two kidnapping and statutory rape processes that occurred with a difference of 48 years between them—one before the publication of the *Pragmática Sanción* and the other one after.

Keywords: legal rhetoric; presumption; probabilism; parental authority; *Pragmática Sanción.*

* El autor agradece a la FAPESP por la beca concedida para el desarrollo de esta investigación.

El término "retórica", desde hace ya bastante tiempo, como indicaba Perelman a finales de los años setenta del siglo pasado, lleva a pensar en algo que "degeneró en el siglo XVI al quedar reducida a un estudio de figuras de estilo" (Perelman, 1979, p. 139) y, creo que, sin exageración, en los tiempos que corren, es entendida todavía tan solo como algo cercano al campo de las letras o de las figuras del discurso y de la elocuencia.

Por su parte, Olivier Reboul, en su libro sobre retórica, explicaba este hecho diciendo que fue a partir del Renacimiento cuando se produjo el proceso de su decadencia. Para Reboul, y muchos otros autores, "fue el humanista Pedro Ramus (Pierre de la Ramée, 1515-1572) quien separó "la Dialéctica, arte de la argumentación racional, de la Retórica, reduciéndola al estudio de los medios de expresión ornados y agradables, o sea, reduciéndola a la elocuencia" (Reboul, 2004, p. 79).

No será en este sentido, de un arte del bien hablar y de la elocuencia elegante por medio de figuras del lenguaje, que lo utilizaré en este artículo. Lo haré desde el punto de vista de la "nueva retórica", destacada por los trabajos de Chaim Perelman, que siempre defendió la fuerza de la argumentación retórica como forma de llegar a la persuasión y a la convicción.

De acuerdo con Perelman, al lidiar con procesos judiciales, habría que tener en cuenta que "la argumentación no contempla exclusivamente la adhesión a una tesis porque sea verdadera. Podemos preferir una tesis a otra porque nos parezca más equitativa, más oportuna, más actual, más razonable o mejor adaptada a la situación" (Perelman, 1979, p. 153).

Y, aún de acuerdo con Perelman, "la búsqueda de soluciones concretas obliga con frecuencia a reinterpretar los principios, a contraponer el espíritu a la letra de la ley o lo que es lo mismo, el punto de vista práctico, esto es, el que toma en consideración las consecuencias que resultan de la aplicación de una regla, frente al punto de vista formalista, que es el de la aplicación literal del texto. Adoptando uno u otro punto de vista, interpretaremos los términos de la ley de una manera más rígida o más flexible" (Perelman, 1979, p. 160).

Me parece que las afirmaciones de Perelman ayudan a entender mejor la naturaleza peculiar de los elementos de prueba que pretendo discutir en este trabajo. Las presunciones, las suposiciones, los indicios o las conjeturas se desarrollan más en el terreno de lo dudoso que de lo verdadero, se apoyan más en lo verosímil que en la verdad, y su fuerza muchas veces se encuentra, como también afirma Rosoni, en el sentido común o en lo que habitualmente sucede, de tal manera que, si un argumento no llegara a ser verosímil, no podría ser presumido (Rosoni, 1995, p. 103).

En ese sentido, y volviendo a Perelman, me parece que analizar los procesos a partir de ese punto de vista podrá dar más luz sobre los fundamentos y las hipótesis en que se apoyaban dichas suposiciones, ya que, el hecho de plantear una presunción como argumento capaz de formar la convicción del juez tendría que apoyarse en una interpretación más flexible de la ley y de los hechos.

La fuerza del argumento más que en la letra de la ley, podía ser encontrada en lo que solía suceder y *probablemente* habría sucedido de aquella manera. O sea, probablemente podría haber sucedido, pero *quizás no.* Esa incerteza y esa probabilidad, más que una forma de percepción o de cognición de la realidad, eran el telón de fondo en que se desarrollaba la vida (Caro, 1978). Y fue precisamente en esa forma incierta y tan solo probable de entender la vida que se desarrolló el probabilismo, dentro de la teología moral católica[1].

Mi hipótesis de trabajo sostiene que las presunciones legales, precisamente por apoyarse en lo que se piensa o en lo que ocurre habitualmente, y analizando esas

presunciones en un plazo de tiempo relativamente largo, pueden dar una luz más clara sobre el sentido y el vigor de una determinada categoría jurídica, sobre su fuerza coactiva, sus cambios semánticos o sus modificaciones y adaptaciones a las vicisitudes históricas y sociales.

Al escoger la categoría de "patria potestad" lo hice pensando en que, de alguna manera y de acuerdo con una tendencia historiográfica dominante, es una de aquellas figuras que manifiestan de forma más clara el tenor autoritario y coactivo de lo que se ha dado en llamar "patriarcalismo del Antiguo Régimen".

Y, en ese sentido, el objetivo de este artículo es intentar mostrar, a partir de los casos analizados, el carácter histórico jurídico del concepto de "patria potestad" y hacer ver que ese mismo concepto demanda una reflexión en torno a su significado, dado que, debido a las mudanzas del significante con el correr del tiempo, se hace necesario matizar su contenido según el escenario temporal y espacial.

Con eso, creo que sigo una corriente de investigadores que, principalmente en el campo de la historia, también están cuestionando categorías históricas y jurídicas a las que estábamos acostumbrados desde hace tiempo[2].

Los procesos escogidos obedecen al hecho de que tratan sobre la "patria potestad" *antes* y *después* de la Pragmática Sanción de Carlos III, de 1776 (1778 para la América española), con un intervalo de tiempo próximo a los cincuenta años. Como se sabe, la Pragmática pretendía reafirmar la "patria potestad" sobre la voluntad individual de los hijos, considerando que no se podía permitir que hubiera casamientos desiguales por motivos de raza, etnia o estado y posición económica.

Mi trabajo se centrará en mostrar, por medio de los argumentos utilizados por la defensa y por la acusación, en qué medida y hasta qué punto un tipo o concepto jurídico puede cambiar de sentido y de significado a lo largo del proceso histórico.

En un artículo relativamente reciente, el historiador Fuentes-Barragán (2016, pp. 53-84) resume con detalle el estado actual de la cuestión en torno a la Pragmática Sanción de Carlos III y a los juicios de disenso. Su resumen abarca trabajos clásicos y señeros como el de Nelly R. Porro (1978), de finales de la década del setenta, bien como, ya más recientes, el de Noemí del Carmen Bistué y Cecilia Marigliano (1992, pp. 75-101), para el área de Mendoza, el de Mónica Ghirardi (2004) para Córdoba, o el de Viviana Kluger (1997, p. 365-390), para el Virreinato del Río de la Plata, y los trabajos de varios otros historiadores que estudiaron la Pragmática y los disensos.

Mi intento aquí no es el de tratar propiamente de la Pragmática Sanción sino el de analizar las formas argumentativas utilizadas por las presunciones y suposiciones legales como formas de probar las permanencias y los cambios semánticos de la "patria potestad" en el Virreinato del Perú. Remito a esos artículos y autores para un estudio más detallado sobre la Pragmática Sanción y sus aplicaciones y modificaciones a lo largo del tiempo, ya que, como el mismo Fuentes-Barragán indicaba en su trabajo, se pueden verificar hasta diez ediciones de la Pragmática, siendo las más popular la de 1803 (Fuentes-Barragán, 2016, p. 55).

[1] La Teología moral desarrolló a lo largo del siglo XVII y buena parte del XVIII una enorme cantidad de libros y tratados sobre la "opinión probable" y la conciencia y, de manera general, en casi todos había por lo menos un capítulo o sección o apartado dedicado a los casos y situaciones en que los jueces podrían decidir "de acuerdo con su conciencia" y "sin miedo de perder su alma". Para un estudio más detallado se pueden ver Maryks (2008); Tutino (2014) y Tutino (2018).

[2] Algunos estudios más recientes en Bustamante (2019), quien se refiere a la necesidad de matizar con relación al trabajo femenino (pp. 86 y ss.). En relación a la categoría "casta" y "sociedad de castas" es interesante el artículo de Giraudo (2018).

1. Algunas reflexiones necesarias sobre los medios de prueba

Antes de abordar el tema de este artículo, me parece aún necesario hacer una digresión filosófica y metodológica para poder encuadrarlo mejor.

De acuerdo con algunos historiadores del derecho, los siglos XVI y XVII significaron el momento histórico en que se desarrolló de forma más consistente la "construcción del sistema probatorio" (Rosoni, 1995, p. 5). Se trató de un largo proceso, de poco más de un siglo y medio, en que, principalmente a partir del descubrimiento de América y de la revolución del método, de la experiencia y de la crítica en el terreno epistemológico, en gran medida por medio de Bacon y Descartes, lo que se tenía como verdades asentadas durante la época medieval sufrió un proceso de erosión y de cambios a partir de cuestiones como la duda, la certeza e incerteza.

Fue precisamente durante ese mismo período histórico que, por medio de la Compañía de Jesús, se desarrolló el sistema moral conocido posteriormente como "probabilismo" que, por la relación tan estrecha que había entre lo moral y lo jurídico durante esa temprana modernidad, fue decisivo para el perfeccionamiento y desarrollo de la teoría sobre los medios de prueba.

Poco a poco, la conexión entre lógica, retórica y el papel de *lo probable* en el proceso judicial fue quedando más claro, ya que la misma naturaleza de todo proceso judicial se apoyaba principalmente en aquello que fue siendo llamado "prueba indiciaria"[3] , o sea, aquella que se nutría y fundamentaba en indicios, presunciones, conjeturas y suposiciones que no llegaban completamente a la verdad, pero sí se aproximaban lo suficientemente a ella. Eran opiniones más o menos ajustadas a la verdad, de acuerdo con el tenor de los indicios y presunciones, que configuraban de esa manera una "certeza probable" y no una "verdad plena" (Rosoni, 1995, p. 5).

La teoría de la prueba se fue elaborando con un particular tipo de retórica que, a partir de un modelo cognitivo fundamentado en la argumentación, permitía que se llegase a una certeza suficiente de que los hechos narrados y discutidos en juicio posiblemente habrían sucedido de aquella forma[4]. Como afirma Rosoni, esa teoría partía de una premisa o presupuesto que sirvió de fundamento para el desarrollo de la teoría de la prueba: una vez que se dejó de lado la tentativa de llegar a la verdad "plena", se podía aceptar que el juez sentenciara, sin miedo de "perder su alma", apoyando sus sentencias en la *verdad probable*, o sea, en aquella que se podía deducir de los argumentos retóricos que eran presentados por las partes en el proceso (Rosoni, 1995, p. 10).

Aristóteles, al explicar las relaciones entre conocimiento, lenguaje y ser[5], estableció una distinción que tendría una enorme transcendencia a lo largo de los siglos, de tal forma que hasta hoy podemos afirmar que pueden ser encontrados en el filósofo griego los fundamentos sobre los "medios de prueba", o sea, sobre aquellos medios que el hombre podría usar para probar una cosa o una afirmación.

[3] Se hace inevitable recordar aquí el "paradigma indiciario" de Carlo Ginzburg (1989) y, concretamente, aquella distinción que hace entre una "alta intuición" y una "baja intuición" al referirse al término árabe *firasa*, que, como él mismo decía, se refería al "órgano del saber indiciario" (p. 179).

[4] Hay un camino bastante largo, desde Platón y Aristóteles hasta el siglo XVIII, pasando por toda la Edad Media y por la influencia del derecho canónico, en que se fue desarrollando la teoría de la prueba como *argumentum*. Sobre ese tema, se puede ver Giuliani (1964). Sobre la cuestión de la "verdad de los hechos" y la "verdad de la prueba", puede ser interesante confrontar Taruffo (2014).

[5] Para un estudio más detallado de esas relaciones, véase Chilló (2015).

En primer lugar, al hablar sobre las formas de conocimiento, dijo que había un conocimiento que era el de las cosas necesarias y otro el de las contingentes, que podrían ser de una o de otra manera y no de una única y necesaria forma. Con relación a las primeras se tendría *ciencia* y con relación a las segundas, *retórica*, porque se estaba en el terreno de la *opinión*. Las verdades de la ciencia serían probadas por la demostración, mientras que las de la retórica sería por medio de la *argumentación*.

Y al tratar específicamente sobre la retórica, además de explicar que sería "la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer" (*Aristóteles, Retórica*, Lib. I, Cap. 2.1, 1355b, 25), también clasificó los medios de pruebas, de manera que habría pruebas naturales y pruebas artificiales (Aristóteles, Retórica, Lib. I, Cap. 2.2, 1355b, 35, y Cap. 15.1, 1375a-1377b).

Pero lo que me interesa en este artículo es la siguiente pregunta: ¿por qué son necesarias las pruebas?

Porque en la mayor parte de los casos de la vida, continúa diciendo Aristóteles, y principalmente en las cuestiones morales, políticas o jurídicas, en que las cosas no son necesariamente de una única forma, sino que dependen de los diferentes puntos de vista de los implicados en cada cuestión, el nivel de certeza a que se puede llegar con relación a la verdad nunca es completo ni absoluto. Y era por eso que Aristóteles se refería a otras categorías próximas a la verdad: *lo verosímil y lo probable.* Y será a partir de esas categorías que se irá elaborando lo que se podría llamar teoría de la prueba indiciaria, o sea, ¿cómo y por qué medios se podría probar algo en un proceso judicial, a partir de indicios, señales, argumentos y conjeturas?

Giacomo Menochio, renombrado jurista del siglo XVI, en su libro sobre las presunciones, explicaba que la presunción era aquella que nacía de cosas u opiniones probables[6] (Menochio, 1575, lib.I, q. 7, n. 2) y, al profundizar sobre la cuestión de si aquello que fuese probado sería "verdaderamente la verdad", afirmaba que el medio que la presunción usaba para probar era un argumento verosímil, formado a partir o bien de cosas probables o bien de aquello que comúnmente sucedía[7] (Menochio, 1575, lib.I, q. 7, n. 36).

Podríamos decir, por lo tanto, que, de manera general, la definición más común de presunción estaba relacionada con la idea de una conjetura probable sobre alguna cosa incierta, siendo una forma particular de raciocinio, por medio del cual, de un hecho *supuesto* como conocido se llegaba a un hecho desconocido y que, desde entonces, se tenía como probado, hasta que no se probase lo contrario (Rosoni, 1995, pp. 100-102).

Todo este entramado retórico que con los griegos estuvo intrínsecamente relacionado con la filosofía, con los romanos, principalmente con Cicerón y Quintiliano, pasó a hacer parte del mundo jurídico (Villey, 1979). Para Cicerón, "rueba es lo que persuade al juez, ante una cosa dudosa, por medio de argumentos" (Giuliani,1964, p. 358). Me parece que es claro cómo Cicerón introduce la *Retórica* aristotélica en una llave jurídica y procesal. Ante la falta de certidumbre (ante la duda) se hace necesario *probar*. Pero, ¿con qué finalidad? Para *persuadir* al juez. Y ¿cómo? Probando lo que se afirma por *medio de argumentos*. No de cualquier manera, ni por cualesquiera medios, sino tan solo por aquellos que sean relevantes para el caso concreto.

En términos procesales —y para los efectos que interesan en este artículo— la dinámica procesal con sus fases, *su iter*, y sus normas sobre lo que podría ser considerado como medio de prueba y cómo y por quién debería ser probado, tenía como finalidad que las partes, acusación y defensa, por medio de la presentación de sus pruebas y de sus alegaciones y argumentos presentados en juicio llevasen al juez a través de un camino (*procedere-processus*) de la ignorancia al conocimiento que, en la mayor parte de los casos, era un conocimiento incierto o, con otras palabras, era una certeza moral.

[6] *Pressumptio illa est quae interdum oritur a probabilibus.*
[7] *Fit enim verisimile argumentum ex rebus probabilibus, et quae plerumque ita fiunt.*

En ese sentido, uno de los mayores juristas medievales, Bartolo, consideraba cinco etapas que el juez tendría que recorrer antes de llegar a la certeza suficiente para formar su propia convicción: 1) "*nescientia*" (ignorancia), cuando el juez carecía de cualquier base o fundamento para formar cualquier tipo de juicio; 2) "*dubitatio*" (duda), cuando se encontraba en la incertidumbre frente a los argumentos presentados; 3) "*suspicatio*" (inclinación, sospecha), cuando tenía algunos leves indicios para formar su juicio, pero todavía continuaba en la duda; 4) "*opinio*" (opinión), cuando el juez superaba la duda razonable y formaba una opinión y 5) "*fides*" (confianza), cuando, finalmente, transformaba su opinión en una convicción firme, adhiriéndose a los argumentos de una de las dos partes y, por lo tanto, estando en condiciones de proferir su sentencia (Rosoni, 1995, pp. 236-237).

A lo largo de todo este proceso histórico, la tradición procesal de ambos derechos, el civil y el canónico, fue estableciendo los varios niveles o grados de "fuerza probatoria"[8]. De esa manera, si la presunción era bastante fuerte se asimilaba a la prueba; si no era tan fuerte, se asimilaba a la verosimilitud; y cuando era poco más que dudosa o incierta, se asimilaba a la conjetura (Rosoni, 1995, p. 218). Y cuando se trataba de algún tipo de raciocinio construido a partir de los usos y costumbres, o sea, de aquello que solía acontecer, o de la propia experiencia humana compartida, entonces adquiría el estatus jurídico de presunción simple, que se aceptaba siempre y cuando no fuese probado lo contrario (Rosoni, 1995, p. 221). De esa manera, la presunción, como categoría retórica y jurídica, se encontraba profundamente relacionada con lo probable, como categoría teológica y moral. Todas esas eran formas indiciarias de probar los hechos.

Lo que quisiera destacar al final de este largo paréntesis son dos cuestiones que me parecen poco estudiadas por la historiografía y que comparto con algunos historiadores[9]. La primera es la afirmación de que la sentencia del juez no se fundamentaba en "la verdad de los hechos", que incluso, por la misma naturaleza del proceso cognitivo, era algo imposible, sino en su reconstrucción mental, imaginativa y subjetiva, que cada juez hacía sobre la verosimilitud de las narrativas y argumentos que las partes presentaban sobre los hechos (Taruffo, 2005 y 2014). Y la segunda es que para formar ese juicio y llegar a una convicción no podría prescindir de una larga gradación de posibilidades de eventos probables (Rosoni, 1995, p. 222) y, en ese sentido, tendría que llevar en cuenta todo lo que, hasta aquel momento, la teología moral católica había desarrollado y escrito sobre el nuevo y moderno sistema moral conocido con el nombre de probabilismo[10].

La prueba por presunción nacía de un tipo de raciocinio argumentativo que partía de afirmaciones probables o de hipótesis o de ejemplos o, para usar el término genérico, de indicios (Rosoni, 1995, p. 224). El grado de certeza que esos argumentos retóricos ofrecían al juez era, ni más ni menos, que una certeza moral, pero, como afirmaba casi unánimemente la mayoría de los teólogos, era una certeza suficiente para sentenciar en conciencia, sin miedo de perder la propia alma.

[8] Para todo este tema, además de la obra de Rosoni (1995), puede ser útil mi trabajo *Pruebas* sobre los medios de prueba: Ruiz (2017 b).
[9] Ortego (2013; 2012 y 2009); Turrini (1996; 1994); Padoa-Schioppa (2001).
[10] Además de las obras ya citadas de Maryks y Tutino, añado algunos trabajos, teniendo en cuenta que la bibliografía es muy extensa: Macera (1963); Martel (2007); Muñoz (2003); Mayer (2015); Schüssler (2005) y Palumbo (2013).

2. Certeza, incerteza y probabilismo

Como dije, he tenido que hacer una digresión que me pareció necesaria (y que espero que no haya sido demasiado larga) para poder enmarcar mejor el análisis que pretendo hacer de los procesos criminales del siglo XVIII a partir de las presunciones y suposiciones como medios de prueba, teniendo en cuenta tanto una perspectiva retórica como el sistema moral probabilista.

El probabilismo significó un cambio de paradigma en la teología moral católica. Se pasó de una perspectiva rigorista, objetiva y categórica, propia del mundo medieval, para otra perspectiva ya moderna, flexible, subjetiva e incierta (Maryks, 2008, p. 117).

Esa perspectiva moral, precisamente por las intrínsecas relaciones que lo moral y lo jurídico tenían durante esa época, afectó no solo el campo de la moralidad, sino —y es por eso que toda esta introducción se hizo necesaria— el campo de lo jurídico. Un juez prudente no estaba obligado a sentenciar de una única manera que le pareciera la más justa. Delante de varias opiniones de diferentes juristas y teólogos sobre las leyes y sus interpretaciones, el juez podría escoger aquella que le pareciera más o menos probable para formar su convicción. Y ya que no se podía contar con la autoridad de la "verdad plena", el fundamento de la autoridad que le permitiría escoger una u otra opinión era, normalmente, la fuerza de los argumentos presentados.

Fue a esta altura que la retórica, propia de los filósofos y juristas de la época clásica, se unió con el probabilismo de la teología moral católica. En el campo judicial y procesal, se fue construyendo "una teoría de la certeza moral ligada al principio de la probabilidad" (Rosoni, 1995, p. 26), legitimando de esa manera la relevancia y eficacia de probar algo no por evidencia, sino por indicios, que garantizarían la certeza probable (Rosoni, 1995, p. 26), suficiente para sentenciar en conciencia.

En relación con el desarrollo de la "materia probatoria" en términos procesales, son relativamente recientes los estudios que empiezan a dar importancia a la Escuela de Salamanca. De manera bastante simplificada, y para efectos didácticos, teniendo en cuenta que una matización mayor nos desviaría —y mucho— del tema, me gustaría hacer una división inicial. Podríamos hablar de que hubo dos grandes momentos en el transcurso histórico de la prueba: *antes y después* de la Segunda Escolástica.

Cuando se hace referencia a una "Segunda Escolástica"[11], normalmente se hace referencia al hecho de que el pensamiento de Tomás de Aquino se fue reformulando en la Escuela de Salamanca por medio de Francisco de Vitoria y de los teólogos que fueron sus seguidores y discípulos y que, al serle ofrecida una nueva situación social, económica, religiosa, moral y política, buscaron reelaborar el pensamiento tomista dejando de lado una moral teórica y rígida en favor de una moral práctica, casuística y flexible, en la que se desarrollaron en poquísimo tiempo las diferentes corrientes morales conocidas como probabilismo[12].

Lo que quisiera destacar aquí es el hecho de que en esa Segunda Escolástica hubo un punto de inflexión con relación al tema de la verdad y de la certeza. La "verdad" fue siendo relegada al campo de la fe y del dogma, mientras que la "certeza" se ocuparía de los "actos humanos", porque, conforme Aristóteles y de acuerdo con Tomás de Aquino (*Summa Theologiae*, II-IIae, q. 70

[11] Algunos trabajos sobre este tema: Prodi (2005); Grossi (1973); Todescan, (1973) y Belda (2000).
[12] Sobre este asunto, un artículo que explica bien las distinciones puede ser el de Llamosas (2011). Puede ser también interesante, Vidal (1986).

a. 2 c.)[13], sobre los juicios humanos no cabía esperar una "certeza demostrativa", siendo suficiente una "certeza probable". De esa manera, se pasó a entender que, en el proceso civil o criminal, bastaba que el juez actuase y sentenciase no de acuerdo con la "verdad de los hechos" (que probablemente nunca sería alcanzada), sino con la "certeza probable" a la que se llegaría, a través de las pruebas, de los indicios, de las conjeturas y suposiciones, de tal forma que pudiese formar una convicción firme excluyendo cualquier duda razonable (Vitellio, 2007, p. 22).

De todo esto se deduce la importancia de conocer y profundizar en las argumentaciones de abogados y fiscales porque, si fueren verosímiles, probables, posibles o razonables, podrían fundamentar la convicción y la sentencia de los jueces. Y eso significaría que la aplicación de la justicia en la América española permitiría una flexibilidad y una relativización con relación a las leyes reales.

3. Matrimonio y patria potestad: presunciones y suposiciones

A finales del XVIII, la ciudad de Lima podría contar con una población de aproximadamente 50.000 o 60.000 habitantes (Bustamante, 2019, p. 122), de los cuales, el 38% era formado por españoles, el 18%, por negros, el 9% estaba constituido por mestizos, el 8%, por indios, y las castas constituían el 27% restante (Bustamante, 2019, p. 122)[14]. Para el afán reformador de los Borbones a finales del XVIII, esa composición tan heterogénea y marcadamente "plebea"[15] se configuraba como un lugar de desórdenes y disturbios contra el bien y la tranquilidad de la *Res publica.*

Las reformas borbónicas no alcanzaron tan solo las estructuras institucionales del Virreinato, como se ha destacado en los estudios sobre el tema, sino también modificaron la vida cotidiana y doméstica. La Pragmática Sanción de Carlos III, publicada el 23 de marzo de 1776 en España, y el 7 de abril de 1778 en los territorios americanos, "*para evitar el abuso de los casamientos desiguale*s" (Konetzke, III, 1, 1962, pp. 406-413), pretendía proteger el orden social, por medio de la eliminación o, por lo menos, de la disminución de los matrimonios entre personas de razas y castas diferentes.

En pocas palabras, la Corona quería reforzar la "patria potestad", prohibiendo que los hijos e hijas menores de 25 años se pudieran casar libremente y de acuerdo con su libre albedrío, reforzando así el poder paterno para conceder o negar su permiso para la unión matrimonial (Marre, 1997, pp. 217-249). La finalidad explícita de la ley era que los padres conservasen su autoridad, emergente de la patria potestad, en la "intervención y consentimiento de los matrimonios de sus hijos" (Konetzke, III, 1, 1962, p. 409)[16].

Como resume adecuadamente Bustamante en su obra ya citada, para algunos historiadores (Socolow, 1991, pp. 229-270; Gutiérrez, 1993, p. 376), la Pragmática podría

[13] Tomás de Aquino en la *Summa Theologiae*, II-IIae, q. 70 a. 2 c.: "Según el Filósofo, en I Ethic., no se debe exigir la misma certidumbre en todas las materias. Acerca de los actos humanos, sobre los que versan los juicios y son exigidos los testimonios, *no puede tenerse una certeza demostrativa,* puesto que dichos actos versan sobre cosas contingentes y variables, y, por tanto, *es bastante la certeza probable* que alcance a la verdad en la mayoría de los casos, aunque en muy pocos se separe de ella. Ahora bien: *es probable que la declaración de muchos testigos contenga más la verdad* que el dicho de uno solo" (las cursivas son mías).

[14] Con relación al concepto de "casta" y de "sociedad de castas" véase el artículo de Stolcke (2009).

[15] Sobre el concepto de "plebe" y sus implicaciones en la política reformista borbónica, véase Bustamante (2019) pp. 122 y siguientes.

[16] "*[C]onservar a los padres de familia la debida y arreglada autoridad que, por todos derechos, les corresponden en la intervención y consentimiento de los matrimonios de sus hijos*".

ser vista desde el punto de vista del enfrentamiento que los Borbones estaban manteniendo contra la Iglesia católica y los tribunales eclesiásticos. La tendencia por parte de estos tribunales era la de permitir y favorecer, siempre que fuera posible, el libre albedrío de los novios, aunque eso tuviera como resultado, más o menos deseado, el mestizaje. De cualquier manera, la posición de la Iglesia no era rigorista, sino flexible y probabilista, adoptando en cada caso y en cada unión la decisión que le pareciera más prudente[17].

Para los planes reformistas de los Borbones, parecía evidente que esa práctica contribuía para aumentar y diseminar "*los desórdenes que se introducen con el transcurso del tiempo*" porque, como podía comprobarse con facilidad la unión entre personas de diferentes castas, razas y etnias era tan frecuente que resultaba en la "*turbación del buen orden del Estado y continuadas discordias y perjuicios de las familias*" (Konetzke, III, 1, 1962, p.406).

Otros historiadores, siguiendo aún a Bustamante, tienden a considerar que se trataba más de reforzar el patriarcado y la autoridad paterna que debía imponerse en aquellos casos en que hubiese una desigualdad muy grande entre los futuros esposos (Lavrin, 1991). Y, para otros, los Borbones intentaban introducir por la vía de la normatividad legislativa cambios sociales significativos en el campo del matrimonio, que era una jurisdicción mixta con la Iglesia y, consecuentemente, disminuir la influencia de la Iglesia en esas cuestiones (Seed, 1991). Se trataría, en ese sentido, de aumentar su política regalista, siguiendo las tendencias ilustradas del XVIII (Bistué y Marigliano, 1997 p. 80).

Y para algunos, la tensión entre la Iglesia y el Estado estaba puesta en el reconocimiento e introducción, por parte de la Iglesia, no solo de la libertad de las conciencias y de las voluntades de los novios, sino —y de cierta forma, eso era ya un fenómeno nuevo y revolucionario— de la idea del "*amor*" como motivo y fundamento de la elección de los cónyuges. De acuerdo con los términos de la Pragmática, las "*ciegas pasiones*" impedían que los jóvenes viesen cualquier cosa un poco más allá de sus propios deseos, olvidándose de los intereses paternos y familiares (Gutiérrez, 1993).

De cualquier forma, me parece que hay un cierto consenso en torno a la idea de que se trataba de reforzar, por parte del Estado, la autoridad paterna en los casos en que el *statu quo* social, familiar y económico —y, en consecuencia, político— estuviese en riesgo de perderse o de no ser efectivo, sin dejar, a la vez, de perder el control sobre esas relaciones paterno-filiales.

En este sentido, Fuentes-Barragán encuentra una cierta tensión paradójica entre ese refuerzo de la autoridad paterna, que no permite que los hijos sean libres a la hora de contraer matrimonio y, a la vez, permitiendo los juicios de disenso, lo que mermaría los excesivos y exagerados controles por parte de los padres (Fuentes-Barragán, 2016, pp. 53-84).

Es precisamente en este punto que quiero colocar mi hipótesis de trabajo y de análisis. Me parece que el concepto de "patria potestad", como una manifestación del poder patriarcal del Antiguo Régimen, sufriría un proceso de cambio, a lo largo del tiempo y, sin duda en la segunda mitad del siglo XVIII, ya es una categoría sin vigencia social dominante.

Quiero decir con esto que, en ese período entre, aproximadamente 1750-1820, no se verificaban más las condiciones, ni las formas y mucho menos la fuerza y coacción que se entienden como "propias" o "características" de la patria potestad[18]. No quiero decir con eso que no existiera o que no se reconociese la "patria potestad", quiero decir que me parece que no se puede utilizar esa categoría en el mismo sentido y de forma homogénea para todo el período del así llamado Antiguo Régimen, ni para toda y cualquier localidad de la América española. Se hace necesario matizar y detallar.

[17] Sobre este tema, pido permiso para remitir a mi artículo Ruiz (2017 a).
[18] Sobre la poca y escasa eficacia de la Pragmática, se puede ver Bustamante (2019), las páginas 125 y siguientes.

Procuraré comprobar mi hipótesis a partir del análisis de dos procesos criminales en que se recurre e invoca a la "patria potestad" de manera "*sui generis*". El primero transcurrió antes y el segundo después de 1778, con una diferencia de 48 años entre ellos. Entiendo y acepto la posible crítica de que son muy pocos procesos para que se pueda hacer una afirmación general con relativa certeza, pero, como dije, por ahora, querría establecer este artículo como una *hipótesis* de trabajo.

4. Los procesos analizados

El primer caso es un proceso criminal juzgado en 1752 por la Real Audiencia de Lima, 26 años antes de la publicación de la Pragmática Sanción. La causa fue iniciada contra un pardo libre por el padre de la víctima, hija doncella de veinte años, bajo la acusación de rapto, estupro, adulterio e invasión de morada (A.G.N., 1752, L. 15, C. 161).

Lo que más llama la atención en la fase sumaria (con la que se verificaba si había indicios o pruebas que permitiesen empezar el proceso) son los argumentos presentados por el padre. Para la acusación, el problema no estaba propiamente en el estupro, sino en el hecho de que había una desigualdad insuperable entre su hija, "*española por los cuatro costados*", y el supuesto agresor, un mulato pobre, de una "*total indigencia (...) descalzo de pie y pierna*" (A.G.N., 1752, f. 7v.). Como se sabe, ese era uno de los principales argumentos suficientes para impedir el matrimonio, pero hay que tener en cuenta que la Pragmática aún no había sido publicada.

Don Manuel de la Torre y Castaños, "*cabo principal y gobernador de la compañía de Lanzas de la guardia de Su Excelencia*" (A.G.N., 1752, f. 7v.), padre legítimo de Dª Ana de la Torre, se sentía deshonrado no por el hecho de que el supuesto violador de su hija fuese casado, sino porque había una enorme disparidad y desigualdad entre el reo, pobre y mulato, y su hija, española de pura cepa. Como decía el padre ultrajado, el reo no tuvo en consideración "*la total disparidad de su persona pues siendo como es mulato y mi hija española por los cuatro costados*" (A.G.N., 1752, f. 1v.), la injuria era enorme, porque, además, había que llevar en cuenta que su familia (del padre) era bien conocida y sus otras hijas estaban todas casadas con hombres honrados.

La cuestión del honor, como se sabe, era un punto basilar de la cohesión familiar, social, política y económica y, como advierte Bustamante, de alguna manera se fue estableciendo una identificación, binaria y simplista, entre "honor, posición, prestigio y las características fenotípicas. Ser noble, blanco, tener un origen conocido, prestigioso y legítimo significaba tener honor; mientras que, al contrario, ser negro, esclavo o descendiente de negro, ilegítimo, significaba infamia y deshonra" (Bustamante, 2019, p. 103).

Y ese era el único y principal argumento presentado para solicitar la prisión de Francisco de las Llagas, que tenía 36 años y estaba casado y tenía seis hijos, lo cual solo agravaría aún más sus crímenes. El mandato de prisión fue expedido inmediatamente al final de la fase sumaria. Como se puede ver, en ese momento inicial del proceso, la *presunción* de que no se podía tolerar un casamiento desigual fue el fundamento de la acusación, cuando aún la Pragmática no había sido publicada.

A continuación, ya en la fase probatoria, los argumentos, tanto de la acusación cuanto de la defensa, dejaron aún más explícitas las presunciones y suposiciones asumidas como reconocidas por todos.

[19] En la hoja inicial del proceso, escrito con la letra del organizador del archivo, se puede leer "pardo libre". En la hoja 1v, cabeza del proceso, el autor del inquirido, D. Manuel de la Torre y Castanho, lo define como "mulato". De cualquier manera, ambos términos indican la disparidad racial y social.

Así, D. Manuel de la Torre afirmaba "*no ser presumible que una niña doncella y recatada pasase a solicitar al dicho Francisco*" (A.G.N., 1752, f. 7v.). Y no se podría presumir una cosa como esa porque, de acuerdo con la opinión de la acusación, aunque la niña estuviera *ciega por la pasión*, no podía "*dejar de conocer la total disparidad de su persona y del dicho mulato*" (A.G.N., 1752, f. 7v.).

Como se puede ver, de la Torre volvía a presentar, de forma más orgánica y argumentada, los mismos fundamentos de la sumaria. *Se presumía* (se daba por supuesto) que la desigualdad social y étnica era, *per se,* suficiente para probar el dolo del reo. Se trataba, sin duda, de una presunción que debería estar fuertemente asentada en la sociedad, sin embargo, como también se puede ver, la propia sociedad ya estaba cambiando no solo con relación a esa forma de pensar, sino principalmente en su manera de actuar. Si no fuese así, los desórdenes a que se refería la Pragmática Sanción, 26 años después, no tendrían sentido.

Vemos surgir aquí, como argumento, precisamente aquello que la Pragmática Sanción, un cuarto de siglo después, considerará como elemento extremamente peligroso y profundamente desestabilizador del orden social: el amor, la pasión ciega. Como se sabe, la palabra "pasión" servía como atenuante de algunos crímenes, ya que se consideraba que sentimientos arrebatadores turbaban la percepción de la realidad y llevaban a las personas al descontrol y a la falta de templanza.

Pero era precisamente eso lo que la Pragmática estaba intentando cambiar: en vez de considerar la "*ciega pasión*" como un atenuante, después de 1778 —y no a esas alturas, por lo tanto, porque aún no había sido promulgada— la *pasión* sería la malvada de la historia.

Con la Pragmática se pretendía legalmente evitar que el motivo de las uniones conyugales fuese precisamente la pasión amorosa. Y esa sería una de las funciones principales de la "patria potestad", que reforzaba su carácter de guardián de la honra femenina.

Como indicaba Bustamante, "a fines del siglo XVIII se alude, en cambio, a la *voluntad* entendida como deseo, pero no solo en el sentido tradicional de albedrío, sino como expresión de amor a la pareja, expresión que subrayaba el individualismo: el amor como razón explicitada para querer casarse" (Bustamante, 1995, p. 137). Y, en ese sentido, concluía que el amor nacido de la pasión se fue configurando, entonces, en un motivo importante para elegir la pareja de tal forma que los jóvenes estaban dispuestos a renunciar al apellido, al patrimonio familiar y al honor, para hacer valer el afecto y el deseo a la hora de casarse.

Era ese tipo de amor el que debía ser controlado por la patria potestad, de acuerdo con la Pragmática Sanción. Pero, como veremos, lo que realmente llama la atención en todo este proceso es que 26 años antes de su publicación quien recurrió a la categoría de "patria potestad" no fue la acusación, sino la defensa, utilizándolo para defenderse de la acusación de estupro y para contraatacar a la otra parte, acusando al padre de la víctima de no haber ejercido convenientemente las funciones y obligaciones emergentes de dicho poder. La defensa de Francisco de las Llagas organizó ordenadamente sus argumentos.

En primer lugar, negó la acusación de estupro y, negándola, puso todo el peso del debate en la contraargumentación, afirmando que D. Manuel no había cumplido sus deberes emergentes de cabeza de familia. Esa estrategia trastocó de tal forma todo el proceso probatorio que, en mi opinión, cambiaron los papeles.

El acusado negaba el estupro afirmando que no había ni pruebas ni testigos —cosa que, por otra parte, era común en ese tipo de delitos— y que, si algo debía ser presumido, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones en que los actos de ambos se desarrollaron, sería, por un lado, la *voluntariedad y el deseo* por parte de Dª Ana y, por otro, la *negligencia* en el cumplimiento de sus deberes por parte de D. Manuel. Como la defensa explicaba, no se trataba de una *niña doncella*, sino de una mujer de 20 años, consciente de lo que hacía y quería, porque tenía "*maduro juicio y talento*" (A.G.N., 1752, f. 22r) y sabía que no habría ninguna posibilidad ni promesa de casamiento porque ella conocía que era un hombre casado, cargado de hijos y pobre.

Para que se pudiera admitir que había existido el estupro, continuaba la defensa, era preciso probar que habían concurrido concomitantemente las circunstancias referidas por los autores y doctores más escrupulosos y rigoristas[20], lo que no se verificaba, porque Francisco entró "*a las 4 de la mañana por el corral (...) y se salió voluntariamente sin precisión de coacción alguna induciendola por sus mismos pasos voluntariamente a un rancho que ya se le tenia prevenido y destinado en La Venturosa*" (A.G.N., 1752, f. 22r). Por lo tanto, lo que se debía presumir era que Dª Ana "*estaba tan determinada a salir de la casa de su padre, que fue fácil sacarla porque ya estaba prevenida*" (A.G.N., 1752, f. 13v).

Como dije, este argumento era común en crímenes de este tipo. El supuesto estuprador, si quería verse libre de la condenación y de la pena, tenía que probar el consentimiento y voluntariedad de la mujer. Como también en este caso normalmente no había testigos, se entraba entonces en el terreno de lo verosímil, a partir de otros indicios, como las circunstancias en que los hechos sucedieron.

Lo que me interesa en este artículo es mostrar como una "presunción" argumentativa se contesta con otra presunción. Y me interesa ver cómo una serie de presunciones pueden configurar una prueba suficiente para la convicción del juez, como, de hecho, sucedió en este caso.

De hecho, en ningún momento, ni en las alegaciones, ni en las réplicas, D. Manuel de la Torre insistió en la acusación de estupro y adulterio, concentrándose tan solo en aquel contraataque que el reo presentó, impugnando su falta de celo en el cumplimiento del deber de guardar el honor de su hija como buen padre de familia.

O sea, en mitad del proceso, en la fase probatoria, no se presentó ninguna prueba que confirmase ni el estupro ni el adulterio y todo quedó girando alrededor de la "patria potestad", invocada paradójicamente por la defensa, no por la acusación, de tal manera que de una múltiple y compleja acusación que abarcaba cuatro delitos (rapto, estupro, adulterio e invasión de morada) se pasó a un debate probatorio sobre el ejercicio adecuado o no de la "patria potestad", donde quien era acusado invirtió su rol en el proceso y se defendió acusando.

En ese sentido, la defensa presentó una narrativa explicando cómo Francisco era frecuentador asiduo de la casa de D. Manuel, cómo eran buenos amigos y cómo habían llegado a comer juntos, incluso contando con la presencia de Dª Ana. Por lo tanto, continuaba la defensa, lo que se debería *presumir* era que, a pesar de la desigualdad, lo que había era familiaridad y, por lo tanto, lo que "*se debe imaginar*" (A.G.N., 1752, f. 12v.) era que la desigualdad, las diferencias de castas y económicas no tenían tanto peso, porque lo que había era una comunicación y amistad entre las partes (A.G.N., 1752, f. 12v.). De tal forma, continuaba la defensa, que Dª Ana ganó confianza y libertad con Francisco hasta el punto de pedirle que "*la libertase de la inhumanidad de su padre*" (A.G.N., 1752, f. 12v), y el reo condescendió con el pedido, porque veía el rigor con que su padre la maltrataba.

¿Qué era lo que se estaba discutiendo en este proceso? Me parece que la cuestión central de toda la fase probatoria estuvo concentrada en la discusión sobre el ejercicio de la patria potestad y de cómo ese poder era entendido por la mayor parte de la población. De no ser así, las presunciones presentadas no tendrían fuerza de prueba.

La defensa estaba construyendo una narrativa ficcional[21] y argumentativa que le permitiría probar, por presunción, que, si las cosas eran así, era porque así lo había querido el propio D. Manuel y, una vez asentado el supuesto, se tornaba verosímil la acusación de que era el padre quien había descuidado ejercer su "patria potestad".

[20] Dentro del probabilismo, los términos "escrupulosos" y "rigoristas" hacían referencia a aquellos que seguían la opinión más segura (eran también llamados tucioristas).

[21] Utilizo el término "ficción" en su sentido original y etimológico, del latín *fingo-ere*, con varios significados como "formar, dar forma, modelar, imaginar, suponer, inventar" y, también, "fingir", pero me interesan los significados citados en primer lugar (seis diferentes de "fingir"). En ese sentido, un argumento retórico es ficcional, no porque sea falso o mentiroso o porque se oponga a la realidad, sino porque tiene que ver con la mejor forma de encontrar un argumento, una manera de decir que pueda convencer al juez. No se puede olvidar que una de las partes de la Retórica es la inventio (no en el sentido, de nuevo, de inventar, sino en el etimológico de "encontrar").

Argumentos retóricos y elementos de prueba

¿Cómo fue presentada la prueba? Una vez establecida la familiaridad y la convivencia continua en la casa de D. Manuel, la defensa recordó a los Oidores Reales la obligación de los padres de defender y cuidar la pureza y virginidad de sus hijas y el honor de la familia, protegiéndolas, incluso en el ámbito doméstico, del trato con otros hombres que no fueran parientes próximos y familiares: "*los padres de familia deben siempre premeditar [...] el quitar las ocasiones que franquea qualquiera leve comunicación o familiaridad de qualquier hombre"* (A.G.N., 1752, f. 13v).

Si, por un lado, la "patria potestad", en lo que se relacionaba con la imposición de la voluntad paterna en el casamiento de los hijos, estaba perdiendo fuerza y vigencia social, por otro lado, la tutela y el celo del honor familiar y el de las hijas doncellas aún se mantenían como una fuerte costumbre social. Era un presupuesto originario que, como afirmaba la defensa de las Llagas, los padres debían gobernar a los hijos, y más si eran hijas, "*con discreción para evitar irreparables prejuicios*" (A.G.N., 1752, f. 13v.).

Como se sabe, la idea de "sexo débil" conjugada con las obligaciones impuestas por la noción del honor, imponían al cabeza de familia el deber de "resguardar el honor familiar mediante la prédica del recogimiento que garantizaba la virtud femenina" (Bustamante, 2019, p. 106). Esa era la creencia y opinión común compartida por una sociedad transida de cultura católica y régimen patriarcal. Era deber del padre de familia celar por el recato y resguardo de sus hijas en casa no solo con relación al trato directo o indirecto, sino aún de la mirada ajena de los hombres. Y fue precisamente en esa presunción, aceptada por todos o por lo menos por la gran mayoría, que la defensa se apoyó. Sin embargo, por otro lado, como se puede deducir del hecho de que se hiciera necesario publicar y aplicar la Pragmática Sanción, esa misma patria potestad encontraba sus brechas y sus puntos de fractura en esa misma sociedad, en aquello que hacía referencia a la interferencia paterna en la elección de los cónyuges.

Y para completar y reforzar ese contraargumento, la defensa acusaba a D. Manuel de ser inhumano, no solo por tratar con dureza y aspereza a su hija, como ella misma había contado varias veces al reo, sino por haber procesado a Francisco de las Llagas por crimen de rapto y estupro, siendo que, no solo no los hubo, sino que, siendo la naturaleza de esos crímenes de orden privado, no debería haber expuesto, como lo hizo, públicamente a su hija. Lo acusaba, por lo tanto, de "*descuido, omisión y negligencia (...) y haber procedido con su hija con excesiva inhumanidad*" (A.G.N., 1752, f. 13v).

Por último, apelaba a la misericordia del Tribunal, porque, además de pobre de la cabeza a los pies, era padre de seis hijos, uno de ellos enfermo, y tenía una mujer ya mayor y también enferma, a quienes tenía que cuidar y, por eso, la defensa recordaba que existía también un principio común y asentado en la doctrina de que no debería ser condenado porque si les faltase a ellos, acabarían por padecer hambre y miseria (A.G.N., 1752, f. 16v).

La sentencia fue dada el 1. de junio de 1753 y fue relativamente leve: seis meses de destierro. La acusación contestó la sentencia con nuevas alegaciones, exigiendo una pena con un plazo bien mayor, pero la Real Audiencia mantuvo el plazo de los seis meses, a contar de cuando fue dada la sentencia, lo que, a final de cuentas, redujo la pena para cuatro meses. Las presunciones de la defensa de Francisco de las Llagas persuadieron a los oidores de la Audiencia de Lima.

El segundo caso empieza con un auto de la Real Audiencia para resolver el pedido de impedimento de matrimonio, interpuesto con base en la Pragmática Sanción y, simultáneamente, con la acusación de rapto y estupro (A.G.N., 1800, L. 91, C. 1127).

Don Pablo Núñez y Ansures rehusaba dar su consentimiento para que su hija Manuela, de 17 años, se casase con Severino de los Santos, mulato y pobre. El Tribunal citó las partes en el plazo de ocho días para que presentasen sus argumentos y pudiese emitir su sentencia sobre la racionalidad o irracionalidad de la medida paterna (A.G.N.,1800, f. 9r). Como se sabe, en los juicios de disenso se discutía si había o no una justa y racional causa para no dar el consentimiento paterno.

El autor del proceso, de familia española, reivindicaba que el casamiento de su hija Manuela con el mulato Severino fuese impedido, teniendo en cuenta la desigualdad entre las partes y las familias. Los argumentos que D. Pablo presentó se apoyaban en la cultura patriarcal de la época y en el texto de la Pragmática Sanción: una vez más, la disparidad y la desigualdad entre las partes.

En primer lugar, acusaba a Severino de ser "*un sujeto de lo más bajo y despreciable de la plebe de Supe*" (A.G.N., 1800, f. 22r), un pueblo en la región de la costa al norte del Perú, entre Lima y Trujillo. La utilización de la categoría "plebe" era intencional y despectiva. Se trataba de un término con el cual la élite manifestaba su desprecio e incluso recelo con relación a "esa mezcla abigarrada de mestizos y gente de castas, pero también de indios urbanos y españoles pobres, muchos de ellos carentes de trabajo formal y estable; una multitud con una base económica precaria, identificada por las élites como gente vil, vagabunda, carente de honor, disoluta, ignorante y cercana a la criminalidad" (Bustamante, 2019, p. 121).

A seguir, atacaba su condición de "*mestizo de chino*"[22] y nieto de india tributaria para concluir que la condición de Severino no podía ser ni más baja ni más corrupta (A.G.N., 1800, f. 22r) y que sería totalmente imposible que se pudiese realizar la unión entre las dos familias, precisamente por las determinaciones de la Real Pragmática Sanción de Carlos III, orientada principalmente contra "*todas las castas de negros, mestizos, coyotes*[23] *y demás individuos raros*" (A.G.N., 1800, f. 23r).

Finalmente, insistía en que el problema, como trataba de resolverlo la Ley Regia, no era tan solo la "desigualdad", sino también "*la corrupción de costumbres y escandalosos ejemplos de la família de Severino*", de los cuales no quería hablar por caridad cristiana, pero dejaba caer que la abuela de Severino había sido una prostituta (A.G.N., 1800, f. 23r). Con todo eso, concluía la alegación de la acusación, ¿podría "*darse generación más baja ni origen más corrompido para enlazarla con una familia de honor y distinción como lo es la de D. Pablo y D. Manuela?*" (A.G.N., 1800, f. 22v).

Era por esos motivos que Don Pablo Núñez y Ansures solicitaba de la Justicia que declarase "*justo y racional su discurso para que de ninguna suerte pueda ni deba llevarse a debido efecto*" y que condenase a Severino por el crimen de estupro (A.G.N., 1800, f. 22r).

A su vez, y en su defensa, Severino de los Santos declaró (A.G.N., 1800, f. 24v) que era consciente de que el padre de Manuela se oponía al casamiento porque consideraba que era un matrimonio desigual, sin embargo, quería aclarar que su abuela había sido una india noble, "*hija de un cacique*" (A.G.N., 1800, f. 6r) y era india libre y no tributaria y que su padre era, de hecho, mestizo y jornalero (A.G.N., 1800, f. 6r), pero que, por un lado, también podían ser encontrados mestizos en la familia de D. Pablo porque, en primer lugar, una sobrina era también mestiza, y su suegra también lo era y, más aún, se había casado con un "*chino*" conocido en todo el pueblo con el nombre de Napuri (A.G.N. Real Audiencia. Causas Criminales. L 91, C 1127, Año 1800, f. 39r). Y aun había otra sobrina, María Clara de nombre, que llevaba casada más de un año con otro "*chino nombrado Pablo que ejerce el oficio de platero em Guacho*" (A.G.N., 1800, f. 39r).

Por otro lado, en lo que hacía referencia a la sangre, raza y oficio, Severino argumentaba que el hecho de ser mestizo no significaba que fuese ni de baja condición, ni débil ni desreglado, sino que, al contrario, "*vemos que muchos han obtenido empleos honoríficos en las carreras civil y eclesiastica y que Su Majestad no los excluye de ejercerlas*" (A.G.N., 1800, f. 37v). Y, continuaba la defensa,

[22] El término *chino* se atribuía al mestizo de mulato con indígena. La expresión en femenino, china, originariamente era un término quechua para designar "mujer" y tenía un sentido más lato, pudiendo ser usado en relaciones afectivas y, de esa forma, podía ser dirigido a cualquier mujer próxima, aunque no fuera india. Para todo esto y otros términos y sentido de connotación étnica, ver Durand (1964).
[23] El término *coyote* se usaba para designar a los descendientes de mestizo (de español con indígena) con indígenas.

por fuerza de la Real Cédula de 18 de marzo de 1783[24], no se podía decir que hubiese ningún oficio bajo, deshonesto o deshonrado, aunque fueran los oficios de herrero, sastre, zapatero o curtidor, porque ni ellos ni las personas de sus familias quedaban inhabilitados para ejercer los empleos municipales de la República (A.G.N., 1800, f. 37v).

Hasta aquí, la argumentación de la defensa siguió con rigor la lógica argumentativa de la retórica y dialéctica aristotélica. Ante los hechos descalificadores presentados por Don Pablo, la defensa expuso que esos mismos hechos también podían ser encontrados en la familia del padre de Manuela. Y ante el argumento de desigualdad social y económica que la Pragmática Sanción prohibía, Severino presentaba otra Real Cédula que defendía el honor y la honestidad de las profesiones manuales —como, por otra parte, correspondía a los planes de reforma puestos en práctica por los Borbones—, y añadía que ninguna persona que perteneciera a esos oficios ni sus familiares estaban prohibidos o impedidos de ejercerlos. Se trataba, por lo tanto, de una cuestión de estrategia retórica: contra una ley regia preocupada por los desórdenes provocados por los casamientos desiguales, otra ley regia preocupada por la movilidad social a partir del ejercicio de profesiones manuales. Hechos contra hechos. Leyes contra leyes.

Por último, y aquí me parece que reside la fuerza de sus argumentos, Severino presentaba la cuestión moral y religiosa, dentro de la categoría de la "patria potestad", y justamente ante el juicio civil. Antes de presentar su argumento decisivo, explicaba los hechos: ya vivían hacía dos años juntos como marido y mujer, aunque no se habían casado y, para Don Pablo, hasta la fecha era como si no existieran. No se podía presumir, por lo tanto, que hubiera ocurrido un estupro continuado, sino la voluntariedad y la libre elección de la vida marital por parte de Manuela. Y tampoco era verosímil que solamente después de dos años, D. Pablo se diese cuenta y se preocupase por la desigualdad entre las familias.

Severino colocaba en el centro de su argumentación, al igual que Francisco de las Llagas en el otro proceso, el argumento amoroso como fundamento de un nuevo tipo de presunción. Como afirmaba Bustamante, el "amor" iba transformándose en un elemento o factor subversivo, provocando que "la gente descuidara las jerarquías de calidad, de sexo y de generación" (Bustamante, 2019, p. 139) y, en ese sentido, la Pragmática Sanción, bien como la invocación de esta por parte de D. Pablo, "era un intento por reposicionar el concepto corporativo de la unidad familiar barroca, en decadencia, e impedir una independencia mayor en la selección de la pareja conyugal para reforzar el patriarcado" (Bustamante, 2019, p. 139).

Sin embargo, continuaba Severino intentando reforzar más aún que no había habido ninguna violencia de su parte, cuando en la ciudad apareció el misionero Francisco José Gómez, Manuela pasó a tener serias crisis de conciencia "*por las confesiones y comuniones sacrílegas que según ella misma dijo había tenido anteriormente*" (A.G.N., 1800, f. 23v) e insistió, entonces, en querer casarse. Y fue tan solo en ese momento, después de que habían buscado al Padre Iturri para que oficiara la ceremonia, que Don Pablo entró en la Justicia con dos procesos simultáneos: uno para impedir el casamiento y el otro para acusarlo de estupro.

Después de exponer su narrativa sobre los hechos, la defensa organizó sus argumentos partiendo de presunciones sobre la figura del buen padre de familia, que eran reconocidas como vigentes y válidas por todos dentro de aquella cultura católica. Lo que, de nuevo, llama la atención es que, tal como en el anterior proceso, la "patria potestad" sea invocada por la defensa y no por la acusación.

Decía Severino que cuando ambos estaban decididos a "*ponernos en gracia de Dios y en autorizar y hacer indisoluble nuestro enlace con las bendiciones de la*

[24] El mismo encabezamiento de la ley ya era suficientemente significativo: *Real Cédula de S. M. y señores del Consejo, por la qual se declara que no sólo el oficio de curtidor, sino también los demás artes y ofícios de herrero, sastre, zapatero, carpinteiro y otros... son honestos y honrados; y que el uso de ellos no envilece ni inhabilita para obtener los empleos municipales de la República en que estén avecinados...* Biblioteca Digital Hispánica (Biblioteca Nacional). Recuperado de: http://bdh.bne.es/bnesearch/biblioteca [fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].

iglesia" (A.G.N., 1800, f. 37r), precisamente en esa hora, apareció Don Pablo diciendo que "*no soy igual a su hija en nacimiento, me trata de raptor y solicita prisiones y castigos contra mí*" (A.G.N., 1800, f. 37v).

La imagen presumida que fue construida por Severino fue la de un buen padre de familia católica, de la cual distaba mucho Don Pablo y era por eso que insistía en mostrar la contradicción entre lo que Don Pablo estaba reivindicando (el impedimento del casamiento) y lo que debería ser el comportamiento adecuado y correcto de alguien que ejerciera la "patria potestad": "*Que conducta tan opuesta a las máximas de nuestra sagrada religión! Que procedimiento tan irregular y tan extraño el consentir D. Pablo que su hija se mantenga en un comercio ilícito y no convenir en que se santifique mi unión con ella*" (A.G.N., 1800, f. 37v).

Y, luego, continuaba argumentando sobre lo que *verdaderamente* Don Pablo estaba pensando: "*Viva sin honor (viene él a decir) fuera del matrimonio, aunque ofenda en esto a Dios, escandalice al pueblo y ponga su alma en riesgo de perderse y no viva honrada con aquel sagrado vínculo en gracia de Dios y edificación del próximo. Que horrible modo de pensar!*" (A.G.N., 1800, f. 37v).

Son dos ficciones narrativas sobre el padre de Manuela, una con relación a la conducta inadecuada frente a los mandamientos de la ley de Dios y otra con relación a lo que debía estar pensando. Ambas se apoyaban en presunciones, el reo hacía *como si* supiera lo que *verdaderamente* Don Pablo estaba pensando. No habría posibilidad de saberse con certeza si era eso o no lo que pensaba Don Pablo, pero eran presunciones, narrativas y argumentos verosímiles cuya fuerza consistía en su verosimilitud, en su proximidad con lo que solía suceder, con lo que en general todos pensaban y aceptaban como normal. Todo ese conjunto de narrativas, argumentos y presunciones daban consistencia y fuerza probatoria a la defensa y hacía inclinarse la convicción de los jueces en su favor.

Las dos presunciones de la defensa se apoyaban en aquello que se esperaba del ejercicio de la "patria potestad", sin embargo, de la misma forma que en el proceso de 1752, se admitía un tipo de ejercicio de ese mismo poder —celar por el estado de gracia de los miembros de la familia, principalmente de las hijas—, pero ya no se aceptaba más que ese mismo poder coartase el libre albedrío y el amor de los novios.

El Tribunal de la Real Audiencia de Lima, en contra de lo que se esperaría teniendo en cuenta lo que normalmente se entiende por "patriarcado en el Antiguo Régimen", declaró "*irracional*" el pedido presentado por Don Pablo y concedió permiso para el matrimonio de Severino y Manuela.

> *Autos y vistos por lo que resulta de este proceso sumario extrajudicial e informativo se declara por irracional el discurso de D. Pablo Núñez y Ansures para que pueda contraer matrimonio su hija D. Manuela Núñez con Severino de los Santos, en cuya consecuencia, supliendole como desde luego se le suple por la autoridad de este Juzgado a la enunciada D. Manuela el debido y correspondiente consentimiento para que pueda celebrar y contraer el dicho matrimonio se le habilita al efecto* (A.G.N., 1800, f. 39v).

Con otras palabras, incluso contra la disposición expresa de la Pragmática Sanción, los Oidores reales se declaraban a favor del amor de los novios y en contra de los criterios segregacionistas y elitistas de la ley de Carlos III, reinterpretando la categoría de "patria potestad".

5. Consideraciones finales

A lo largo de todo el artículo he querido destacar dos cuestiones que me parecen de interés cuando se estudia la administración de la justicia y la práctica procesal en la América española del siglo XVIII: el papel de la retórica como prueba y sus implicaciones con la teología moral, por un lado, y, por otro, los cambios de significado y de vigencia social que la categoría "patria potestad" fue sufriendo en un espectro de 50 años, antes y después de la publicación de la Pragmática Sanción de Carlos III, en 1778.

He intentado mostrar cómo la retórica, en cuanto parte de la filosofía, se fue abriendo camino y adaptando al mundo jurídico y procesal, principalmente a partir del momento en que la idea de "verdad" fue siendo dejada de lado y poco a poco fue siendo substituida por la de "certeza moral", especialmente desde el desarrollo de lo que se fue entendiendo como prueba por indicios, por conjeturas, por argumentos y presunciones. Y, en este sentido, me he detenido a explicar cómo, desde el punto de vista moral (que estaba intrínsecamente ligado al jurídico) la Compañía de Jesús se hizo responsable de realizar una transformación de la moralidad católica, pasando del tuciorismo (seguir lo más seguro) medieval para un probabilismo ya plenamente moderno, subjetivo y flexible. Y he procurado explicar cómo esos ámbitos de lo retórico, lo moral y lo jurídico incidían en la conciencia del juez, que era la que debía ser persuadida y convencida, a partir de los argumentos presentados como pruebas de la verdad probable de los hechos.

A partir de ese punto, he analizado dos procesos similares, uno antes y otro después de la Pragmática Sanción, que pretendía reforzar la patria potestad de los cabezas de familia para evitar los continuos desórdenes que los matrimonios desiguales estaban provocando en el Virreinato del Perú. Y, a partir del análisis de las presunciones que cada parte presentó en su acusación o su defensa, he intentado hacer ver cómo se hace necesario no solo revisar algunas ideas consagradas y cristalizadas sobre categorías históricas del período conocido como Antiguo Régimen, sino que también se hace necesario plantear el estudio de los procesos a partir de sus propios medios de prueba y de su estructura argumentativa, ya que esos análisis pueden darnos una visión más amplia y más profunda no solo de las formas de decir el derecho, sino también de las formas de aplicarlo y hacerlo efectivo.

En concreto, espero haber mostrado cómo la categoría de "patria potestad" sufrió un proceso de erosión semántica a lo largo de la segunda mitad del siglo XVIII, de tal forma que si, por un lado, aún mantenían su vigencia social las ideas tradicionales de "sexo débil", "honor familiar" "recato femenino" o "virginidad", tan solo para citar aquellos valores que se podrían incluir dentro de la categoría de "celo y cuidado del padre de familia", por otro lado, y aún en contra de las disposiciones reales, ya no tiene fuerza de costumbre la práctica del consentimiento paterno previo al enlace conyugal. Como se puede ver por los procesos presentados, la idea de "libre albedrío" y de "voluntad individual", incluso con un marcado acento sentimental a partir del reconocimiento de la importancia del "amor" y de la "pasión amorosa", es reconocida por los tribunales, probablemente porque ya antes era reconocida por la sociedad limeña de finales del siglo XVIII.

Referencias

Fuentes manuscritas:

Archivo General de la Nación de Lima (A.G.N.). Real Audiencia. Causas Criminales. L. 15, C 161, Año 1752. *Causa seguida por D. Manuel de la Torre y Castaño contra Francisco de las Llagas pardo libre por el rapto de su hija doncella.*

Archivo General de la Nación de Lima (A.G.N.) Real Audiencia. Causas Criminales. L 91, C 1127, Año 1800. *Causa seguida por D. Pablo Núñez y Ansures contra Severino de los Santos por estupro de Manuela Núñez su hija.*

Libros de referencia:

Agüero, A. (2008). *Castigar y perdonar cuando conviene a la República: La justicia penal de Córdoba del Tucumán. Siglos XVII y XVIII*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aquino, Tomás de (s.f.). *Summa Theologiae*. Recuperado de: https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1225-1274,_Thomas_Aquinas,_Summa_Theologiae,_ES.pdf

Ares, B. (2015). Usos y abusos del concepto de casta en el Perú colonial. Ponencia inédita presentada en el Congreso Internacional INTERINDI 2015. Categorías e indigenismo en América Latina, EEHACSIC. Congreso llevado a cabo en Sevilla.

Aristóteles. (1999). *Retórica* (2ª reimpresión). (Trad. Quintín Racionero). Madrid: Biblioteca Clásica Gredos.

Barreneche, O. (1993). "Esos torpes deseos": Delitos y desviaciones sexuales en Buenos Aires, 1760-1810. *Estudios de Historia colonial,* (13), 29-45.

Belda Plans, J. (2000). *La Escuela de Salamanca: La renovación de la Teología en el siglo XV.* Madrid: BAC.

Bistué, N. del C. y Marigliano, C. (1992). Los disensos matrimoniales en la Mendoza virreinal (1778-1810). *Revista de Historia del Derecho,* (20), 75-101.

Bustamante O., L. (2019). *Matrimonio y violencia doméstica en Lima Colonial (1795-1820)*. Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial.

Caro B., J. (1978). *Las formas complejas de la vida religiosa: Religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII.* Madrid: Akal.

Chilló, J. M. (2015). Ser, conocimiento y lenguaje en De Interterpretatione, 16a 3: Rudimentos para una Teoría del significado en Aristóteles. *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica.* 107 (3), 501-519.

Durand, J. (1964). Castas y clases en el habla de Lima. En *Caravelle (3): Actes du colloque sur le problème des capitales en Amérique latine* (pp. 99-108). Recuperado de: https://www.persee.fr/doc/carav_0184-7694_1964_nun_3_1_1091 [fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].

Fuentes-Barragán, A. (2015). Sobre estrategias y pasiones: Etnicidad, honor y matrimonio en la Provincia de Buenos Aires (siglo XVIII). *Revista Dos Puntas*, Año VII, (12), 115-135.

Fuentes-Barragán, A. (2016). Entre acuerdos y discordias: La Pragmática Sanción para evitar el abuso de contraer matrimonios desiguales en la provincia de Buenos Aires. *Revista Historia y Memoria*, (12), 53-84.

Ghirardi, M. (2004). *Matrimonios y familias en Córdoba: Prácticas y representaciones*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Ghirardi, M. (2007). Familias, poderes, instituciones y conflictos. Iglesia, preceptos y transgresiones. La vertiente americana. En F. Chacón, J. Hernández y F. García (Eds.). *Familia y organización social en Europa y América, siglos XV-XX* (pp. 109-130). Murcia: Ediciones de la Universidad de Murcia.

Ginzburg, C. (1989). *Mitos, emblemas, sinais: morfología e história* (Trad. Federico Carotti). São Paulo: Companhia

das Letras.
Giraudo, L. (2018). Casta(s), "sociedad de castas" e indigenismo: La interpretación del pasado colonial en el siglo XIX. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos, Debates.* Recuperado de: https://journals.openedition.org/nuevomundo/72080?lang=es [fecha de consulta: 20 de junio de 2020] doi: https://doi.org/10.4000/nuevomundo.72080
Giuliani, A. (1964). Il concetto classico di prova: la prova come "argumentum". En Société Jean Bodin Pour l'Histoire Comparative Des Institutions (Ed.). *La preuve. Antiquité*, Vol. 1 (pp. 357-388). Bruxelles: Éditions de la Librairie Encyclopédique.
Gonzalbo, P. (2013). La trampa de las castas. En S. Alberro y P. Gonzalbo. *La sociedad novohispana: Estereotipos y realidades* (pp. 15-193). México: El Colegio de México.
Grossi, P. (Ed.). (1973). *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno.* Giuffré: Firenze.
Gutiérrez, R. (1993). *Cuando Jesús llegó, las madres del maíz se fueron: matrimonio, sexualidade y poder em Nuevo México.* México, D.F.: Fondo de Cultura Econômica.
Kluger, V. (1997). Los deberes y derechos paterno-filiales a través de los juicios de disenso: Virreinato del Río de la Plata (1785- 1812). *Revista de Historia del Derecho,* (25), 365-390.
Konetzke, R. (1962). *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica (1493-1810).* Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC).
Lavrin, A. (Coord). (1991). *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica: Siglos XVI-XVIII.* México, D.F.: Grijalbo.
Llamosas, E. (2011). Probabilismo, Probabiliorismo y Rigorismo: La Teología moral en la enseñanza y en la práxis judicial de la Córdoba tardocolonial. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 14(2), 281-294.
Macera, P. (1963). *Probabilismo en el Perú durante el siglo XVIII.* Lima: Nueva Crónica. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Marre, D. (1997). La Aplicación de la Pragmática Sanción de Carlos III en la América Latina: una Revisión. *Quaderns del´Institut Català d´Antropologia*, Barcelona, (10), 217-249.
Martel, V.H. (2007). El lugar del Probabilismo en las ideas políticas del Perú, Solar, 3 (3), 11-22.
Maryks, R. A. (2008). *Saint Cicero and the Jesuits: The Influence of the Liberal Arts on the Adoption of Moral Probabilism.* Hampshire, Burlington - Rome: Ashgate Publishing - Institutum Historicum Societatis Iesu.
Mayer, L. (2015). *Rutas de incertidumbre: Ideas alternativas sobre la génesis de la probabilidad, siglos XVI y XVII.* México, D.F.: FCE.
Menochio, G. (1595) *De pressuntionibus, conjecturis, signiis et indiciis Conentaria.* Coliniae Agripinae, apud Ioannem Gymniccun, sub Monocerote.
Muñoz García, Á. (2003). *Diego de Avendaño, 1594-1698: filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial.* Lima: UNMSM, Fondo Editorial.
Ortego G., P. (2009). Condenar ou absolver entre os juízes de Castela e o Iudex commune. En A. P. B. Homem et al. (coed). *O Perfil do juiz na Tradição Ocidental* (pp. 133-164). Coimbra: Almedina.
Ortego G., P. (2012) El arbitrio de los jueces inferiores: su alcance y limitaciones. En J. Sánchez-Arcilla B. *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen (España e Indias, siglos XVI-XVIII).* Madrid: Dykinson.
Ortego G., P. (2013). Sentencias criminales en Castilla: entre jueces y abogados. *Clío & Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango,* (10), 359-372.
Padoa-Schioppa. A. (2001). Sulla coscienza del giudice nel diritto comune. In *Iuris Vincula, Studi in onore di Mario Talamanca VI (*pp. 119-162). Napoli: Jovene Editore.
Palumbo, M. (2013). Conscientia, Casus conscientiae. *In Conscientia nella filosofia della prima modernità* (pp. 203-235). R. Palaia (Ed.). Firenza: Leo S. Olschki Editore.
Perelman, C. (1979). *La Lógica jurídica y la Nueva Retórica.* Madrid: Editorial Civitas.
Perelman, C. (1997). *El Imperio retórico: Retórica y Argumentación* (Trad. A. León Gómez Giraldo). Bogotá: Editorial Norma.
Porro, N. (1978). Los juicios de disenso en el Río de la Plata: Nuevos aportes sobre la aplicación de la Pragmática de

Hijos de Familia. En *Actas del V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Quito-Guayaquil.

Prodi, P. (2005). *Una história da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes.

Real Cédula (18 de marzo de 1783). Biblioteca Digital Hispânica (Biblioteca Nacional). Recuperado de http://bdh.bne.es/bnesearch/biblioteca. [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].

Reboul, O. (2004). *Introdução à Retórica* (Trad. I. Castilho Benedetti). São Paulo: Martins Fontes.

Rosoni, I. (1995). *Quae singula non prosunt collecta iuvant: La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna.* Milano: Giuffrè.

Ruiz, R. (2017 a) La Teología moral y el Probabilismo jurídico em la América española de la Temprana Modernidad. En O. R. Moutin y S. Terraneo. *III Jornadas de Estudio del Derecho canónico indiano (Actas)*. Junín: De las Tres Lagunas.

Ruiz, R. (2017 b). Pruebas (DCH) (Evidences (DCH)) (October 2, 2017). *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2019-09.* http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3363668 [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].

Schüssler, R. (2005). *On the Anatomy of Probabilism.* En J. Kraye & R. Saarinen, (Eds.). *Moral Philosophy on the Threshold of Modernity, 57* (pp. 91-113). Dordrecht, Netherlands: Springer.

Seed, P. (1991). *Amar, honrar y obedecer em el México colonial: Conflictos em torno a la elección matrimonial, 1574-1821.* México, D.F.: Alianza Editorial.

Socolow, S. M. (1991). *Cónyuges aceptables: la elección del consorte em la Argentina colonial, 1778-1819* (pp. 229-270). En A. Lavrin (Coord.). *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica: Siglos XVI-XVIII*, México. D.F.: Grijalbo.

Stolcke, V. (2009). Los mestizos no nacen, sino que se hacen. *Avá: Revista de Antropología*, (14). Recuperado de: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1690/169013838002 [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].

Taruffo, M. (2014). *A prova* (Trad. J. G. Couto). São Paulo: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Todescan, F. (1973) *Lex, natura, beatitudo: Il problema della legge nella scolastica spagnola del secolo XVI*. Padova: Cedam.

Turrini, M. (1994). Il giudice della coscienza e la coscienza del giudice. En P. Prodi (Ed.). *Disciplina dell´anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna* (pp. 279-294). Bologna: Il Mulino.

Turrini, M. (1996). Tra diritto e teologia in età moderna: spunti di indagine. In P. Prodi e W. Reinhard (Ed.). I*l Concilio de Trento e il moderno* (pp. 225-269). Bologna: Il Mulino.

Tutino, S. (2014). *Shadows of Doubts: Language and Truth in Post-Reformation Catholic Culture.* New York: Oxford University Press.

Tutino, S. (2018). *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A History of Probabilism*. New York: Oxford University Press.

Twinam, A. (2007). Estado de la cuestión. La historia de la familia, la historia del género: pasado, presente y futuro. En F. Chacón, J. Hernández y F. García (Eds.). *Familia y organización social en Europa y América, siglos XV-XX* (pp. 329-342). Murcia: Universidad de Murcia.

Vidal García, M. (1986). *Frente al rigorismo moral, Benignidad pastoral, Alfonso de Liguori (1696-1787)*. Madrid: Instituto Superior de Ciencias Morales, Perpetuo Socorro Editorial.

Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho, 2*. Pamplona: Eunsa.

Vitellio, A. (2007). *La certeza morale nel diritto canonico* (Tesi di dotoratto). Università degli Studi di Napoli, Federico II.

Edmundo Piffre de Voban Barrón

ejpdvb@gmail.com
Recibido: 20.11.20
Aceptado: 20.12.20

Registro de cargos o funciones en el reglamento interno, y su aporte en la reducción de la discriminación laboral

Registry of posts or functions in the internal regulation, and its contribution in reducing employment discrimination

Resumen: Este trabajo analiza la figura del registro de cargos o funciones regulado por la ley N°20.348. Comienza con un examen a su regulación y principales características, para luego revisar sus dificultades en la contribución a eliminar las prácticas discriminatorias en materia de remuneración entre un hombre y una mujer. Posteriormente, se proponen medidas orientadas a aumentar en el registro tanto el detalle y objetividad en su contenido, como también su flexibilidad ante los constantes cambios del organigrama de una empresa.

Palabras clave: cargos; funciones; características técnicas esenciales; ley N°20.348; discriminación; remuneraciones.

Abstract: This work analyzes the registry of posts or functions regulated by law No. 20,348. It begins with an examination of its regulation and main characteristics to then review its difficulties in eliminating discriminatory practices in remuneration between a man and a woman. Subsequently, measures are proposed to increase the detail and objectivity of the registry in its content and its flexibility in the face of constant changes in a company's organization chart.

Keywords: posts; functions; essential technical characteristics; law No. 20,348; discrimination; remuneration.

La información acerca de los objetivos de un determinado cargo, sus funciones asociadas y su diferencia respecto de los demás puestos de trabajo, además de ofrecer una gran utilidad práctica, contribuye a organizar la empresa con transparencia y objetividad. Tal es así, que, si ello no es transmitido a los dependientes, la organización se vería expuesta a una serie de conflictos. En efecto, entre otros casos, podría afectar el alcance de los empleos, la definición de sus obligaciones, la posibilidad de acceder tanto a la titularidad de una creación en materia de propiedad intelectual o industrial, según sea el caso, como también a remuneraciones adicionales a partir de dicha elaboración[1], la determinación de un despido o autodespido, o el surgimiento de conductas discriminatorias.

Para colaborar en la entrega de la información señalada y así evitar discriminaciones de remuneración por razones de sexo, la ley N°20.348 incorporó en el Código del Trabajo (en adelante CT) un registro de cargos o funciones (en adelante RCF o el registro). El registro forma parte del contenido mínimo obligatorio que determinadas empresas deben incluir en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (en adelante RIOHS). En su tramitación legislativa, se señaló que a través del RCF se busca introducir parámetros objetivos que permitan consignar los diversos cargos de una organización, a fin de "conocer las distintas funciones y evitar la discriminación remuneracional en razón de género, sin perjuicio de las justificadas diferencias que puedan existir con motivo de las capacidades y habilidades individuales de quienes desempeñan dichas funciones" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 124).

Sin embargo, a partir de su implementación, se han evidenciado una serie de inconvenientes que ponen en discusión si con el uso del registro es posible verificar una reducción de la brecha salarial por razón de sexo[2]. En efecto, la ley no regula la finalidad del RCF, así como tampoco se explica con claridad cuál es su contenido mínimo exigido. Sumado a lo anterior, los trabajadores beneficiados con el mencionado instrumento son menos de la mitad del total de la fuerza laboral a nivel nacional. En adición a lo señalado, el registro está expuesto de manera constante a su obsolescencia a mediano o largo plazo, puesto que debe estar incluido en el RIOHS y, por tanto, debe estar sujeto a sus formalidades y plazos, tanto en su elaboración como modificación. Finalmente, si bien el RCF habla de "cargos", "funciones" y "características técnicas esenciales", no reguló el sentido y alcance de dichos términos.

Para que el registro pueda contribuir con mayor eficacia a disminuir escenarios de discriminación laboral por género, se observa la necesidad de adoptar una serie de acciones. En particular, implica regular sus objetivos, como ocurre en España con los "Grupos Profesionales" (en adelante GP), cuya regulación establece que su finalidad es "garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres" (RDL 2/2015 de 23 de octubre, artículo 22 numeral 3). Sumado a ello, se debe precisar y homologar el contenido exigido del RCF en cuestión, lo cual se verifica tanto con los GP como, también en Chile, con el "Cuadro Regulador de Trabajo" (en adelante CRT) del contrato especial de trabajadores embarcados o gente de mar. Además, es necesario ampliar el número de empresas obligadas a contar con un registro a fin de aumentar a su vez el número de trabajadores beneficiados. En el mismo orden de ideas, y al igual como ocurre con el CRT[3], se debe

[1] Sobre propiedad industrial, Sierra (2013) sostiene que la remuneración adicional tiene lugar cuando el trabajo desarrollado excede en forma positiva la prestación pactada. Por su parte, sobre propiedad intelectual de programas computacionales, Sierra & Bernet (2020) señalan que la remuneración adicional sí es posible en la medida que el programa obtenido sea, además de registrado como derecho de autor, parte de un invento patentable. Sumado a lo anterior, el trabajo efectuado debe exceder en forma positiva la prestación pactada.

[2] Desde la publicación de la ley N°20.348 en el Diario Oficial, con fecha 19 de junio de 2009, no se han verificado avances significativos en la reducción de la brecha salarial por sexo. Al respecto, y de acuerdo a la *Encuesta Suplementaria de Ingreso* del Instituto Nacional de Estadísticas correspondiente (2008), la brecha en el ingreso medio fue de un 32,8% el año 2010 en desmedro de las mujeres. En tanto, en 2018, la diferencia en cuestión disminuyó tan solo en un 5,6% respecto de la registrada en el año 2010.

[3] El Cuadro Regulador de Trabajo es preparado y firmado por el capitán, y luego visado por la autoridad marítima correspondiente. Sus modificaciones durante el viaje son "anotadas en el diario de la nave y comunicadas a la autoridad marítima para su aprobación o sanción" (Código del Trabajo, 2003, artículo 115 inciso 2°).

excluir al registro del RIOHS e incluirlo en un instrumento de actualización más flexible y expedito. En adición, se debe consolidar en la jurisprudencia un criterio amplio de la noción "un mismo trabajo" contenida en el artículo 62 bis del CT. Finalmente, para disuadir su incumplimiento, se ve necesario aumentar su carga sancionatoria.

A través del presente artículo pretendemos analizar la figura del RCF en relación a los objetivos que motivaron su creación. En la primera parte, veremos su regulación en el Código del Trabajo y cuáles son sus principales características. En la segunda parte, analizaremos las dificultades que se observan en el registro para que a partir de la información provista se pueda contribuir de manera concreta en la reducción de conductas laborales discriminatorias. Posteriormente, en la tercera parte, desarrollaremos una serie de propuestas destinadas a otorgar al RCF mejores herramientas para colaborar en la eliminación de las conductas mencionadas. Finalmente, se dará término al presente trabajo con las conclusiones del estudio efectuado.

1. Regulación y principales características del registro de cargos o funciones

1.1. Regulación del registro de cargos o funciones

El RCF se incluyó en el CT a partir de las modificaciones introducidas por la ley N°20.348 (de 19 de junio de 2009). En el inicio de su tramitación legislativa, la moción propuso su regulación en los incisos segundo y tercero del nuevo artículo 62 bis en los siguientes términos:

> Todo empleador con cinco o más trabajadores deberá mantener un registro escrito que consigne los diversos cargos o funciones ejercidos por sus trabajadores, designando el número de personas que los desempeñan y señalando los nombres de quienes actualmente los ejercen.
>
> Este registro estará a disposición de cualquiera de sus trabajadores y del inspector del trabajo competente (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 6).

Finalmente, la ley N°20.348 incluyó el registro en la frase final del artículo 154 N°6 CT, norma que regula el contenido mínimo del RIOHS. Su redacción es la siguiente:

> El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones: …
>
> 6.- la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, *y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales* (lo destacado es nuestro).

De esta forma, el RCF debe ser incluido únicamente en los RIOHS de empresas de doscientos o más trabajadores, y sus cargos o funciones deben señalar sus características técnicas esenciales.

1.2. Principales características del registro de cargos o funciones

1.2.1. Exigencia del registro de cargos o funciones en el reglamento interno de la empresa

La ley N°20.348 no establece caso alguno que exima a las empresas obligadas de contar con un RCF a admitir la inclusión del registro en un documento diferente al RIOHS.

Así lo ha entendido la jurisprudencia. En ese sentido, en el contexto de reclamos judiciales por multa administrativa, los tribunales, como ocurrió con el RIT I-6-2018 del 16 de agosto[4], han estimado insuficiente que el empleador exhiba un RCF contenido en un documento independiente y ajeno al RIOHS. Asimismo, la Dirección del Trabajo (Ord. Nº3723/52, del 15 de septiembre de 2009) ha rechazado la posibilidad de entregar a los trabajadores el mencionado registro en un documento independiente del reglamento en cuestión.

1.2.2. Empresas obligadas a contar con un registro de cargos o funciones

La moción que dio origen a su discusión legislativa buscaba que el RCF fuese obligatorio para la gran mayoría de las empresas en Chile. Sin embargo, la ley N°20.348 la limitó únicamente para empresas de 200 o más trabajadores.

Al respecto, el proyecto de ley exigía el registro a todas las empresas de 5 o más trabajadores. No obstante, durante el primer trámite constitucional dicha obligación se limitó a las empresas de 50 o más trabajadores. En gran medida, el cambio fue una respuesta a las observaciones efectuada por la Confederación Nacional de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa de Chile, en cuanto a que con el RCF se limitaría el carácter "multifuncional" de los trabajadores que se desempeñan en las empresas en cuestión (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009).

Posteriormente, durante el segundo trámite constitucional se aprobó una nueva reducción, con lo cual el registro se hizo exigible solamente a las empresas de 200 o más trabajadores. En apoyo a la señalada indicación, se argumentó que esta constituía "un mal menor" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 140) ante el caso de que no se aprobara la eliminación del registro, ya que estimaban que la norma en cuestión sería imposible de cumplir. Lo anterior por cuanto las empresas obligadas al RCF se enfrentarían a "una labor engorrosa y de una complejidad tal que, más bien, será una nueva carga impuesta" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 121).

Si bien, inicialmente, el Ejecutivo argumentó a favor del rechazo de esta última indicación[5], durante el tercer trámite constitucional, finalmente, apoyó la exigencia de un registro limitado a empresas de 200 o más trabajadores. Para ello, afirmó que el referido límite tenía por objeto "no complicar la demanda de especificación del organigrama y de desempeño de funciones en las de menor tamaño" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 151). De esta forma, y conforme se explicará más adelante sobre la base del criterio del inciso segundo del artículo 505 bis del CT, el RCF finalmente aprobado es obligatorio únicamente para la gran empresa.

1.2.3. Titularidad para reclamar discriminaciones laborales sustentado en el registro de cargos o funciones

Durante la tramitación de la ley N°20.348, el Ejecutivo afirmó que con el RCF se pretendía "generar un instrumento que proporcione un parámetro más o menos objetivo que permita evaluar las características de los distintos cargos y funciones que se cumplen al interior de la empresa" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 121). En adición, se afirmó que, a partir de su uso, se buscaría evitar "que se justifiquen discriminaciones remuneracionales a falta de un parámetro objetivo" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 124). De esta forma, en el caso de un eventual conflicto de vulneración del principio de

[4] El juzgado rechazó el reclamo, con lo cual se confirmó la multa cursada por la Inspección del Trabajo.
[5] Sobre la materia, el Ejecutivo argumentó que con la nueva indicación se reduciría de manera significativa el ámbito de acción del RCF. En un primer momento sostuvo que la mediana y gran empresa representaba únicamente el 20% del mercado laboral, y después precisó que solo el 32% de los trabajadores chilenos prestaba servicios en empresas con más de 50 dependientes (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 91).

igualdad de remuneraciones entre un hombre y una mujer, el registro permitiría a los trabajadores poder sustentar en forma individual un reclamo o acción judicial por incumplimiento del referido deber de igualdad.

Posteriormente, con la publicación de la ley N°20.940, de 8 de septiembre de 2016, el uso del RCF para velar por el cumplimiento de la igualdad remuneracional entre un hombre y una mujer se amplió para determinados cargos a nivel colectivo. Ello por cuanto la ley en cuestión modificó el artículo 317 del CT, por medio del cual incorporó un "derecho de información" asignado a las organizaciones sindicales de grandes y medianas empresas. Como se expresó en la discusión legislativa, su objetivo era otorgar "el derecho de los sindicatos a solicitar a la empresa información sobre igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016, p. 81).

Con la ley N°20.940, de 8 de septiembre de 2016, se estableció lo siguiente en los incisos primero y tercero del artículo 317 del CT:

> Los sindicatos de empresa podrán una vez en cada año calendario solicitar a las grandes empresas, información sobre remuneraciones asignadas a trabajadores de los diversos cargos o funciones de la empresa que se encuentren contenidas en el registro a que se refiere el numeral 6) del artículo 154 de este Código …
>
> En el caso de las empresas medianas, sus sindicatos podrán hacer este requerimiento sólo como información previa a la negociación.

Inicialmente, la norma antes transcrita establecía que los antecedentes remuneracionales solicitados por los sindicatos correspondían a las "asignadas a trabajadores de los diversos cargos y funciones en la empresa" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016, p. 19). De esta forma, no se efectuaba condicionamiento ni límite alguno sobre las condiciones dicha solicitud. Sin embargo, como se pudo constatar, la ley N°20.940 aprobó que la información señalada, respecto de la cual se debe asegurar la reserva de cada uno de los trabajadores involucrados, fuese obtenida únicamente a partir del RCF que forma parte del RIOHS y solo en la medida en que existan cinco o más trabajadores en cada cargo o función.

1.2.4. Sanciones por incumplimiento del registro de cargos o funciones

Ante reclamos judiciales de multa administrativa cursados por la Inspección del Trabajo[6], los tribunales (1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT I-289-2013 de 28 de enero de 2013; Juzgado de Letras de San Vicente, RIT I-4-2014 de 22 de agosto de 2014; Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, RIT I-47-2014 de 05 de noviembre de 2014 y 2° Juzgado de Letras de Coronel, RIT I-6-2018 de 16 de agosto de 2018) han confirmado las sanciones de 40 UTM (Dirección del Trabajo, s.f., Código N°1111-d) que establece la referida autoridad administrativa si no se ha podido acreditar la existencia del RCF en el RIOHS. En otra ocasión, han rebajado la multa por considerarla excesiva (Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, RIT I-57-2015 de 30 de marzo de 2016)[7]. Solo la dejan sin efecto si han concluido que la multa está mal cursada (1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT I-334-2012 de 22 de febrero de 2013)[8]. En cambio, ante demandas de autodespido en donde se ha invocado la causal de "incumplimiento

[6] La Dirección del Trabajo ha recalcado la obligación de contar con el RCF (Ord. N°3164, del 12 de julio de 2017) y, también, ha instruido el inicio de un proceso de fiscalización para verificar si efectivamente existe el registro, bajo pena de cursar las multas correspondientes (Ord. N°560, del 1 de febrero de 2017).

[7] La multa, cursada por 40 UTM y, por tanto, en conformidad al Tipificador de Multas de la Dirección del Trabajo, fue rebajada a la mitad.

[8] En el presente caso, dentro de las multas cursadas por la Inspección del Trabajo a la empresa reclamante, una de ellas decía relación con no tener procedimiento de reclamo de igualdad de remuneraciones entre un hombre y una mujer ante un mismo trabajo. La multa se dejó sin efecto porque la infracción en cuestión no fue fiscalizada (y por lo demás la empresa sí tenía aquel procedimiento), sino que la fiscalización fue por el registro de cargos, el cual no fue objeto de multa.

grave de las obligaciones que impone el contrato" (Código del Trabajo, art. 160 N°7) por no contar con el mencionado registro en el RIOHS, han rechazado la acción por estimar que dicha omisión carece de la trascendencia necesaria como para calificarla como un "incumplimiento grave" y, por tanto, hacer aplicable la causal de autodespido solicitada (Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, RIT T-9-2011, de 06 de junio de 2011 y Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, RIT O-348-2015 de 12 de agosto de 2015).

2. Dificultades del registro de cargos o funciones para contribuir en la reducción de conductas discriminatorias en materia laboral

2.1. Objetivo del registro de cargos y funciones y las limitaciones a partir de su aplicación

El objetivo general de la moción que dio origen a la ley N°20.348, era consagrar "expresamente el derecho de los trabajadores a una igual remuneración sin distinción de sexo" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 6). En dicho proyecto, el RCF se incluyó con el objeto de establecer "la obligación del empleador de informar acerca de los cargos y números de personas que los desempeñan, a efectos de facilitar la prueba de las denuncias e infracciones" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 6). Así, entonces, a partir de la mencionada tramitación legislativa, con el RCF propuesto se buscó constituir un medio de prueba destinado a verificar el cumplimiento del principio de igualdad de remuneraciones entre un hombre y una mujer.

Además, con la referida discusión legislativa se dio cumplimiento a obligaciones asumidas por Chile en la materia. Ello por cuanto el año 1971 fue ratificado por este país el Convenio N°100 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante la OIT) sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (OIT, 1951), lo cual da cuenta la igualdad de remuneraciones por sexo era un tema largamente reconocido por la OIT. En línea con lo anterior, y en forma similar a nuestro RCF, desde el año 1957, la OIT publica la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones, herramienta que organiza los puestos de trabajo en diferentes grupos definidos en función de las tareas desarrolladas en cada uno de dichos empleos.

Sin embargo, el artículo 154 N°6 del CT no consagró en forma expresa el objetivo de facilitar la prueba de las denuncias e infracciones relacionadas con la igualdad de remuneración sin distinción de sexo. Tampoco precisó los contenidos específicos que habría que incorporar en el registro. Por su parte, el artículo 62 bis no detalló el sentido y alcance de la expresión "hombres y mujeres que presten un mismo trabajo" contenida en su inciso primero. Lo anterior produjo las siguientes consecuencias con la publicación de la ley N°20.348:

a) Un RCF alejado de la realidad de la empresa:

Al no existir una finalidad expresamente regulada, así como tampoco una descripción específica de los contenidos que habría que incorporar, no se descarta que los RCF pierdan contacto con la realidad de la empresa en cuestión.

Por un lado, el registro de cargos podría terminar transformándose en una vaga descripción de los diferentes puestos de trabajo, que no permitan explicar en qué consiste cada uno de los empleos que componen la organización, de modo de poder distinguir entre un cargo y otro. En ese sentido, la Dirección del Trabajo sostuvo que el RCF "no puede traducirse en una explicación genérica, vale decir, imprecisa o ambigua, que no permita por si sola distinguir entre los distintos cargos o funciones existentes" (Ord. N°1187/18, de 10 de marzo de 2010).

Por otro lado, a partir de la actual regulación podría llegar a omitirse en el RCF los nexos comunes o semejanzas entre los distintos puestos de trabajo, en circunstancias de que constituye una práctica frecuente que en empresas de 200 o más personas existan varios cargos que registren similitudes. Al respecto, la mencionada autoridad laboral señaló la importancia de evitar que sobre los puestos de trabajo incluidos en el RCF se efectúe "una descripción tan detallada o pormenorizada de los mismos, como ocurriría, por ejemplo, si se distinguiera entre los cargos de cajero" (Ord. N°1187/18, de 10 de marzo de 2010). De esta forma, con la descripción de las similitudes es posible identificar las naturales asociaciones que tienen algunos puestos de trabajos con otros.

Sumado a lo anterior, no existe una referencia que limite la posibilidad de que el RCF sea elaborado desde una perspectiva sexista, para así evitar que, como señala Goñi respecto de la preparación de las categorías profesionales en España, se "valore la mano de obra femenina y aprecie la concurrencia de ciertos criterios de idoneidad subjetiva" (2020, p. 85). Lo anterior implica una serie de efectos en la construcción del referido registro a partir de una apreciación estereotipada del rol de las mujeres en las organizaciones. Un ejemplo sería el denominar y encargar funciones diferentes a un mismo cargo según sexo (ello podría producirse con el puesto de enfermero y enfermera). También podría ocurrir si se otorga menor valoración a tareas cuyas capacidades son "consideradas como 'femeninas', como la destreza manual y las aptitudes relacionadas con el cuidado de las personas …, en comparación con las capacidades tradicionalmente 'masculinas', como la manipulación de objetos pesados" (OIT, 2012, p. 313).

De esta forma, la redacción actual del artículo 154 N°6 del CT no permite interpretar el sentido y alcance del RCF, de modo de poder reflejar la realidad de la empresa y así evitar la exposición a situaciones descritas.

b) Incertidumbre sobre el principio de igualdad remuneracional supuestamente protegido:

No es posible afirmar si el RCF en sí mismo es el medio de prueba idóneo para verificar si se da efectivo cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre un hombre y una mujer. Ello se debe a que el artículo 62 bis, única norma en el CT que regula la referida igualdad de remuneraciones, establece en su inciso primero que esta debe medirse en relación a "hombres y mujeres que presten un mismo trabajo", y no de "trabajo masculino y femenino por un servicio de igual valor" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 6) como señalaba originalmente la moción que inició su discusión legislativa.

El cambio es relevante. La ley N°20.348 no describe el alcance de la expresión "un mismo trabajo", y tampoco la jurisprudencia ha definido un criterio sobre ella. Ante la ausencia de una delimitación del mencionado concepto, podría llegar a interpretarse que la expresión dice relación únicamente con "un mismo cargo", como ocurrió en España en el año 1980 con la norma que establecía que "El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo" (RDL 8/1980 de 10 de marzo, artículo 28 [derogado]). Como señalan López y Rodríguez (2019), "ya en aquel momento se criticaba que el legis¬lador utilizase una fórmula de equiparación como la del trabajo igual, dado que las normas internacionales se referían a los trabajos de igual valor" (p. 56).

De interpretarse el mencionado artículo 62 bis como se expresó en el párrafo anterior, sería irrelevante el uso del RCF para velar por el cumplimiento de la igualdad remuneracional en cuestión. Bastaría entonces que la mera denominación de los cargos por analizar sea diferente para impedir cualquier comparación, lo cual se podría verificar con la revisión de los contratos de trabajo. Así entonces, no sería necesario recurrir al RCF, más allá de cualquier similitud que pueda existir en la práctica de los puestos de trabajo.

Así entonces, mientras no se consolide un criterio jurisprudencial en relación a la expresión "un mismo trabajo" contenida en el artículo 62 bis del CT, no será posible delimitar su alcance. A consecuencia

de lo anterior, el RCF no tendría utilidad alguna para contribuir en forma concreta al análisis del cumplimiento del principio de igualdad de remuneraciones entre un hombre y una mujer a partir de una revisión de dos o más puestos de trabajo. Bajo este criterio, el RCF sería irrelevante. Bastaría el limitarse a comparar los contratos de trabajo para agotar cualquier investigación al respecto, situación que impediría avanzar en la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres.

2.2. Obstáculos a la actualización constante del registro de cargos o funciones por estar incluido en el Reglamento Interno de la empresa

La exigencia legal de integrar el RCF dentro del contenido mínimo del RIOHS no considera la diversa y compleja realidad de las empresas en Chile. En efecto, el referido reglamento carece de la agilidad, rapidez y autonomía necesaria como para definir su contenido y mantener constantemente actualizado el registro en cuestión. La regulación, plazos y formalidades del RIOHS, además de la obligación de entregar copia a los trabajadores o sindicatos para su aprobación u objeciones, dificultan la renovación periódica de un registro en continuo movimiento. Bien sea por la eliminación de cargos obsoletos, la adición de características nuevas a cargos ya existentes o la creación de nuevas funciones y puestos de trabajo, entre otros eventos, el RCF requiere con frecuencia efectuar continuos ajustes.

La crítica no estuvo ausente de la tramitación legislativa de la ley N°20.348, en donde se hizo presente que el registro en cuestión sería una carga muy difícil de sobrellevar. En la referida instancia, se expresó que el carácter dinámico y polifuncional de los cargos al interior de una empresa obligaría a actualizar con frecuencia el registro en cuestión, y ello a su vez llevaría a modificar con igual reiteración el RIOHS. Dicha situación impediría contar a mediano y largo plazo con un RCF acorde a la realidad actual de la empresa (Biblioteca del Congreso nacional de Chile, 2009).

A pesar de los reproches antes descritos, el RCF fue igualmente aprobado como parte del contenido mínimo del RIOHS. La ley N°20.348 exigió el registro al reglamento en cuestión únicamente a las empresas de 200 o más trabajadores, obligación que fue confirmada por la Dirección del Trabajo (Ord. Nº3723/52, del 15 de septiembre de 2009). Así entonces, la anunciada dificultad para actualizar y modificar el registro sí se verificó para las empresas mencionadas con la publicación de la señalada ley.

A partir de lo señalado, el mero hecho de contar con un RCF no implica necesariamente que la empresa cumpla tanto con la ley como también con expresar de manera fidedigna la realidad actual de su organigrama. Tal es así ya que, o bien se somete al RIOHS a una modificación constante, con todos los requisitos, plazos y exigencias legales que ello significa, o bien el reglamento no se modifica a pesar del movimiento que en la práctica se produce en el organigrama de la empresa, con lo cual se expone al registro a quedar obsoleto en un plazo breve. Cualquiera sea el caso, la ubicación del RCF en el reglamento interno no hace sino plantear una serie de dificultades a las empresas.

2.3. Bajo número de trabajadores beneficiados con el registro de cargos o funciones

A pesar de que el RCF se creó para apoyar el cumplimiento en todas las empresas del principio de igualdad de remuneraciones entre un hombre y una mujer, la ley N°20.348 limitó la obligatoriedad de dicho registro únicamente a organizaciones de 200 o más trabajadores. De esta forma, los trabajadores que resultaron beneficiados con la medida constituyen menos de la mitad de su universo total.

Según Rojas Miño (2015), "[i]nexplicablemente, durante la tramitación del respectivo proyecto de ley, esta exigencia general fue restringida a la gran empresa" (p. 349). La referencia a la gran empresa es efectiva, al considerar la clasificación de empresas en relación a la

cantidad de trabajadores definida en el artículo 505 bis del CT. En la norma en cuestión, la microempresa es aquella que tiene entre 1 y 9 trabajadores, la pequeña empresa es aquella que tiene entre 10 y 49 trabajadores, la mediana empresa es aquella que tiene entre 50 y 199 trabajadores, y la gran empresa es aquella que tiene 200 o más trabajadores contratados. Bajo ese criterio legal, el registro es aplicable únicamente a la gran empresa.

Sumado a lo anterior, el número de trabajadores beneficiados con el mencionado instrumento es inferior a la mitad del total. Ello se constata a partir de los siguientes estudios:

a) Dirección del Trabajo (2016, p. 19)[9]:

De acuerdo a la referida autoridad laboral, la población ocupada según tamaño de empresa registraba al año 2014 la cifra total de 4.130.112 trabajadores. A partir del número obtenido, la participación porcentual del tipo de empresas de acuerdo al artículo 505 bis del CT se distribuyó de la siguiente forma: Micro empresa 5,5%, pequeña empresa 19,7%, mediana empresa 20,1% y gran empresa 54,7%.

Para la elaboración de su informe, la Dirección del Trabajo no consideró dentro de su medición a las empresas de 1 a 3 trabajadores. Lo señalado es relevante, ya que altera no solo la participación porcentual de la microempresa, sino que también la del resto de la clasificación.

b) Instituto Nacional de Estadísticas (2020, en adelante INE):

A partir del estudio efectuado por esta entidad, la población ocupada durante el trimestre comprendido entre octubre a diciembre de 2019 registraba la cifra total de 8.547.632 trabajadores. A base de dicho número, más del doble del universo analizado en el estudio anterior de la Dirección del Trabajo, la participación porcentual de las empresas conforme al artículo 505 bis del CT se distribuyó de la siguiente forma: Micro empresa 38,9%, pequeña empresa 13,4%, mediana empresa 12,4%, gran empresa 31,9% y no responde respuesta 3,4%.

Los datos proporcionados por el INE, obtenidos en una fecha posterior al informe de la Dirección del Trabajo mencionado en la letra "a)" anterior, permiten constatar con claridad que la gran empresa concentra menos del 40% de la fuerza laboral total nacional. Ello por cuanto en esta oportunidad sí incluyó al universo total de empresas catalogadas como microempresa, vale decir, se incluyó a todas aquellas que tienen entre 1 y 9 trabajadores. De esta forma, el análisis efectuado permitió que la distribución porcentual de la clasificación de las empresas se ajustara de manera más fidedigna a la realidad, en donde la microempresa concentra casi el 40% de la medición total, y la gran empresa no supera el 32%.

Así entonces, se constata que con la publicación de la ley N°20.348, no solo la gran empresa es la única obligada a cumplir con el RCF, sino que también, más del 60% del universo laboral nacional simplemente está excluido de la posibilidad de contar en su empresa con el referido registro. De esta forma, podemos afirmar que el impacto del RCF es muy acotado en relación al total de trabajadores en Chile.

2.4. Sentido y alcance de los conceptos contenidos en el registro de cargos o funciones

El artículo 154 N°6 del CT establece que el RCF debe consignar "los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales". Sin embargo, ni la ley N°20.348 que introdujo el registro, ni tampoco el CT definen los conceptos allí incluidos, vale decir "cargos", "funciones" y "características técnicas esenciales" (este último, en adelante, CTE).

[9] Para su elaboración, la autoridad administrativa consideró como microempresas únicamente a empresas de entre 5 y 9 trabajadores. Además, excluyó las siguientes entidades: administración pública a nivel central y administración municipal, universidades estatales, entidades de la defensa, organismos extraterritoriales, hogares privados con servicio doméstico y organizaciones de usuarios de agua.

Dicha situación provoca que las empresas obligadas a su elaboración no cuenten con la certeza necesaria respecto de la información específica que hay que incluir en el registro.

En ausencia de la referida conceptualización, igualmente es posible efectuar un análisis que permite contribuir a entregar algunos elementos sobre su sentido y alcance:

a) Noción de "cargo" aplicado al registro de cargos o funciones

En relación a la noción de "cargo", la Real Academia Española (en adelante RAE) establece varias definiciones, de las cuales destacamos dos. La primera: "Dignidad, empleo, oficio" (Real Academia Española, 2014, definición 2), y la segunda: "Oficio que ejerce un órgano del que es titular una persona en una determinada organización" (Real Academia Española, 2020, definición 1). En ambas definiciones se encuentra la expresión "oficio" que la RAE describe para el caso que nos interesa como "ocupación habitual" (Real Academia Española, 2014, definición 2), vale decir, como un conjunto de labores que caracteriza el cargo ejercido por una persona. La revisión conjunta de las definiciones antes mencionadas permite identificar la noción de cargo como un empleo u oficio cuyas labores habituales posibilitan ubicar su posición específica dentro de una determinada organización.

Por su parte, Livy (1975) afirma que por cargo se entiende "la reunión de todas aquellas actividades realizadas por una sola persona, que pueden unificarse en un solo concepto y ocupan un lugar formal en el organigrama" (p. 46). Chruden y Sherman (2005) lo identifican como la "unidad de organización que conlleva un grupo de deberes y responsabilidades que lo vuelven separado y distinto de otros cargos" (p. 79). Chiavenato (2000), en tanto, sostiene que el cargo es el "[c]onjunto de funciones (tareas o atribuciones) con posición definida en la estructura organizacional, en el organigrama. La posición define las relaciones entre el cargo y los demás cargos de la organización" (p. 292). A partir de las definiciones antes entregadas, se observa como el concepto de cargo se vincula con un grupo de actividades, deberes o funciones unificadas en un puesto de trabajo específico, identificable y distinguible dentro del organigrama de una empresa.

En el CT, el término "cargo" es utilizado para diferentes usos[10]. Para el presente trabajo, destacamos el uso de ese concepto en el referido código como un empleo o puesto de trabajo ejercido por un trabajador, el cual se compara con otro puesto de trabajo (artículos 105 inciso 2°, 154 N°6, 158 inciso 4°, 161 inciso 2° y 250 inciso 3), se señala sus acciones, infracciones o prohibiciones asociadas (artículos 57 inciso 2°, 105 inciso 2°, 305 inciso 1° y 505 inciso 2°), o se diferencia del concepto de "funciones" (artículos 154 N°6, 316 inciso 2° letra "a)" y 317, incisos 1° y 4°).

De acuerdo al Estatuto Administrativo, por "cargo público" se entiende "aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1°, a través del cual se realiza una función administrativa" (Decreto con Fuerza de Ley N°29, artículo 3° letra "a)"). En tanto, para el Estatuto Docente, el término "cargo" corresponde al "empleo para cumplir una función de aquellas señaladas en los artículos 6º a 8º siguientes[11], que los profesionales de la educación del sector municipal, regidos por el Título IV; realizan de acuerdo a las normas de la presente ley" (Decreto con Fuerza de Ley N°1, artículo 5° inciso segundo). Como se observa, entonces, tanto para el Estatuto Docente como

[10] Se utiliza también el término "cargo" en el Código del Trabajo para hacer referencia a la calidad de dirigente sindical (artículos 272 inciso 1°, 152 inciso 1°, 229 inciso 2°, 243 incisos 1° y 4° y 273), asociado al concepto de responsabilidad (artículos 2° inciso 7°, 108 inciso 2°, 114 inciso 1°, 138, 151, 152 quáter L, 152 quáter Ñ, 158 inciso 2°, 160 N°3, 165 inciso 1°, 172 inciso 1°, 176 inciso 1°, 183, 196 inciso 1°, 199 inciso 1° y 199 bis inciso 1°, 205 inciso 1°, 208 inciso 3°, 211, 249 incisos 4° y 5°, 250 inciso 4°, 274 inciso 4°, 283 inciso 4° y 466 inciso 3°) para hacer referencia a la presentación de una acción judicial (artículo 290 letra "c)") o para dar cuenta de un descuento efectuado al acreedor ejecutante del monto a su favor (artículo 471 inciso 2°).

[11] De acuerdo al artículo 5° inciso primero del Estatuto Docente, las funciones de los profesionales de la educación son las "docente y la docente-directiva, además de las diversas funciones técnico-pedagógicas de apoyo".

para el Administrativo, la agrupación de funciones permite distinguir un cargo de otro.

Las fuentes antes consultadas permiten obtener una serie de elementos distintivos del concepto de "cargo". Primero, dicho término es asimilable al concepto de empleo o puesto de trabajo. Segundo, reúne actividades, acciones o funciones, todas asociadas a la delimitación del empleo que las reúne. Tercero, esa unificación de labores y responsabilidades permite su identificación en una ubicación específica dentro del organigrama de una empresa y, además, posibilita que este pueda distinguirse de otros puestos de trabajo que existen en la misma organización. En ausencia de una definición del concepto de "cargo" en el RCF que permita conocer su alcance preciso, los elementos distintivos antes descritos podrían ser utilizados para determinar su inclusión en el registro. De todas formas, ello debe ser complementado con el sentido y alcance tanto del término "funciones", como también de la expresión "características técnicas esenciales", ya que todos, en su conjunto estructuran el contenido del RCF.

b) Noción de "función" y su relación de género a especie con el concepto de "cargo"

Sobre el término de "función", destacamos la acepción; "Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas" (Real Academia Española, 2014, definición 2). Respecto del concepto de "función pública", nos parece relevante: "Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad pública o a un funcionario" (Real Academia Española, 2020, definición 2). En relación a la expresión "función judicial del legislador", define el concepto como "Prohibición de que los legisladores ejerzan funciones que corresponde a los jueces" (Real Academia Española, 2020, definición única). A partir de las definiciones destacadas, se desprende que "función" se hace referencia a tareas específicas que corresponde realizar tanto a personas jurídicas como personas naturales.

Por su parte, Chiavenato (2000) lo define como un "conjunto de tareas (cargos por horas) o atribuciones (cargos por meses) que el ocupante del cargo ejerce de manera sistemática y reiterada o un individuo que, sin ocupar un cargo, desempeña una función de manera transitoria o definitiva" (p. 292). El referido autor precisa que "para que un conjunto de tareas se transforme en una función, estas deben ejecutarse de manera seguida" (p. 292). Así entonces, no basta que la tarea se realice para ser considerada una función, sino que además esta debe efectuarse de manera frecuente y que sea inherente al desarrollo del cargo en cuestión. En un sentido similar, Araujo y Brunet (2012) la definen como un "conjunto de tareas, realizadas por una persona, que forman un área definida de trabajo. Suelen mantener entre sí una relación de proximidad física o técnica" (p. 62). Si bien no hablan de la reiteración de las tareas, sí especifican que estas deben estar vinculadas al desarrollo del puesto de trabajo en cuestión.

En cuanto a la doctrina laboral nacional, se observa que algunos autores (Thayer & Novoa, 2015, p. 33; Lizama, 2003, p. 40; Irureta, 2011, p. 164 y Gamonal & Guidi, 2015, p. 110) asimilan el término de "función" a las voces de "empleo" o "cargo". Lo anterior, además de apartarse de las definiciones entregadas por la RAE, trae consigo problemas de interpretación en materia laboral. En efecto, poner en el mismo nivel ambos términos como sinónimos, implica desconocer las diferencias existentes entre un cargo ejercido por un trabajador y cada una de las funciones en particular que lo estructuran. En sentido contrario, y a nuestro entender, en la forma correcta, otros autores nacionales, como es el caso de Rojas Miño (2015, p. 480), diferencian las funciones o tareas individualmente consideradas, del cargo mismo del trabajador.

Revisado el CT, el término "función" también es utilizado para diversos usos[12]. Al respecto, destacamos que en numerosas ocasiones el legislador lo emplea

[10] Se utiliza, también, el término "función" en el Código del Trabajo para acciones u obligaciones únicamente atribuidas a una persona jurídica, establecimiento o herramienta (artículos 152 ter A letra "f)", 157 ter inciso 2°, 203 inciso 4°, 220 N°11, 281 N°1, 362 inciso 1° y 444 inciso 5°), para interrumpir o reanudar un contrato de trabajo, según corresponda (artículos 73 inciso 3°, 152 ter M inciso 1°, 161 bis, 174 inciso 2°, 178 inciso 1°, 289 letra "f)" y 357, incisos 2° y 3°), o para asimilarlo a los conceptos de "finalidad" (artículo 2° inciso 1°), "representación de una obra artística" (artículos 145-A inciso 1° y Art. 145-B), "depende" (artículos 211 y 505 bis inciso 1°) y "en relación a" (artículo 214 inciso 4°).

para referirse a una o más labores desempeñadas por el trabajador en virtud de su puesto de trabajo. Bien sea para determinar las labores específicas para realizar que implica (artículo 10 N°3), para referirse al desarrollo y ámbito en que se prestan las tareas (artículos 4° inciso 1°, 22 inciso 2°, 40, 100 inciso 3°, 108 inciso 1°, 133 incisos 1°, 2° y 3°, 152 bis inciso 2°, 152 ter A letras "a)" y "b)", 152 quáter H, 152 quáter J, 152 quáter K, 160 N°1 letra "a)", 193 inciso 2°, 272 inciso 1°, 183-X inciso 1°, 249 inciso 1°, 345 inciso 3°, 379, 394 N°3°, 403 letra "d)" inciso 2°, 444 inciso 1°, 506 ter inciso 1° número 2° y artículo 16 transitorio incisos 1° y 3), para cesar la obligación de desempeñar las labores (artículos 152 ter A letra "c)" y 152 ter G inciso 1°), o para diferenciarlo del concepto de cargo (artículos 154 N°6, 316 inciso 2° letra "a)" y 317 incisos 1° y 4°). La finalidad descrita se destaca en los siguientes artículos del CT:

i. Funciones específicas en el contrato de trabajo (artículo 10 N°3)

El artículo 10 del CT establece las menciones mínimas obligatorias del contrato de trabajo. En su número N°3 se estipula la obligación de incluir la "determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. *El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias*".

La ley N°19.759 introdujo la frase destacada en el párrafo anterior. Durante su tramitación, el Ejecutivo sostuvo que su propósito no era limitar el número de funciones de un trabajador, sino más bien obligar a especificarlas con claridad en el contrato de trabajo. Con ella, se buscaba evitar que su determinación quedara al mero arbitrio del empleador, situación que podría verificarse al no establecer función alguna o bien al formular labores puramente genéricas. Al respecto, la Dirección del Trabajo afirmó que con dicha iniciativa legal se buscaba "resguardar el concepto 'servicio', que es más amplio que el de 'función', pero se permite la especificación de funciones" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2001, p. 236). Una vez publicada la ley, la referida autoridad laboral (Ord. Nº4583/223, de 24 de julio de 1995; Ord. Nº5138/242, de 14 de agosto de 1995; Ord. Nº2855/161, de 30 de agosto de 2002 y Ord. Nº2702/66, de 10 de julio de 2003) confirmó la procedencia legal de la multiplicidad de funciones en un contrato de trabajo en la medida en que estas se describan en forma específica y que, además, tengan el carácter alternativo o complementario de la función principal.

A partir del tema en análisis, Gamonal y Guidi (2015) afirman que, con la determinación de funciones el artículo 10 N°3 del CT, se busca por el legislador "evitar que el empleador arbitrariamente altere las condiciones en que el trabajador debe prestar sus servicios 'por la vía de cláusulas amplias o indeterminadas'" (p. 75). Sobre lo antes señalado, es posible afirmar que, tal como se expresó en la tramitación legislativa de la ley N°19.759, un cargo puede tener dos o más funciones en la medida en que su delimitación quede expresamente establecida en el contrato de trabajo.

ii. Información de remuneraciones en relación al registro de cargos o funciones (artículo 317)

Con la entrada en vigencia de la ley N°20.940, se introdujo en el artículo 317 del CT, la obligación a las grandes y medianas empresas de entregar a las organizaciones sindicales antecedentes sobre las remuneraciones de los diversos cargos o funciones de la empresa cuando estas lo requieran. La información requerida debe obtenerse desde "el registro a que se refiere el numeral 6) del artículo 154 de este Código". Si bien, desde su tenor literal se puede afirmar que se hace referencia al RCF, no se precisó por el legislador la información específica requerida del registro, así como tampoco el sentido y alcance de los términos "cargo" y función". La Dirección del Trabajo[13] tampoco aportó con una interpretación específica al respecto.

[13] El Ord. N°5935/96, del 13 de diciembre de 2016, señaló que por "cargos o funciones" en el artículo 317 del CT debía entenderse "un conjunto, un tipo, como, por ejemplo, gerentes, subjefes de distintas áreas, vendedores, en general, no debiendo todos los cargos ser idénticos, sino que pertenecer al mismo tipo". Luego, el Ord. N°1415/34, del 31 de marzo de 2017, señaló que las expresiones "conjunto" y "tipo" del Ord. previo decían relación con cargos ejercidos por dos o más trabajadores, y donde "el cargo o función se determina por poseer la misma naturaleza, clase o índole, es decir, que todos quienes pertenecen a aquel poseen una propiedad común que los distingue de otros".

A partir de la revisión de las fuentes antes señaladas, podemos obtener los siguientes elementos distintivos del concepto de "función". Primero, corresponde a una tarea en particular que puede desempeñar tanto una persona natural como una persona jurídica. Segundo, en el ejercicio de un cargo dentro del contexto laboral, una persona puede desarrollar dos o más funciones. Tercero, el conjunto de funciones o labores realizadas en forma reiterada y sistemática por una persona en virtud de su contrato de trabajo, definen y estructuran su cargo.

Los elementos constitutivos del término "función" descritos en el párrafo anterior permiten sostener que existe una relación de genero a especie entre las nociones de "cargo" y "funciones". Tal es así debido a que son las funciones las que, en su globalidad, dan contenido al cargo. Sin ellas, el cargo es solamente un mero concepto abstracto, carente de labores que permitan justificar y entender su existencia. Ahora bien, ambos se necesitan uno al otro, vale decir, un cargo sin función alguna es una mera denominación sin utilidad ni aplicación práctica. En sentido inverso, una o más funciones sin estar asociadas a un determinado cargo, sería un mero listado de labores carente de estructura o ropaje que permita delimitar un conjunto de funciones propio de un puesto de trabajo. Las expresiones cargo y función, como señalan Sierra y Bernet (2020), "están estrechamente relacionadas" (p. 263), de modo tal que "el contenido de la primera se explica por las funciones que comprende" (p. 263).

En suma, la identificación de los elementos constitutivos del concepto de "función", sumada a la relación de especie a género con el término de "cargo", nos permite afirmar que la frase "cargos o funciones" contenida en el RCF, no debe entenderse como alternativa entre dos opciones, sino más bien como una expresión que implica adición y alternativa a la vez[14]. Ello por cuanto en la mayoría de los casos, el mencionado registro se puede elaborar con base en los diferentes cargos de la empresa, y a cada cargo se le añade el conjunto de funciones que lo caracteriza y distingue. Sin embargo, también sería posible, aunque con menor frecuencia aún, que el registro consigne únicamente grupos de funciones organizadas en un determinado puesto de trabajo. En este último caso, aun cuando no figure explícitamente la denominación del cargo y, por tanto, tampoco la ubicación en el organigrama de la empresa, dicha agrupación de funciones permitiría distinguir un puesto de trabajo de otro.

A partir de lo señalado, observamos que la relevancia de la definición de las funciones que conforman un determinado cargo es de tal envergadura, que cualquier ambigüedad en su delimitación puede producir una serie de conflictos en la relación laboral.

En ese sentido, incide directamente en la justificación del despido o despido indirecto, en la acreditación de la existencia del incumplimiento grave de obligaciones del contrato. También lo hace en la procedencia de la aplicación del *ius variandi* por el empleador. Lo último es reconocido en España, en donde el *ius variandi* permite el empleador "encomendar al trabajador funciones distintas a las realizadas hasta ese momento, siempre dentro del marco de la prestación debida, prestación que está limitada, con carácter general, por la pertenencia al grupo profesional" (García-Perrote, 2020, p. 281). Para ello, no se puede menoscabar al trabajador y se deben respetar sus calificaciones académicas (García-Perrote, 2020).

Asimismo, determina la titularidad de una invención patentable[15] ya que, de no haber una regulación clara de sus funciones, no será posible asegurar al trabajador

[14] Véase el uso de la conjunción "o" en el *Diccionario Panhispánico de Dudas* de la Real Academia Española, obtenido el 23 de mayo de 2020 desde el sitio https://www.rae.es/dpd/o.

[15] La ley N°19.039, que *Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial,* publicada en el Diario Oficial el 25 de enero de 1991, dispone que, si el invento es ajeno a las funciones de un contrato de trabajo, la titularidad del invento pertenece al trabajador. En cambio, si la invención forma parte de las labores del cargo, o bien, si no tiene relación con las labores encomendadas, pero para su obtención el trabajador se benefició tanto de los conocimientos proporcionados en su empresa, como también de sus medios, la titularidad le pertenece al empleador.

la titularidad del invento que desarrolló. Incluso, el empleador podría beneficiarse con la titularidad de cualquier logro inventivo del trabajador si las funciones pactadas son genéricas e indeterminadas (Sierra, 2013). En adición a lo mencionado, influye decisivamente en el derecho de autor de la creación de un programa computacional. Tal es así, ya que su autoría pertenecerá al empleador únicamente en la medida que, como establece el artículo 8° inciso segundo de la Ley N°17.336 de Propiedad Intelectual, el referido programa computacional haya sido realizado por el trabajador al desempeñar las funciones laborales asociadas a su cargo[16].

c) Noción de "características técnicas esenciales" aplicado al registro de cargos o funciones

En el CT, la expresión "características técnicas esenciales" (CTE) figura únicamente en el artículo 154 N°6, para señalar el contenido mínimo requerido de los cargos o funciones incluidos en el RCF. El mismo concepto, pero con un uso diferente al antes descrito se encuentra en la Ley N°18.168 General de Telecomunicaciones[17]. Ninguna de las referencias legales descritas define las CTE.

Dentro del concepto "característica", definido en la RAE, destacamos que se dice "…de una cualidad: Que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes" (Real Academia Española, 2014, definición 2). En la voz "técnica", seleccionamos dos definiciones. La primera, que se centra en el sujeto, es "persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte" (Real Academia Española, 2014, definición 3). La segunda, que dice relación con las acciones desarrolladas por el sujeto, es "conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte" (Real Academia Española, 2014, definición 5). Sobre el término "esenciales", destacamos dos definiciones. La primera es "aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas" (Real Academia Española, 2014, definición 1), es decir, lo que define a algo, sea esto animado o inanimado. La segunda es "lo más importante y característico de una cosa" (Real Academia Española, 2014, definición 2), que se refiere a lo principal de algo y, por tanto, lo que lo distingue de otra cosa.

En relación a la tramitación de la ley N°20.348, durante el primer trámite constitucional, las CTE no estuvieron exentas de críticas, incluso, se planteó entregar su determinación a los jueces competentes en lo laboral (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 34). Aun así, mediante una indicación, se incluyó la frase "sus características técnicas esenciales, como la descripción general del cargo y las condiciones o habilidades profesionales inherentes a él" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 40). De esta forma, a las CTE se les incorporaron ejemplos que permitían delimitar el contenido mínimo exigido al registro en cuestión.

Sin embargo, en el segundo trámite constitucional, se eliminaron los ejemplos antes mencionados, con lo cual la norma dejó de contar con alguna explicación, definición o ejemplo que permitiera ilustrar a las CTE. La nueva modificación se debió a los cuestionamientos sobre la utilidad del RCF. En efecto, se afirmó que la finalidad del registro sería imposible de cumplir (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, pp. 121 y 123), ya que, si el contenido del RCF "es genérico, no permitirá fundamentar reclamos ni acciones judiciales contra situaciones de discriminación remuneracional, porque no ofrecerá el grado de precisión necesario para ello y, a la inversa, si es un elenco detallado, será muy

[16] Para Sierra y Bernet, implica tanto el caso donde "la naturaleza de las funciones del trabajador consista en la elaboración de programas computacionales", como también "el supuesto de aquel trabajador que, sin estar contratado para programar, elabora un software en el contexto de su relación laboral" (Sierra & Bernet, 2020, p. 259).

[17] En el inciso sexto de su artículo 8° se establece que, en el contexto del uso de las redes públicas para el otorgamiento de prestaciones complementarias por parte de las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones o terceros, las concesionarias "no deberán alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas".

difícil mantenerlo actualizado" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 124). Las referidas críticas llevaron al Ejecutivo a justificar la eliminación de los ejemplos de las CTE, al afirmar que el "excesivo detalle" que contenía la propuesta anterior "podría ser innecesario para los efectos pretendidos" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009, p. 123).

A pesar de la redacción aprobada en la ley N°20.348, posteriormente, el mismo Congreso Nacional recomendó definir el contenido de las CTE. De acuerdo a un informe de evaluación de dicha normativa, que posteriormente fue recogido por una moción parlamentaria (2014, Boletín 9329-13), propuso incluir en ella "la definición general del cargo, calificación necesaria, condiciones de permanencia y trabajo requerida, responsabilidad y nivel jerárquico como posibles parámetros que la determinen" (2013, p. 13).

Por su parte, la Dirección del Trabajo describió las CTE como "aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a realizar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda ejecutar en la empresa" (Ord. N°1187/18 de 10 de marzo de 2010)[18]. Como se observa, la definición de la mencionada autoridad se limita a efectuar una mera enumeración de características, sin realizar alguna referencia técnica que justifique las diferencias con otros empleos, o calificación mínima exigida, ni tampoco alguna alusión que permita entender su particularidad.

A partir de las fuentes analizadas, es posible obtener tres elementos constitutivos de las CTE asociadas al RCF. Primero, se trata de una característica permanente e invariable de una cosa o persona. Segundo, que se encuentran en estrecha relación tanto con los conocimientos específicos como con la calificación necesaria exigida para el desarrollo de las labores asociadas. Tercero, que en su conjunto permiten describir de manera general el cargo cuyo titular desarrollará lo que, a su vez, permite diferenciar un cargo de otros que serán desarrollados en la misma organización. En otras palabras, las CTE dicen relación con un estándar mínimo para ejercer un determinado cargo, ya que podría afirmarse que a partir de ellas se hace referencia a las condiciones y capacidades mínimas exigidas, para que quien desarrolle las funciones del cargo en cuestión, pueda desempeñarlo de manera eficiente.

[18] El Ordinario en cuestión incluyó dos ejemplos de CTE. Para el cargo de "Gerente de Aseguramiento de Ingresos, Facturación y Fraude", su CTE sería "Realizar el seguimiento y corrección de los procesos de generación de ingresos, detectando y monitoreando los riesgos de fraude, gestionando los procesos de liquidaciones de tráfico, con el fin de optimizar los procesos de facturación". En tanto, para el "Bodeguero", su CTE sería "Recepción física de existencias; Almacenar las existencias recepcionadas; Despachar existencias a clientes internos y externos; Cumplir con la entrega oportuna a las solicitudes de los clientes; Mantener existencias bien posicionadas en el sistema y a buen resguardo".

3. Hacia una mayor eficacia del registro de cargos o funciones en la eliminación de la discriminación laboral

3.1. Finalidad del registro de cargos o funciones y su contenido

Para contribuir de manera efectiva a reducir los escenarios de discriminación remuneracional al interior de la empresa, se debe clarificar y objetivar tanto la finalidad del RCF como su contenido. Evidentemente, lo expresado no se cumple con la mera expresión de "características técnicas esenciales" contenida en el artículo 154 N°6 del CT.

Respecto de su finalidad, se ve necesario explicitar que su objetivo es colaborar en forma activa con la eliminación de la discriminación laboral, tal como ocurre en España con los GP (RDL 2/2015 de 23 de octubre, artículo 22). En efecto, en su regulación se establece que se debe garantizar la eliminación de cualquier elemento de discriminación, sea esta directa o indirecta, entre hombres y mujeres, especialmente en lo relativo a la igualdad de remuneración por razón de sexo ante un trabajo con el mismo valor.

Es así, entonces, que la enunciación del objetivo del RCF en su regulación, como ocurre en el caso de los GP a través de "criterios neutros e inocuos desde la perspectiva de género" (López & Rodríguez, 2019, p. 58), permitiría crear conciencia en los actores laborales de cuál es el sentido del registro, y que es, por tanto, esa la clave en que se tiene que elaborar. Asimismo, el referido registro debiera considerar un sistema de valoración de los puestos de trabajo que permitan, a través de la definición de competencias, responsabilidades y otros aspectos, definir la ubicación y jerarquía de cargos con independencia del sexo de quien lo ejerce (López & Rodríguez, 2019, p. 63).

En cuanto a su contenido, el RCF debe establecer un equilibrio. Por un lado, debe contar con un nivel de uniformidad que permita a todos los registros contar con un mínimo nivel de exigencia y rigurosidad. Por otro lado, el RCF debe tener la flexibilidad suficiente como para que en cada registro se puedan reflejar las particularidades de cada empresa y el sector productivo que desarrolla. La ponderación entre estos dos enfoques debiera tener como resultado que la elaboración del RCF no implique un aumento a la carga de las empresas.

La regulación del RCF debería agrupar "las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación" (RDL 2/2015 de 23 de octubre, artículo 22 numeral 2), y añadir las "distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades" (RDL 2/2015 de 23 de octubre, artículo 22 numeral 2) relacionadas al cargo.

En ese mismo sentido, el "Cuadro Regulador de Trabajo", o CRT, aplicable al contrato especial chileno de los trabajadores embarcados o gente de mar, también cumple con exigir un contenido detallado. En este tipo especial de contratos, las funciones de la dotación[19] de una nave o de artefactos navales se incluyen en el CRT. Su contenido mínimo (definido en Código del Trabajo, artículo 115; Decreto N°101, artículo 23 y Decreto N°26, artículo 86) incluye el nombre del cargo, el título y licencia o matrícula obtenida por la autoridad marítima respectiva, las funciones asignadas, las responsabilidades en virtud de su cargo y su dependencia directa. Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones propias de cada cargo en la legislación aplicable (contenida en Decreto N°101, artículo 63 y Decreto N°26, artículos 14-77).

[19] De acuerdo al artículo 100 inciso 1° del CT, la dotación de una nave o artefactos navales está compuesta por el capitán, los oficiales y sus tripulantes.

En razón de lo antes señalado, se observa la conveniencia de contar en cada RCF con los siguientes elementos:

a) Descripción general del cargo, funciones y responsabilidades: se debe describir en forma general el objetivo central que se busca a través de dicho puesto de trabajo. En la misma línea, y sin que implique una lista exhaustiva para no rigidizar el registro ni caer en omisiones, se deben añadir tanto las principales funciones asociadas al cargo, como también las responsabilidades más destacadas del puesto de trabajo.

b) Competencias profesionales y/o experiencia laboral necesaria: para asegurar los conocimientos técnicos necesarios, se debe incluir, cuando corresponda, el nivel de estudio o experiencia laboral mínimamente exigible para las labores que se deban desarrollar.

c) Jefatura a la cual debe responder y/o equipo de trabajo a cargo: todos los cargos se insertan en un organigrama y deben actuar de acuerdo a los lineamientos entregados por la parte directiva de la empresa. Por lo expuesto, se observa la necesidad de incluir el nivel jerárquico del cargo en cuestión, la jefatura a la cual debe responder y, en caso de que corresponda, el equipo de trabajo que tiene a su cargo.

3.2. Aumento de empresas obligadas a contar con registro de cargos o funciones

Como se señaló previamente, la ley N°20.348 limitó la exigencia de RCF únicamente a empresas de 200 o más trabajadores. Lo mencionado es relevante ya que, a partir de las cifras analizadas en el presente trabajo, menos del 60% de los dependientes en Chile están beneficiados con la medida.

La utilidad de un instrumento como el registro aumenta en la medida en que el registro beneficie a la mayor cantidad posible de trabajadores. Ello ocurre tanto con los GP españoles como también con el CRT en Chile. En ambos casos, los instrumentos son aplicables a todas las empresas del área respectiva, independientemente del número de trabajadores de cada compañía o embarcación, según corresponda.

En ese orden de ideas, se estima que el RCF debería ser obligatorio para todas las empresas que tengan 10 o más trabajadores permanentes. De esta forma, y en conformidad a la clasificación establecida en el artículo 505 bis del CT, se excluiría únicamente a la microempresa, cuyo número de trabajadores impide hacer un registro estable de cargos. En consecuencia, sería exigible para la pequeña, mediana y gran empresa, que son justamente las organizaciones que la ley actual exige contar con un nivel de organización mínimo expresado en un RIOHS.

Cabe señalar, además, que en el mismo sentido se han presentado cuatro proyectos de ley que, entre otros temas, han propuesto rebajar el límite de registro de cargos. En uno, el RCF se exige a empresas de 5 o más trabajadores (2014, Boletín 9329-13), en dos, la obligación se focaliza en las empresas de 50 o más trabajadores (2014, Boletín 9322-13 y 2016, Boletín 10576-13) y en el restante, se exige a todas las empresas de 100 o más trabajadores (2020, Boletín 13280-13).

3.3. Exclusión del registro de cargos o funciones del Reglamento interno de la empresa

Por su naturaleza y objetivos, no se justifica que el RCF deba estar incluido en el RIOHS. Ello por cuanto dicha definición constituye una manifestación del poder de dirección de la empresa. Esencialmente, entendemos por dicho poder las "facultades del empleador de impartir órdenes e instrucciones al trabajador dependiente para lograr la correcta ejecución de la prestación debida y mantener la disciplina al interior de la empresa" (Fernández, 2019, p. 53). Así entonces, la determinación de la estructura empresarial y de las funciones de los diferentes cargos es una actividad que compete únicamente al empleador.

En ese sentido, el CRT constituye un modelo para tomar en consideración. Ello por cuanto de acuerdo al CT, el cuadro en cuestión debe ser preparado y firmado

por el capitán y, además, visado por la autoridad marítima respectiva, el cual debe estar a disposición de todos quienes componen la dotación de la nave (artículo 115). Cualquier modificación al CRT debe ser anotada en el diario de la nave y, luego, comunicada a la autoridad marítima. No se observa en este cuadro regulador exigencias tales como publicación en lugares visibles, entrega de ejemplares a todos los dependientes, plazo para impugnaciones de trabajadores, reclamaciones a la Inspección del Trabajo o a la Secretaría Regional Ministerial de Salud. Si ellas existieran, se dificultaría la aprobación de todas las alteraciones efectuadas a dicho documento.

Distinto es el caso de los GP, cuya elaboración, como señala Montoya (2019), consta de dos etapas y, en ambos casos, requiere el acuerdo de los trabajadores. La primera de ellas corresponde a la definición abstracta del sistema de clasificación profesional y su relación con los GP, la cual es definida en el contexto de una negociación colectiva. La segunda asigna un determinado grupo profesional al trabajador y fija sus funciones asociadas mediante un acuerdo entre las partes. Así, no se descarta que un modelo como el propuesto pueda poner en entredicho la facultad de dirección del empleador en esta materia.

Por tanto, para optimizar el uso del referido registro, su ubicación debe estar en un documento ajeno al RIOHS, el cual debe ser definido de manera unilateral por parte del empleador. Eso permite que al elaborar y actualizar de manera periódica el RCF en un instrumento diferente al señalado reglamento, se lograría una mayor flexibilidad del mismo, además de estar a disposición de los trabajadores de manera permanente, como por ejemplo en un organigrama o en la intranet e, incluso, sería posible someterlo a una actualización periódica previamente definida. De esta forma, se colaboraría con lograr que el registro sea una expresión genuina y constante del actual sistema de cargos de la empresa con sus respectivas funciones, situación que contribuiría de manera concreta en el análisis de posibles casos de discriminación al interior de la empresa.

3.4. Criterio jurisprudencial amplio sobre la expresión “un mismo trabajo” del artículo 62 bis del Código del Trabajo

Es importante que la jurisprudencia consolide un criterio amplio de la expresión “un mismo trabajo” contenida en el inciso primero del artículo 62 bis del CT. Lo anterior en atención a que la referida norma se limita a establecer en su inciso primero que “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo”, sin delimitar el alcance de la expresión en análisis.

El criterio amplio propuesto se justifica por dos motivos. Primero, por la orientación teleológica de la ley N°20.348 que introdujo el RCF, cuya finalidad es evitar la discriminación salarial entre un hombre y una mujer. Para cumplir con ello, el análisis se debe efectuar en relación a los grupos de funciones desempeñados por cada trabajador, con independencia de los cargos ejercidos por los involucrados en el examen. De esta forma, estos serán susceptibles de comparación para así poder analizar su equivalencia, y por tanto confirmar o desechar eventuales escenarios de discriminación en materia de remuneraciones.

Segundo, debido a que el parámetro de comparación que el CT establece en el artículo 62 bis es sobre “un mismo trabajo”. El término de “trabajo” no está definido en el código laboral. Por su parte el DLE lo define, entre otras acepciones, como “ocupación retribuida” (Real Academia Española, 2014, definición 2). Ello permitiría considerar la palabra “trabajo” como una referencia global a los servicios personales realizados por el trabajador en el contexto de un contrato laboral, sin que deba necesariamente limitarse al cargo que desempeña el dependiente en cuestión. De esta forma, sí podría ser interpretada la expresión “un mismo trabajo” como “un grupo equivalente de funciones”, con lo cual se evita que en la comparación sea relevante la eventual diferencia en la denominación de los cargos.

Si bien la jurisprudencia nacional ya da cuenta de fallos cuyo criterio sobre la expresión “un mismo trabajo” es amplio (1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-307-2011, de 06 de diciembre de 2011), es relevante que ese criterio jurisprudencial se pueda consolidar. De

esa forma, la RCF cumplirá con el propósito por el cual fue propuesto en la discusión legislativa de la ley N°20.348. Es a partir de dicho razonamiento que la descripción de los cargos en el registro permitirá evaluar con detalle los diferentes puestos de trabajo, para así determinar si el valor o aporte que entregan con el desempeño de sus labores permite o no justificar una diferencia de remuneraciones.

3.5. Mayor carga sancionatoria en casos de incumplimiento de registro de cargos o funciones

Para disuadir al empleador de incurrir en alguna infracción en relación al RCF, no solo se observa la necesidad de aumentar la actual multa de 40 UTM en caso de incumplimiento, sino, además, se estima necesario poder incluir en forma adicional, otro tipo de sanción, debidamente proporcional y vinculada con la falta cometida.

De esta forma, se propone una medida similar a la presunción legal a favor de la declaración del trabajador sobre las menciones del contrato individual de trabajo que no está escriturado (art. 9 inc. 4 CT). En efecto, ante la ausencia de un adecuado cumplimiento del registro, se podría presumir que el contenido de las funciones sean las reclamadas por la trabajadora o el trabajador, según corresponda.

4. Conclusiones

1.° La ley N°20.348 del año 2009, que regula la protección del principio de igualdad de remuneraciones entre un hombre y una mujer, introdujo la figura del RCF. El registro es obligatorio para las empresas de 200 o más trabajadores, vale decir, únicamente para la gran empresa. Además, debe incluir los cargos o funciones de los trabajadores y sus CTE. Sumado a lo anterior, debe formar parte del RIOHS y su incumplimiento es sancionado por la Inspección del Trabajo con una multa de 40 UTM, la cual puede ser reclamada judicialmente.

2.° La aplicación del RCF plantea una serie de dificultades en su contribución para reducir las prácticas discriminatorias en la relación laboral. Al respecto, la ausencia en su regulación tanto de su objetivo como también de los contenidos específicos que deberían incorporarse genera confusiones a la hora de establecer su contenido. Las empresas obligadas a elaborar el registro concentran menos del 40% de los trabajadores a nivel nacional. El RCF se ve expuesto a quedar obsoleto a mediano plazo al exigirse su regulación únicamente en el RIOHS. Por último, se introducen incertezas respecto de la información necesaria que debería incluirse en el registro al no haberse descrito el sentido y alcance de los términos “cargo” y “funciones”, ni tampoco de la expresión “características técnicas esenciales”.

3.° Se estima necesario adoptar algunas acciones para que el RCF pueda contribuir con mayor eficacia a disminuir escenarios de discriminación laboral por género. Lo mencionado implica normar en forma expresa el objetivo del registro, además de precisar y homologar el contenido exigido; aumentar el número de empresas obligadas a contar con un RCF, excluir al registro del RIOHS, consolidar en la jurisprudencia un criterio amplio de la noción “un mismo trabajo” contenida en el artículo 62 bis del CT y, finalmente, aumentar su carga sancionatoria en caso de incumplimiento. Para la adopción de dichas medidas, es importante tener en consideración la figura de los “Grupos Profesionales” en España y del “Cuadro Regulador de Trabajo” en el contrato especial chileno de los trabajadores embarcados y gente de mar.

Referencias

Araujo, J. & Brunet, I. (2012). *Compromiso y competitividad en las organizaciones: El caso de una empresa aeronáutica.* Tarragona: Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2001). *Historia de la ley N°19.759.* Recuperado de: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6023/ [Fecha de consulta: 16 de abril de 2020].

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2009). *Historia de la ley N°20.348.* Recuperado de: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4732 [Fecha de consulta: 16 de abril de 2020].

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2016). *Historia de la ley N°20.940*. Recuperado de: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5389/ [Fecha de consulta: 18 de abril de 2020].

Chiavenato, I. (2000). *Administración de Recursos Humanos* (5ª Ed.). Santafé de Bogotá: McGraw-Hill Interamericana.

Chruden, H. J. & Sherman, A. W. (2005). *Administración de personal* (Trad. Alfonso Vasseur Walls). Villahermosa, Tabasco, México: Cecsa.

Congreso Nacional de Chile. (2013). *Informe Ejecutivo. Evaluación de la ley N°20.348.* Publicación interna Departamento de evaluación de la ley. Cámara de Diputados de Chile.

Dirección del Trabajo. (2016). *ENCLA 2014, Informe de resultados octava encuesta laboral.* Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-108317_recurso_3.pdf [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2020].

Fernández, R. (2019). Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido. *Revista de derecho (Concepción)*, 87(245), 51-97. Recuperado de: https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100051 [Fecha de consulta: 02 de mayo de 2020].

Gamonal, S. & Guidi, C. (2015). *Manual del contrato de trabajo* (4a Ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters-La Ley.

García-Perrote Escartín, I. (2020). *Manual de Derecho del Trabajo* (10a Ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Goñi, J.L. (2020). La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial. En B. Rodríguez (Dir.). *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo* (pp. 81-115). Cizur, Navarra: Aranzadi.

Instituto Nacional de Estadísticas. (2018). *Encuesta Suplementaria de Ingreso.* Recuperado de: https://www.ine.cl/docs/default-source/encuesta-suplementaria-de-ingresos/publicaciones-y-anuarios/s%C3%ADntesis-de-resultados/2018/sintesis_nacional_esi_2018.pdf?sfvrsn=eed2fa51_3 [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2020].

Instituto Nacional de Estadísticas. (2020). *Banco de Datos de la Encuesta Nacional de Empleo.* Recuperado de: http://bancodatosene.ine.cl/ [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2020].

Irureta, P. (2011). Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Ius et Praxis,* 17(2), 133-188. Recuperado de: https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200007 [Fecha de consulta: 20 de junio de 2020].

Livy, B. (1975). *Valoración objetiva de trabajos: un estudio crítico* (Trad. María de la Concepción Boente Castells). Madrid: Tecniban.

Lizama Portal, L. (2003), *Derecho del Trabajo.* Santiago de Chile: Lexis Nexis.

López, M. & Rodríguez, E. (2019). La discriminación retributiva por razón de sexo. *Revista del Trabajo y Seguridad Social (RTSS)*, Centro de Estudios Financieros, (431), 41-74.

Montoya Melgar, Alfredo. (2019). *Derecho del Trabajo* (40a ed.). Madrid: Tecnos.

Organización Internacional del Trabajo. (1951). *Convenio N°100, Convenio sobre igualdad de remuneración.* Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100 [Fecha de consulta: 12 de junio de 2020].

Organización Internacional del Trabajo. (2007). *Resolución sobre la actualización de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones.* Recuperado de: https://www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/isco/docs/resol08.pdf [Fecha de consulta: 20 de junio de 2020].

Oficina Internacional del Trabajo. (2012). *Dar un rostro humano a la globalización, Conferencia Internacional del Trabajo. 101a Reunión.* Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2020].

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (23a ed.). Recuperado de: https://dle.rae.es/ [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2020].

Real Academia Española. (2020). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.* Recuperado de: https://dej.rae.es/dej-lemas [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2020].

Real Academia Española (2005). *Diccionario Panhispánico de dudas.* Recuperado de: https://www.rae.es/dpd/ [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2020].

Rojas Miño, I. (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho individual del Trabajo.* Santiago de Chile: Thomson Reuters La Ley.

Sierra, A. (2013). *Patentes de invención y derecho del trabajo: régimen jurídico de las invenciones realizadas por el trabajador.* Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Sierra, A. & Bernet, M. (2020). Régimen jurídico de los programas computacionales elaborados por trabajadores en Chile. *Ius et Praxis, Universidad de Talca*, 26 (2), 254-273. Recuperado de: https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200254 [Fecha de consulta: 29 de junio de 2020].

Thayer, W. & Novoa, P. (2015). *Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I: Generalidades, Derecho Colectivo del Trabajo* (6a ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia

Dirección del Trabajo. (1995, 24 de julio). Ord. Nº4583/223. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-88966.html [Fecha de consulta: 23 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (1995, 14 de agosto). Ord. Nº5138/242. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-89033.html [Fecha de consulta: 23 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (2002, 30 de agosto). Ord. Nº2855/161. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-63451.html [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (2003, 02 de julio). Ord. Nº2702/66. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-62923.html [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (2009, 15 de septiembre). Ord. Nº3723/52. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-96950.html [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (2010, 10 de marzo). Ord. N°1187/18. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97655.html [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (2016, 13 de diciembre). Ord. N°5935/96. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-110698.html [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo (2017, 01 de febrero). Ord. N°560. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-111112.html [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (2017, 31 de marzo). Ord. N°1415/34. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-111526.html [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (2017, 12 de julio). Ord. N°3164. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-112357.html [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2020].

Dirección del Trabajo. (s.f.). Tipificador de hechos infraccionales y pauta para aplicar multas administrativas. Recuperado de: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/w3-article-108710.html [Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2020].

2° Juzgado de Letras de Coronel. (2018, 16 de agosto). RIT I-6-2018. (CMPC Maderas S.A. con Inspección Comunal del Trabajo de Coronel).

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. (2013, de 28 de enero de 2013). RIT I-289-2013.

Juzgado de Letras de San Vicente. (2014, de 22 de agosto). RIT I-4-2014. (Copeval Servicios S.A. con Inspección Comunal del Trabajo de San Vicente de Tagua Tagua).

Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto. (2014, de 05 de noviembre). RIT I-47-2014. (ECM Ingeniería S.A. con Inspección Provincial del Trabajo Cordillera).

Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo. (2016, de 30 de marzo). RIT I-57-2015.

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. (2013, de 22 de febrero). RIT I-334-2012. (Administradora de Servicios de Retail Ltda. Con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Oriente).

Juzgado de Letras del Trabajo de Calama. (2011, de 06 de junio). RIT T-9-2011 (Ginestet Poblete, Juliana con Universidad Tecnológica de Chile INACAP).

Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco. (2015, de 12 de agosto). RIT O-348-2015. (Espinoza Llanquinao, Álvaro Alejandro con Clínica Alemana Temuco S.A.).

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. (2011, de 06 de diciembre), RIT T-307-11. (Farah Silva, María Isabel con Tecnopolar S.A.).

Normas jurídicas y proyectos de ley

Chile. Moción parlamentaria. (2014, 06 de mayo). Boletín 9329-13. *Modifica el Código del Trabajo, para perfeccionar el resguardo a la igualdad en las remuneraciones.* (Primer trámite constitucional). Recuperado de: https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=9746&prmBOLETIN=9329-13 [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2020].

Chile. Moción parlamentaria. (2014, 23 de abril). Boletín 9322-13. *Modifica Código del Trabajo, en materia de discriminación e igualdad de remuneraciones, de hombres y mujeres.* (Segundo trámite constitucional). Recuperado de: https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=9734&prmBOLETIN=9322-13 [Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2020].

Chile. Moción parlamentaria. (2016, 15 de marzo). Boletín, 10576-13. *Obligación de registro se establece para empresas de 50 o más trabajadores.* (Primer trámite constitucional). Recuperado de: https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10998&prmBOLETIN=10576-13 [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020].

Chile. Moción parlamentaria. (2020, 04 de marzo). Boletín 13280-13. *Modifica el Código del Trabajo, respecto de las empresas obligadas a llevar el registro de cargos o funciones, y establece medidas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación.* (Primer trámite constitucional). Recuperado de: https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13825&prmBOLETIN=13280-13 [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020].

Chile. Código del Trabajo (2003), Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, por el que *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo*, Diario Oficial de la República de Chile, 16 de enero de 2003.

Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (1987, 16 de junio). Decreto N°26. *Aprueba reglamento de trabajo a bordo en naves de la marina mercante nacional.* Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ministerio de Educación. (1997, 22 de enero). Decreto con Fuerza de Ley N°1. *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°19.070 que aprobó el Estatuto de los profesionales de la Educación, y de las leyes que la complementan y modifican.* Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ministerio de Hacienda. (2005, 16 de marzo). Decreto con Fuerza de Ley N°29. *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº18.834, sobre Estatuto Administrativo*. Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (2005, 10 de mayo). Decreto N°101. *Reglamento de trabajo a bordo de naves de pesca.* Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ley N°17.336, de 02 de octubre de 1970, por el que se aprueba la ley de *Propiedad Intelectual.* Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ley N°18.168, de 02 de octubre de 1982, por el que se aprueba la *Ley General de Telecomunicaciones.* Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ley N°19.039, de 25 de enero de 1991, por el que *Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial.* Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ley N°19.759, de 05 de octubre de 2001, por el que *Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica.* Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ley N°20.438, de 19 de junio de 2009, por el que *Resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones.* Diario Oficial de la República de Chile.

Chile. Ley N°20.940, de 08 de septiembre de 2016, por el que *Moderniza el sistema de relaciones laborales.* Diario Oficial de la República de Chile.

España. Real Decreto Legislativo 8/1980, de 10 de marzo, por el que *se aprueba el Estatuto de los Trabajadores,* Boletín Oficial del Estado, 14 de marzo de 1980, núm. 64, pp. 5799 a 5815.

España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que *se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.* Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015 núm. 55, pp. 100224 a 100308.

Revista Jurídica Digital UANDES 4/1 (2020), 44-58 DOI: 10.24822/rjduandes.0401.3

Lucas F. Tamagno

lucastamagno@hotmail.com
Recibido: 30.09.20
Aceptado: 09.12.20

El contrato de trabajo eventual en Argentina

Temporary employment contracts in Argentina

Resumen: El contrato de trabajo eventual en Argentina se presenta como una modalidad contractual laboral de carácter extraordinario y excepcional, ya que el principio general que rige en materia laboral en este país es que los contratos de trabajo se celebran a tiempo indeterminado. El presente trabajo tiene por objeto realizar una breve descripción de las características que presenta el contrato de trabajo eventual en Argentina, partiendo desde el momento de su dictado, demarcado por un proceso de flexibilización laboral para luego iniciar un análisis desde los aspectos normativo, doctrinario y jurisprudencial, y finalmente brindar una posición propia respecto de esta modalidad contractual que ha sido tan atacada por la Justicia del Trabajo.

Palabras clave: contrato de trabajo; derecho laboral argentino; contrato de trabajo eventual.

Abstract: Since the general principle governing labor matters in Argentina is that employment contracts are entered into an indefinite term, the temporary employment contract is an extraordinary and exceptional type agreement. The purpose of this paper is to make a brief description of the characteristics of the temporary employment contract in Argentina, starting from the moment of its enactment, marked by the process of labor flexibilization. Then, present an analysis from the normative, doctrinal and jurisprudential aspects and finally provide a position regarding this contractual modality that the Labor Courts have so attacked.

Keywords: employment contract; Argentine labor law; temporary employment contract.

El contrato de trabajo como tal ha ido logrando su desarrollo con el correr del tiempo, tanto en materia de doctrina, como en materia judicial y en la recepción y desarrollo desde el punto de vista legislativo. Esto es claramente apreciable de la propia búsqueda de antecedentes en los primeros libros que se encargaban de analizar el derecho del trabajo en Argentina, ello a partir de obras de destacados autores como fueron Alejandro Unsaín, Luis Despontín, Juan Ramírez Gronda, entre otros.

En sus orígenes muchos contratos laborales eran regulados por el Derecho clásico de corte civilista, y a través de la locación de servicio y la locación de obra se enmarcaban contratos por fuera del derecho laboral, cuando en la realidad se trataban de relaciones subordinadas. Incluso "juristas de alto prestigio, como Planiol, objetaron al comienzo, un distinto enfoque y procuraron demostrar que la denominación «contrato de trabajo» era falsa desde el punto de vista jurídico, ya que el trabajo puede ser objeto de varios contratos diferentes: locación, empresa, sociedad, prestación gratuita" (Ramirez Gronda, 1964, p. 413).

Poco a poco se fue abandonando esa posición de corte más liberal y se comenzó a pensar más en un contrato con mayor protección a la figura del trabajador, para poder evitar así los abusos que sufrían en ese entonces. Ya con un contrato laboral caracterizado como tal, se comenzó con una clasificación en la que se podían encontrar dos tipos de contratos en material laboral, el contrato a tiempo determinado o a plazo y el contrato a tiempo indeterminado, dependiendo únicamente de que en el mismo se fijara un término de vigencia para el mismo. Pero más allá de ello, también se presentaban situaciones de interpretación dudosa, tales los casos de contratos en donde se fijaba como término un hecho determinado como podía ser la cesación del período de guerra o la cesación de relación social. Destacaba el autor italiano Luigi De Litala (1946) que "[e]n estos casos es evidente que, siendo incierto cuándo terminará la guerra, cuándo cesará la relación social existente entre extraños a la relación de empleo, el contrato de empleo es por tiempo indeterminado; mientras si la obra no está precisada, entonces existe una absoluta falta de certeza del término, y por consiguiente, el contrato es por tiempo indeterminado" (p. 189).

Con el desarrollo del derecho laboral, y con la influencia que tuvo en Argentina el constitucionalismo social, se comenzó a tomar al trabajador como un sujeto de preferente tutela, y fue así que años después con el dictado de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) se estableció el principio de indeterminación de los plazos como principio general que rige en materia contractual en las relaciones laborales, lo cual fue receptado en el primer párrafo de su artículo 90, principio general que autores como los españoles Alonso Olea y Casas Baamonde (1987, p. 206) ubican dentro de la derivación del principio general de derecho contractual de conservación del negocio.

Hoy en Argentina el principio general es que los contratos laborales son celebrados a tiempo indeterminado[1] a menos que las partes adopten alguna otra modalidad contractual de carácter excepcional, para lo cual los mismos deberán ser celebrados por escrito y cumpliéndose con una serie de requisitos y condiciones que detallaremos seguidamente.

La LCT tiene por objeto regular las relaciones laborales entre empleado y empleador, y más allá de que posee normas complementarias, a través de ella se intentó establecer normativamente las distintas situaciones que rodean al contrato de trabajo. En este esquema el legislador le dedicó un título —ya que la ley está dividida en títulos y a su vez los títulos en capítulos— a las diferentes modalidades contractuales.

Así el Título III de la LCT llevo el nombre de "De las modalidades del contrato de trabajo" y en él se regularon las distintas modalidades contractuales que rigen en Argentina. El título comienza con la descripción del principio general de indeterminación de los plazos, al cual

[1] Lo que en palabras de Antonio Vázquez Vialard (1978, p. 216) definía como una forma de contratación preferida por la ley.

hacíamos referencia anteriormente, y dentro de dicho título cada capítulo se encarga de regular los distintos contratos que pueden celebrarse entre empleado y empleador, dentro de los cuales encontramos al contrato de trabajo eventual.

La Ley 24.013[2], dictada en el marco del período que se conoce como "flexibilización laboral" en la década de 1990, efectuó diferentes modificaciones a la LCT intentando incorporar figuras contractuales necesarias para la promoción del empleo, pero fue atacada desde diversos ámbitos políticos y jurídicos, por cuanto sostenían sus detractores que era una ley que precarizaría —y muchos hoy lo siguen sosteniendo— las relaciones laborales, justamente por incorporar este tipo de contrataciones a las que denominaron "contratos basura".

La idea del legislador en aquel momento fue la de crear nuevas modalidades contractuales con el objetivo de generar puestos de trabajo, ya que mediante la implementación de este tipo de contratos los empleadores no tenían que abonar indemnizaciones una vez finalizada la relación laboral.

Se sostenía en aquel entonces que "[e]sta nueva Ley, pese a no establecerlo en forma concreta, tiene un innegable carácter de orden público por lo que sus disposiciones sustituyen, derogan, modifican o complementan las de la Ley de Contrato de Trabajo y, en consecuencia, deben interpretarse armónicamente con ellas" (Etala, Etala & De Virgilis, 1992, p. 1).

Lo cierto es que veintiocho años después del dictado de la norma los artículos que regulan este tipo de contratos no han sido derogados y siguen vigentes, aunque la Justicia del Trabajo en muchas ocasiones los ha descalificado, conforme se verá más adelante.

1. Caracterización del contrato de trabajo eventual

La propia Real Academia Española (2014) incluye esta modalidad contractual al brindar la definición del término eventual, ello surge cuando en su cuarta acepción refiere: "Dicho de un trabajador: Que no pertenece a la plantilla de una empresa y presta sus servicios de manera provisional". Y es justamente en España donde aparecen los antecedentes sobre los cuales se asentó el Poder Legislativo argentino, tomando para ello el Estatuto de los Trabajadores de dicho país, conforme se establece en el art. 15.1, inciso b), del referido cuerpo legal. En particular, se dispone que, entre otros supuestos, podrá celebrase un contrato de duración determinada "cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa"[3]. Cruz Villalón (2019) sostiene que "se trata de una modalidad tradicional entre los contratos temporales causales, justificada su celebración en una necesidad de incremento de mano de obra por parte de la empresa por circunstancias del mercado o acumulación de tareas, con independencia que se trate o no de actividad normal de la empresa" y concluye así que es "un dato cuantitativo de empleo

[2] Promulgada el 13 de noviembre de 1991.

[3] A su vez el art. 15.1 b) añade: "En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses".

y no cualitativo el que justifica la contratación" (p. 192). En este sentido, la necesidad para recurrir a esta clase de contrato tiene que fundarse en circunstancias objetivas, como, por ejemplo, sería "la concurrencia de un cierto plus como puede resultar (…) de un concreto y específico encargo que conlleve un incremento inusual de la actividad de la empresa" (Mercarder Uguina, 2018, p. 293).

Ahora bien, volviendo a la situación argentina, si bien el contrato de trabajo eventual no estaba regulado con anterioridad a la sanción de la ley 20.744 en forma específica como lo está hoy, la legislación y la jurisprudencia de los tribunales del trabajo habían anticipado esta modalidad contractual. Así, el decreto 33.302/45 establecía en su art. 2 que se consideraba empleado u obrero a toda persona que realizara "tareas en relación de dependencia para uno o varios empleadores, alternativa, conjunta o separadamente, en forma permanente, provisoria, transitoria, accidental o supletoria". De esta forma en el contrato ya se hablaba de la existencia de una relación de dependencia transitoria o provisoria, dentro de la cual se podría encuadrar un esquema contractual similar al del contrato eventual.

Así es que luego primero del dictado del decreto 33.302/45, y luego con el dictado de la Ley 24.013, encontramos al contrato de trabajo eventual dentro del encuadre normativo, el cual se encuentra contemplado en el art. 99 de la LCT.

El contrato de trabajo eventual es un contrato de carácter temporalmente transitorio y generado por una tarea extraordinaria, propia o no del giro empresario[4], en donde se supera cuantitativamente la capacidad de la empresa, y que culmina con el agotamiento del objeto que motivó su contratación, ya sea la realización de una obra determinada, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado y que tiene como nota distintiva la imposibilidad de conocer el plazo de finalización al momento de llevarse adelante la contratación. Lo importante es que ese trabajo para el cual es contratado el empleado no tenga perspectiva de continuidad o permanencia.

En la práctica habitual este tipo de contratación se utiliza para reemplazar licencias de otros trabajadores permanentes de la empresa —lo que se conoce en doctrina laboral como contrato de interinidad—[5], para atender picos estacionales o extraordinarios de trabajo o por circunstancias extraordinarias que normalmente no pueden ser previstas por el empresario o que no se suceden con habitualidad en el desarrollo de la actividad empresarial.

En este sentido la ley 24.013 establece en su art. 69 que para el caso de que el contrato de trabajo eventual tenga por objeto sustituir a un trabajador permanente por un período de licencia, deberá identificarse en el contrato que se suscriba al trabajador a reemplazar.

El art. 72 de la ley mencionada en el párrafo anterior establece que en los casos en los que el contrato tenga por objeto atender circunstancias extraordinarias deberá consignarse en el contrato, con total precisión, las circunstancias que lo motivan, y si bien en materia laboral los contratos de trabajo en Argentina no requieren de ninguna formalidad ni celebración de contrato por escrito, en el caso de los contratos excepcionales, como el contrato de trabajo eventual, este principio se convierte

[4] Aunque vale destacar que muchos jueces sostienen, a nuestro entender de forma errada, que solo podrá existir un contrato de trabajo eventual cuando las tareas para las cuales se contrata al empleado no sean propias del giro normal y específico de la empresa.

[5] Y nos referimos en este caso a reemplazar a otros empleados en licencia, ya que no se podría configurar este supuesto de excepción cuando la suplencia es por un cambio de estructura de la empresa, por movilidad interna, por reemplazar a otro empleado que fue ascendido. Así fue sostenido por la Justicia del Trabajo al decir que "si la actora fue contratada para reemplazar a trabajadores permanentes, que fueron designados para realizar un proyecto informático en otro país, las tareas que desempeñó para la usuaria eran normales para la actividad bancaria y tampoco se había indicado exactamente a quién reemplazaba, no dándose ninguno de los presupuestos estipulados en el art. 3 del decreto 342/92. En el caso, el banco decidió asignar trabajadores permanentes para una tarea extraordinaria y suplir el trabajo permanente con personal eventual, lo que se encuentra vedado por los arts. 99 LCT y 69 de la LNE" (Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, expte. n° 19676/02, sentencia N° 68396 del 28 de abril de 2006 en el caso "Aliotta, María c/ Citibank NA y otro s/ despido").

en un requisito indispensable, sin el cual el contrato de trabajo no puede ser considerado eventual.

Incluso la Justicia del Trabajo ha sostenido en forma correcta —y siguiendo los lineamientos dispuestos en la ley— que, en caso de no haberse cumplido con la formalidad de la existencia del contrato por escrito, no se podría siquiera adentrar en el análisis del contrato para verificar si efectivamente se trataba de un contrato de trabajo eventual de acuerdo a las circunstancias que lo motivaban. Así sostuvo al decir que "[a]l no existir una contratación instrumentada por escrito, no corresponde analizar si las razones tenidas en miras al momento de la contratación resultan o no encuadrables en los supuestos de eventualidad legalmente admisibles"[6].

A su vez el contrato eventual cuenta con una limitación temporal en cuanto a su duración, no pudiendo excederse de 6 meses por año ni de 1 año por el período de 3 años si se trataran de períodos interrumpidos o discontinuos. En caso de que se superen estos períodos el contrato se entenderá que el mismo se ha reconvertido a tiempo indeterminado en forma automática sin ningún tipo de interpelación por parte del trabajador.

El contrato eventual, como se expuso, es de carácter temporalmente transitorio, pero no tiene la posibilidad de fijarse un plazo determinado de tiempo, se trata de un contrato que hace referencia a una situación excepcional cuya duración no puede ser determinada al momento de la celebración del contrato, a diferencia de lo que sucede con otros contratos como el denominado "contrato a plazo fijo".

En este tipo de contrato los trabajadores eventuales carecen de estabilidad en el trabajo[7], y por derivación de ello no tienen derecho a las indemnizaciones de ley como son la indemnización por preaviso e indemnización por antigüedad, de acuerdo con lo que expresamente establecen los arts. 73 y 74 de la Ley 24.013. El empleador deberá sí abonar los conceptos salariales correspondientes que son los días del mes en curso trabajado, el aguinaldo proporcional y las vacaciones proporcionales.

Como se expuso, una vez terminada la tarea eventual para la cual fue contratado el trabajador el mismo se extingue sin derecho indemnizatorio alguno, pero se plantea un interrogante respecto de qué sucede si el empleado es desvinculado con anterioridad a que se cumpla el objeto para el cual fue contratado. En estos casos por derivación de lo establecido en la segunda parte del art. 74 de la Ley 24.013 pareciera que cuando no se cumplan las previsiones contenidas en la primera parte del art. (motivo de finalización de la obra o tarea asignada, o del cese de la causa que le diera origen) se aplicarán las previsiones del art. 245 de la LCT que establece la cuantificación de la indemnización por antigüedad sumado al preaviso que el empleador debería haber otorgado, ya que el trabajador desconoce la finalización del contrato *ante tempus*, descartando —desde esta postura— que pueda exigirse otra indemnización adicional como los daños y perjuicios derivados de la ruptura anticipada.

[6] Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, expte n° 25232/03, sentencia N° 69183 del 13 de febrero de 2007 en el caso "Jiménez, Patricia c/Apoyo laboral SRL s/despido".

[7] Es importante destacar en este sentido que en Argentina el empleo privado no cuenta con un régimen de estabilidad absoluta, sino que el empleador puede dar por finalizada la relación laboral con un empleado en cualquier momento sin expresión de causa, abonando únicamente los conceptos indemnizatorios previstos por la ley.

2. El contrato eventual y la contratación por intermedio de empresas de servicios eventuales

Si bien el contrato de trabajo eventual ha sido usado como forma de contratación alternativa, el contrato que más se utiliza en la práctica en Argentina en materia de contratación eventual es el que se celebra a través de empresas de servicios eventuales.

Las empresas de servicios eventuales son empresas que suministran en calidad de empleador personal a empresas usuarias mediante la celebración de un contrato comercial. Así las empresas de servicios eventuales son empresas que tienen por único fin proveer de personal —a los cuales contratan con carácter permanente[8]— a empresas que así se lo requieran, debiendo cumplir con una serie de requisitos técnicos y económicos, y a la vez encontrarse inscriptas ante un registro especial que se encuentra en manos del —hoy— Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación para poder funcionar como tales. En caso de que no se cumplan con los requisitos formales señalados la contratación será considerada como fraudulenta[9], conllevando consecuencias gravosas tanto para la empresa usuaria como para la empresa de servicios eventuales, conforme veremos seguidamente.

El art. 77 de la Ley 24.013 establece que las empresas de servicios eventuales deberán estar constituidas exclusivamente como personas jurídicas y con objeto único y sólo podrán mediar en la contratación de trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual.

De esta forma ingresa en el contrato de trabajo eventual una tercera persona que intermedia en la relación laboral, generándose así algunas diferencias entre el contrato de trabajo eventual puro y esta figura.

El contrato de trabajo eventual se suscribe entre un empleador y un trabajador en forma individual, mientras que en el caso de las empresas de servicios eventuales existe una doble contratación, por un lado una contratación entre una empresa de servicios eventuales y un trabajador y luego una segunda contratación, de carácter comercial, entre la empresa de servicios eventuales y la empresa usuaria de esos servicios, es lo que Fernández Madrid (2012) ha definido como "vinculaciones triangulares" (p. 517).

La empresa de servicios eventuales se encarga de proveer personal propio para el cumplimiento de las necesidades de la empresa usuaria, necesidades que también deben tener el mismo carácter de excepcionalidad que en el caso del contrato eventual ya descripto, por tratarse del mismo contrato, pero con el cumplimiento de las obligaciones principales en cabeza de la empresa prestadora del servicio.

A su vez, la Ley N° 24.013 que incorporó esta figura contractual fue reglamentada mediante el decreto

[8] Y sobre los cuales tienen la posibilidad de reasignarlos a otros puestos de trabajo, conforme lo establece el decreto reglamentario de dicha ley, dec. N° 342/92. La empresa de servicios eventuales puede suspender las asignaciones para prestar servicios en el caso del trabajador con un límite temporal.

[9] En este sentido ha sostenido la Justicia del Trabajo que "[t]oda vez que la codemandada invocó en el responde que el actor fue contratado como personal permanente discontinuo, bajo la modalidad del decreto 342/92, era ella la encargada de demostrar que se encontraba habilitada para funcionar como proveedora de personal temporario y el único medio fehaciente para hacerlo es el informe del Ministerio de Trabajo, resultando insuficiente el dato proporcionado por la propia agencia al experto contable. Dado que los requisitos establecidos por el art. 29 LCT con acumulativos y no alternativos, al no haberse probado la existencia de uno de ellos, en el caso la existencia de un ente habilitado por la cartera laboral para funcionar como proveedora de trabajadores destinados a cumplir tareas eventuales) resulta inconducente analizar si, además, los servicios prestados por el accionante merecían o no el calificativo de eventuales" (Cámara Nacional del Trabajo, Sala X, expte. N° 2/05, sentencia N° 14407 del 20 de junio de 2006 en el caso "González, Víctor c/ Río de las Vueltas SRL y otro s/ despido).

342/92, en el cual se estableció que la empresa de servicios eventuales podrá asignar trabajadores a las usuarias cuando los requerimientos de la segunda tengan por causa alguna de las siguientes circunstancias: a) en caso de ausencia de un trabajador permanente, durante el período de ausencia; b) en caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo; c) en caso de incremento en la actividad de la empresa que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores; d) en caso de organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones; e) en caso de un trabajo que requiera ejecución inaplazable para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria; y f) en general, cuando atendiendo a necesidades extraordinarias o transitorias hayan de cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

De esta forma el legislador estableció en qué casos se podría contratar a través de empresas de servicios eventuales, aunque con la inclusión de un norma de tipo abierto como la prevista en el inciso f) habilitó la posibilidad de incluir cualquier actividad en la medida que la misma resultase extraordinaria o transitoria, e incluso permitiendo que ello así sea aún cuando las mismas resulten del giro normal y habitual de la empresa usuaria, algo que parecería contradecir la idea original del legislador.

Con relación al régimen de su contratación y las obligaciones que surgen del contrato, el trabajador proporcionado a una empresa usuaria a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por el Convenio Colectivo de Trabajo de la actividad donde prestará tareas y será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria. Por su parte la empresa usuaria deberá inscribir a este personal externo en un libro especial, sin que pueda entenderse por esto una relación laboral entre ellas.

Esta modalidad de contratación ha sido muy utilizada en Argentina, pero también ha presentado su faz patológica, y así fue pasible de condenas por parte de la Justicia del Trabajo por entender que muchas veces existían abusos por lo cual la relación se instrumentaba mediante una contratación de carácter fraudulenta.

La LCT estableció frente a ello, y como una garantía para el trabajador, un esquema de responsabilidad solidaria en el art. 29 bis, previéndose que "[e]l empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término."

Ricardo Foglia (2013, p. 274) sostiene en este sentido que el art. 29 bis de la LCT conforma una responsabilidad objetiva de la empresa usuaria, ya que para que la misma opere solo basta con la existencia de una deuda (derivada del incumplimiento en el pago de cualquier crédito salarial o indemnizatorio) con el trabajador independientemente de la buena o mala fe del deudor solidario.

Desde la Justicia se sostuvo en forma correcta —en aquellos casos en los que se cumplían los presupuestos fácticos para que proceda la responsabilidad solidaria— que "[m]ientras estas empresas cumplan acabadamente con los requisitos de ley, ninguna responsabilidad podría caber a la empresa usuaria, pues ambos sujetos de derecho estarían ajustando su actuación a la norma jurídica que las habilita para llevar a cabo el negocio expuesto. Pero, si no se cumpliera alguno de esos requisitos, como por ejemplo que las tareas no fueran eventuales, entonces cae todo el andamiaje y se produce un verdadero fraude a la ley, porque se ha utilizado el art. 29 de la LCT como una cobertura generando una tensión entre la misma y el orden público laboral. En consecuencia, la usuaria deja de ser tal y pasa a ser empleadora. La empresa de servicios eventuales la acompaña en la solidaridad que,

en este caso, el legislador la ha impuesto con fuente legal como sanción"[10].

Esta era la posición asumida durante muchos años por la Justicia del Trabajo hasta que comenzó a considerarse que esa responsabilidad solidaria establecida por la Ley de Contrato de Trabajo en forma expresa, que colocaba a la empresa usuaria en calidad de responsable subsidiaria, pasaba a ser parte de una responsabilidad solidaria que colocaba a la empresa usuaria en calidad de verdadera empleadora y titular de la relación laboral, lo que dio lugar al dictado de sentencias contradictorias entre las diferentes Salas que integran la Cámara de Apelaciones del Trabajo.

De esta forma se comenzó a sostener, equivocadamente a nuestro entender, que en aquellos casos en los cuales el empleado prestara servicios en forma continuada para la empresa usuaria en labores propias de la actividad y del giro empresario, y no existiera una situación excepcional que motive su contratación, en realidad se estaba frente a una relación directa y permanente con el empresario que utilizó los servicios del trabajador, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del intermediario, invirtiéndose así los roles que asumían previamente la empresa de servicios eventuales y la empresa usuaria.

Frente a esta situación la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo procedió a convocar a un fallo plenario[11] en el marco de la causa "Vázquez María Laura c/Telefónica de Argentina S.A. y Otro s/despido"[12] a fin de determinar si en los casos en los cuales se extendía la responsabilidad solidaria a la empresa usuaria de los servicios debía considerarse la aplicación de las multas por empleo no registrado. En el mismo, con votación en mayoría, se resolvió que aquel contrato en el cual la contratación hubiera sido fraudulenta —ya sea por no existir un trabajo extraordinario o situación alguna que lo justificase, o cuando se hubieran sobrepasado los plazos previstos por la norma— se consideraría que la contratación era a tiempo indeterminado pero con el agravante de considerar que la empresa usuaria sería la real empleadora del trabajador, por lo que se convertía de esta forma la relación laboral como una relación laboral no registrada.

Las relaciones laborales no registradas en Argentina conllevan multas que multiplican las indemnizaciones laborales por despido sin aplicación de topes[13]. Pero además obligan a quien es considerado empleador a realizar todos los aportes y contribuciones a los organismos de la Seguridad Social por la totalidad de la relación laboral, aún cuando los mismos ya hubieran sido efectuados en forma completa por la empresa de servicios eventuales[14].

Cabe destacar que en caso de que la empresa de servicios eventuales no estuviera inscripta por ante el registro correspondiente se considerará que esta es su empleadora directa, siendo alcanzada por los mismos efectos descriptos en el párrafo anterior.

Claramente, esta sentencia excede el marco de responsabilidad solidaria prevista en la Ley de Contrato de Trabajo, la cual tenía por fin asegurar el crédito del trabajador, frente a la posibilidad de que se utilizara empresas de servicios eventuales para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Es claro que

[10] Cámara Nacional del Trabajo, Sala VII, expte N° 5647/06, sentencia N° 40741 del 7 de marzo de 2008 en el caso "Pazzaglini, Carlos c/ Sotyl SA y otro s/ despido".
[11] Un fallo plenario es una sentencia dictada con la participación de todos los integrantes de las Salas que componen la Cámara —en la actualidad son diez Salas de tres integrantes las que componen la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo— y que tiene por objeto unificar la posición y evitar así que ante situaciones planteadas ante la Justicia en forma reiterada se culmine fallando en forma contradictoria, evitando así otorgar seguridad jurídica a las relaciones.
[12] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en pleno, 3/06/2010, fallo plenario Nº 323. Acta N° 2.552.
[13] El régimen indemnizatorio argentino establece para una indemnización por antigüedad consistente en un salario por cada año de antigüedad, o fracción mayor a tres meses, tomándose como base de cálculo la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada por el trabajador durante los últimos doce meses. Y las multas derivadas de una falta de registración o deficiente registración, aplicadas en su conjunto, pueden duplicar y hasta triplicar la eventual indemnización que le pueda corresponder a un empleado.
[14] Sobre el sinsentido del fallo nos hemos pronunciado en Tamagno (2010).

la sentencia plenaria excede el marco de lo dispuesto por la norma, y resulta además contradictoria con el fin último de la norma, que no era otro que luchar contra el flagelo del empleo no registrado que regía al momento del dictado de la Ley 24.013 que era la que daba origen a estas multas.

Incluso, los jueces que se postularon por la posición mayoritaria hicieron referencia a frases tan vagas como ambiguas, utilizadas en forma abusivas muchas veces, como es "la intención del legislador" o "el espíritu de la norma". Pero tomando ambas expresiones como conceptos equivalentes podemos afirmar que la intención de los legisladores no fue la que finalmente terminaron adoptando en el decisorio y así fue reflejado oportunamente en el debate parlamentario[15].

3. El contrato eventual y la situación de licencias por enfermedad

La contratación eventual posee diferentes particularidades también con relación a otros institutos, y este es el caso de las enfermedades, tanto aquellas ocasionadas en el desarrollo de las tareas laborales como aquellas que no poseen relación causal con el trabajo.

En Argentina existe un tratamiento diferenciado para las enfermedades inculpables que son aquellas enfermedades que no poseen relación causal con las tareas desarrolladas en la empresa y otro diferente para las enfermedades profesionales[16] que son aquellas que sí poseen vinculación con las tareas desempeñadas por el trabajador a las órdenes de su empleado.

En el caso de las enfermedades inculpables la LCT establece el pago de una licencia con cancelación de salarios por un tiempo determinado —el cual oscila entre tres meses y doce meses— según la antigüedad y las cargas de familia que pudiera tener. A nuestro entender, en el caso del contrato de trabajo eventual esta licencia se otorgará hasta la finalización del evento por el cual fue contratado, y así ha sido sostenido por la Justicia del Trabajo al decir que "del juego armónico de los principios que informan la contratación eventual, los deberes derivados del estado de enfermedad se limitan al tiempo de duración del contrato (conf. Hernán Bernasconi «El contrato de trabajo eventual, caracterización y efectos» LT XXVII pág. 225), ya que no resulta compatible con el principio en que se funda el instituto, la conservación del empleo tres o seis meses cesada la causa que motivara el contrato eventual con derecho al cobro de salarios, en tanto excede lo acordado, como asimismo la expectativa del trabajador al concertar este tipo de contratos"[17].

Sin embargo, la situación es diferente en el caso de las enfermedades profesionales. El régimen de Riesgos del Trabajo establece un esquema de otorgamiento de prestaciones dinerarias y en especie en las cuales la

[15] Ello puede observarse del propio dictamen de la mayoría de Cámara de Diputados de aquel entonces en donde se sostuvo que "[e]n el dictamen que propiciamos podemos distinguir tres líneas fundamentales que sustentan la estrategia del proyecto. En la primera parte se establece un ingenioso sistema de premios y castigos destinados a alentar el blanqueo de las relaciones laborales sumergidas en la clandestinidad, que generará la incorporación de una parte importante de trabajadores al sistema de seguridad social y de las empresas al pago de sus cargas impositivas" (Diario de Sesiones, Cámara de Diputados, 37ª reunión, septiembre 26 y 27 de 1991, primera parte, p. 3156).

[16] Mal llamadas "profesionales", y que a nuestro entender deberían considerarse como "laborales".

[17] Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, expte N° 11147/00, sentencia N° 89281 del 30 de abril de 2001 en el caso "Rolón, Fabian c/ Asistencia Médica Social Argentina SA s/ despido".

aseguradora de riesgos del trabajo abona una suma sustitutiva del salario —a partir del décimo día posterior a la licencia— y brinda a su vez prestaciones médicas.

En el caso del contrato eventual la aseguradora de riesgos del trabajo deberá continuar otorgando prestaciones médicas hasta el momento de la alta médica ya que resulta claro que la finalización del evento no puede ser un elemento que conlleve el abandono del paciente por la mera extinción del vínculo laboral. Esto mismo sucede en el caso de la extinción del contrato a tiempo indeterminado, en donde más allá de la extinción de la relación laboral, la atención médica iniciada durante la relación deberá continuar brindándose. Pero respecto de las prestaciones dinerarias, que conforman la sustitución del pago salarial por parte de la aseguradora, éstas se extinguen también con el agotamiento del objeto del contrato.

4. La prueba del contrato eventual

En materia probatoria lo que define el carácter extraordinario del contrato eventual no es solamente el tiempo de duración, sino el tipo de funciones cumplidas, y si no se ha probado que las tareas llevadas a cabo por el trabajador hayan revestido el carácter de eventualidad, la figura de excepción no puede aplicarse.

Pero además deben estar cumplidos todos los requisitos formales, toda vez que para considerar válido un contrato eventual, como excepción al principio general de indeterminación del plazo, es necesario que se cumplan todos los requisitos exigidos por la ley, los cuales son acumulables y no alternativos.

De esta forma, una vez verificado el cumplimiento de todos los requisitos formales, es el empleador quien tiene la carga de probar que el contrato reviste la modalidad de eventual, pues cabe poner de resalto que en materia laboral debe primar siempre la realidad material por sobre la formal, es decir la verdad de los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos —plasmados en los requisitos formales—, por lo que más allá del ropaje que las partes le hayan intentado dar a la relación laboral se deberá probar mediante hechos concretos los extremos que se han alegado para llevar adelante este tipo de contratación laboral excepcional. Como sostenía Julio J. Martínez Vivot (1987): "Como se ha dicho en una sentencia, el carácter eventual de un contrato de trabajo, cuya prueba está a cargo de quien la invoca, no depende sólo de la denominación que le den las partes, ni de su posible accesoriedad entre las fuentes de subsistencia del propio trabajador, sino de su relación con exigencias extraordinarias y transitorias del establecimiento o servicios extraordinarios determinados de antemano" (p. 119).

La naturaleza del contrato eventual dependerá entonces de una situación fáctica que permita demostrar fehacientemente que los servicios prestados por el trabajador obedecieron a exigencias transitorias y extraordinarias o a servicios extraordinarios determinados de antemano al momento de contratar, conforme lo exige el art. 99 de la LCT. Así, aquel empleador que invoque la existencia de un contrato de trabajo eventual tendrá a su cargo el demostrar en qué han consistido las necesidades extraordinarias y transitorias que se utilizaron para fundar la contratación, cuáles han sido las razones por las cuales se necesitó contratar trabajadores eventuales y finalmente que los servicios extraordinarios determinados de antemano en la contratación han sido debidamente cumplidos.

Como se expuso anteriormente, el contrato de trabajo eventual debe ser celebrado por escrito, estableciéndose las cláusulas que describan las formalidades propias del contrato, pero —sobre todo— donde se describan las tareas eventuales para los cuales el trabajador fue contratado, para así poder conocer que el vínculo laboral se extinguirá cuando concluya la tarea que le es encomendada.

Será el empleador quien deba demostrar que el trabajador ha sido contratado para la satisfacción de determinadas obligaciones o servicios, identificados o individualizados previamente, que por sus características se encuentran fuera de las labores que habitualmente presta la empresa, o que siendo propios de la empresa presenta características de exigencias transitorias (picos de trabajo, realización de una obra determinada que excede el marco habitual de trabajo de la empresa).

Lo importante será probar principalmente lo extraordinario del trabajo, es decir, que realmente se trata de una situación que no implica un crecimiento sino una situación estacional que la habilita a poder contratar a personal a sabiendas que solo lo necesitará por ese período de tiempo.

Ahora bien, si la empresa tiene esta necesidad extraordinaria derivada de un crecimiento propio de su giro que generan mayor demanda nos encontramos en ese caso frente a circunstancias ordinarias y normales del mercado en el cual se desarrolla, en esta situación cedería el principio extraordinario al que hemos hecho referencia.

"La prueba de la existencia de un contrato de trabajo eventual debe ser estricta, por resultar una situación de excepción dentro del ordenamiento jurídico laboral que privilegia la permanencia de toda relación de trabajo"[18].

El mismo régimen probatorio debe aplicarse a aquellas contrataciones de empresas de servicios eventuales, todos los mismos extremos deben ser demostrados para que el contrato de trabajo eventual no sea considerado fraudulento.

Así ha sido clara la Justicia del Trabajo al sostener que "[n]i la celebración por escrito de un contrato de trabajo eventual, ni la intermediación de una empresa de servicios temporarios inscripta en el registro que lleva el Ministerio de Trabajo eximen de la prueba de la necesidad objetiva eventual, justificativa del modelo. Ello así pues en nuestro ordenamiento jurídico no basta el acuerdo de voluntades sanas y la observancia de las formalidades legales, para generar un contrato de trabajo de plazo cierto o incierto. Debe mediar también una necesidad objetiva del proceso productivo que legitime el recurso de esas modalidades"[19]. De esta forma se ratifica la primacía de lo material por sobre lo formal que rige como rector en el derecho laboral argentino.

5. El contrato eventual y su relación con el derecho de huelga

Se prohíbe expresamente la contratación de personal a través de la figura de contrato eventual para aquellos supuestos de reemplazos de empleados que se encuentren ejerciendo una medida de huelga o de acción directa[20], esta prohibición se presenta así como consustancial al derecho de huelga y en caso de que el empleador avance llevando así este tipo de contrataciones estará incurriendo en una infracción que podría ser penalizada por la autoridad administrativa del trabajo, pudiendo ser encuadrada desde el análisis

[18] Cámara Nacional del Trabajo, Sala X, expte. N° 12286/04, sentencia N° 15915 del 29 de febrero de 2008 en el caso "Agostino, Diego c/In Store Marketing SRL y otros s/despido".
[19] Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, expte N° 3513/06, sentencia N° 93339 de fecha 20 de mayo de 2008 en el caso "Paez, Luis c/ IONICS SA s/ despido".
[20] La prohibición de llevar adelante este tipo de contrataciones ya se encontraba presente en el antiguo art. 244 LCT: "El empleador no podrá concertar durante el tiempo de duración de la huelga u otras medidas de acción directa aprobadas por la organización sindical pertinentes, nuevos contratos de trabajo, ni adoptar medidas disciplinarias en su contra, ni alterar la situación condición en que se encontrara revistando en la empresa".

mismo de la Ley de Entidades Sindicales como del Pacto Federal de Empleo.

Esta figura nace a partir de que se contrataban en la antigüedad personal a los efectos de convertirse en "rompehuelgas". Los rompehuelgas eran sujetos contratados a los efectos de ocupar los puestos de trabajo que los huelguistas dejaban sin atención producto de la medida de acción directa adoptada. De esta forma se lograba que la huelga perdiera virtualidad y se cumpliera con la jornada de trabajo con normalidad, no afectándose el ritmo de la producción o actividad de una empresa. Se trataba de lo que hoy se conoce como práctica desleal por parte de la empresa.

Pero esta prohibición no es exclusiva de la norma argentina, sino que así ha sido puesto a consideración por la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2006), la cual ha sostenido que "[l]a contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical" (Informe caso número 1282, párrafo 419), y "[s]i una huelga es legal, el recurso de utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales" (Informe caso número 1543, párrafo 93).

Se podría configurar la contratación de personal para cubrir a otros empleados que se encuentran tomando una medida de acción directa como una práctica desleal en términos sindicales, toda vez que de esta forma se neutraliza el objeto de la huelga que no es otro que el de provocar un daño – tolerado por el sistema – a fin de poder manifestarse y reclamar el cumplimiento de las normas que entiende el colectivo de trabajadores se encuentran vulneradas o están siendo violadas.

Y es aquí donde el contrato de carácter eventual podría presentarse como una alternativa normativamente regulada para poder cubrir estos puestos de trabajo debido a la situación extraordinaria que la huelga genera para una empresa. Por este motivo el legislador se ha encargado expresamente de evitar que se utilice esta figura contractual para cubrir el trabajo objeto del paro de actividades derivado de la huelga.

6. La diferencia del contrato eventual con otros contratos

El contrato eventual comparte con otros contratos laborales la característica extraordinaria de temporaneidad en cuanto a su duración, y así comparte esta especie contractual con el contrato a temporada y con el contrato a plazo fijo, donde las diferencias entre los mismos se encuentran en las particularidades.

Quizás el contrato de trabajo eventual con el que más se confunde es con el contrato a plazo fijo, y solo se lo utiliza en las contrataciones cuando intermedia una empresa de servicios eventuales.

Por ello, en la práctica el contrato a plazo fijo se utiliza para regular contrataciones que deberían ser encuadradas por intermedio del contrato eventual, lo que conlleva luego a que, al finalizar el período pactado en el contrato, se debe proceder a realizar una renovación del mismo en virtud de que no se ha agotado el objeto del contrato para el cual fue contratado. En el contrato de trabajo eventual y en el contrato a plazo fijo se comparte la limitación temporal como característica, pero lo distintivo, y así nace de la técnica legislativa utilizada por el legislador, es la incertidumbre o indeterminación del plazo que opera en el contrato eventual a diferencia de la certeza que se tiene en el contrato a plazo fijo. Sin embargo, esta diferenciación no es tan aceptada por todos, algunos autores como Eduardo Álvarez (2005) han sostenido que "el contrato de trabajo eventual es

un contrato a plazo" (pp. 202-203) sobre la base de que existe solo una imprecisión diaria pero que tiende a regular un mismo tipo contractual.

Y esto ha sido parte de tratamiento judicial cuando se ha sostenido que "[s]i las partes suscribieron un acuerdo al que denominaron «contrato eventual», en cuya cláusula primera se establece que su vigencia se prolongará de acuerdo al tiempo que conlleve la licencia vacacional del personal de tiendas, desde el día 6 de enero al 31 de mismo mes, expresando que el mismo finalizará en tal fecha y no será extendido más allá de la fecha expresada, nos hallamos frente a un contrato a plazo fijo y no eventual. Ello así, toda vez que, de la formulación adoptada, resulta un plazo cierto de finalización del vínculo que remite al art. 93 LCT, contraponiéndose a la caracterización prevista en el art. 99 del mismo cuerpo legal que para el trabajo eventual contempla aquellos casos en que «…no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato…»"[21].

Pero otro contrato con el cual normalmente se confunde en cuanto a su aplicación es con el contrato de temporada. Sin embargo, el contrato de temporada, regulado en el art. 96 de la LCT, es un contrato por tiempo indeterminado, pero con prestaciones discontinuas. Los trabajos de temporada se dan en aquellos supuestos en que la actividad propia del giro normal de la empresa o explotación se cumple en determinadas épocas del año solamente y está sujeto a repetirse en cada ciclo en razón de la naturaleza de la actividad.

Así lo ha entendido la Justicia del Trabajo al sostener que "[l]a necesidad que da origen a la contratación de temporada no se agota con el transcurso de la misma sino que, por el contrario, a diferencia de la que caracteriza la modalidad "eventual", está sujeta a repetirse cíclicamente. Desde tal perspectiva el contrato de temporada no puede caracterizarse como una excepción al contrato de trabajo por tiempo indeterminado, por lo que no resultan atendibles los argumentos relativos a que dicha modalidad deba formalizarse conforme los recaudos establecidos en el art. 90 LCT, para los contratos a plazo determinado"[22].

Conclusión

Podríamos iniciar esta conclusión sosteniendo que el contrato de trabajo eventual se presenta como un contrato de carácter excepcional que tiene su mayor aplicación en los últimos 30 años.

No quedan dudas que nos encontramos frente a un contrato laboral de carácter excepcional, en donde se ha buscado dar una salida no gravosa para un empleador que, por una circunstancia extraordinaria, debe contratar personal para atender la misma sin tener que asumir los costos luego de la extinción de la relación laboral. Esa fue al menos la intención del legislador al momento del dictado de la norma, como una forma así de impulsar la contratación de mano de obra y dar empleo a un número mayor de personas.

Recordemos que la Ley 24.013 y su reglamentación fue dictada en un momento en el que preponderaba el concepto de apertura económica, y para ello se imponía que el derecho del trabajo debía acompañar esta nueva era donde los negocios se comenzaban a internacionalizar —como una manifestación del período

[21] Cámara Nacional del Trabajo, Sala IX, expte. N° 21069/05, sentencia N° 13905 del 28 de diciembre de 2006 en el caso "Majul, María c/Día Argentina SA s/ despido".
[22] Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, expte. N° 1286/07, sentencia N° 95828 del 12 de febrero de 2008 en el caso "Ormachea, Guillermo c/ Asoc. Civil Club Italiano s/ despido".

de globalización que estaba naciendo— y que imponía a los países generar mayor competitividad.

Es en este marco histórico en donde el contrato de trabajo eventual —con otras modalidades contractuales— comienza a adquirir mayor importancia y aplicación en el marco de las relaciones laborales.

No obstante, esta modalidad de contratación genuina en sí misma presentó su faz negativa, y como en toda contratación laboral, y más aún en estos contratos en donde tienen como objeto situaciones muy particulares, surgieron abusos por parte de los empleadores mereciendo una evolución jurisprudencial que se ha iniciado con el dictado de sentencias condenatorias por el abuso realizado sobre esta figura.

Con relación a ello, el mayor abuso se ha dado con la utilización de empresas de servicios eventuales en donde se utilizaba a la empresa como mera intermediaria fraudulenta en la relación laboral, a punto tal que la Justicia Nacional del Trabajo prestó especial atención sobre el problema que se había suscitado, y —a nuestro extender extralimitándose en el alcance de la norma— dictó un fallo plenario en donde resolvió que la relación entre el empleado de la empresa de servicios eventuales y la empresa usuaria era la única relación laboral, siendo la empresa usuaria el real empleador e imponiendo las multas por trabajo no registrado.

Por ello, no quedan dudas que el contrato de trabajo eventual es un contrato legítimo que utilizado en forma lícita se convierte en una herramienta muy interesante para empresas que deben atender alguna circunstancia extraordinaria, evitándose así recargar de tareas al personal o contratar personal y tener que despedirlo debiendo abonar las indemnizaciones de ley correspondientes.

Referencias

Alonso Olea, M. & Casas Baamonde, M.E. (1987). *Derecho del Trabajo* (10a ed.). Madrid: Universidad Complutense.

Álvarez, E. (2005). Reflexiones críticas acerca del contrato de trabajo eventual. *Revista de Derecho Laboral,* 2005-2, 199-210.

Cruz Villalón, J. (2019). *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

De Litala, L. (1946). *El contrato de trabajo* (2a ed.) (trad. Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: Lopez & Etchegoyen.

Etala (h), J.J.; Etala, C.A.; De Virgilis, M.A. (1992). *Análisis práctico de la Ley de Empleo.* Buenos Aires: La Ley.

Fernández Madrid, J.C. (2012). *Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada* (2a ed.). Buenos Aires: La Ley.

Foglia, R.A. (2013). De los sujetos del contrato de trabajo. En J. Rodríguez Mancini (Dir.). *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada.* Tomo II (2a ed.). Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley.

Martínez Vivot, J.J. (1987). *Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Buenos Aires: Astrea.

Mercarder Uguina, J.R. (2018). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

OIT (2006). *Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.* Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2020].

Ramirez Gronda, J. (1964). El contrato de trabajo. En M.L. Deveali (dir.). *Tratado de derecho del trabajo* (pp. 407-460), Buenos Aires: La Ley.

Real Academia Española. (2010). *Diccionario de la Lengua Española* (23a ed.). Recuperado de: https://dle.rae.es/ [fecha de consulta: 16 de septiembre de 2020].

Tamagno, L.F. (2010). A propósito del plenario "Vásquez, María Laura c. Telefónica de Argentina S.A. y otro s/despido". *El Derecho*, 238, 602-607.

Vázquez Vialard, A. (1978). *Derecho del trabajo y de la seguridad social.* Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, expte N° 11147/00, sentencia N° 89281 del 30 de abril de 2001 en el caso "Rolón, Fabian c/ Asistencia Médica Social Argentina SA s/ despido".

Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, expte n° 19676/02, sentencia N° 68396 del 28 de abril de 2006 en el caso "Aliotta, María c/ Citibank NA y otro s/ despido".

Cámara Nacional del Trabajo, Sala X, expte. N° 2/05, sentencia N° 14407 del 20 de junio de 2006 en el caso "González, Víctor c/ Río de las Vueltas SRL y otro s/ despido".

Cámara Nacional del Trabajo, Sala IX, expte. N° 21069/05, sentencia N° 13905 del 28 de diciembre de 2006 en el caso "Majul, María c/Día Argentina SA s/ despido".

Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, expte n° 25232/03, sentencia N° 69183 del 13 de febrero de 2007 en el caso "Jiménez, Patricia c/Apoyo laboral SRL s/despido".

Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, expte. N° 1286/07, sentencia N° 95828 del 12 de febrero de 2008 en el caso "Ormachea, Guillermo c/ Asoc. Civil Club Italiano s/ despido".

Cámara Nacional del Trabajo, Sala X, expte. N° 12286/04, sentencia N° 15915 del 29 de febrero de 2008 en el caso "Agostino, Diego c/In Store Marketing SRL y otros s/despido".

Cámara Nacional del Trabajo, Sala VII, expte N° 5647/06, sentencia N° 40741 del 7 de marzo de 2008 en el caso "Pazzaglini, Carlos c/ Sotyl SA y otro s/ despido".

Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, expte N° 3513/06, sentencia N° 93339 de fecha 20 de mayo de 2008 en el caso "Paez, Luis c/ IONICS SA s/ despido".

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en pleno, 3/06/2010, fallo plenario Nº 323. Acta N° 2.552.

La potestad sancionatoria de la Dirección del Trabajo

Labor Office's sanctioning authority

Isaías Rodríguez Reyes*

iorodrig@uc.cl

Recibido: 22.01.21
Aceptado: 03.02.21

Resumen: Se analiza el escenario legal de la resolución de multa de la Dirección del Trabajo. En consideración a su actual regulación legal y administrativa, se revisa de forma crítica su origen, estructura y forma de impugnación. A partir de ello, nacen una serie de observaciones a la acción sancionatoria de la Dirección del Trabajo, en evaluación de las problemáticas y consideraciones dogmáticas propias del derecho administrativo sancionador.

Palabras clave: multa; Dirección del Trabajo; Derecho administrativo sancionador.

Abstract: This work analyses the legal scenario involving the Labor Office's fines resolution, and —considering its current legal and administrative regulation— it critically revises its origin, structure, and form. Furthermore, it features a series of observations on the Labor Office's sanctioning action, reflecting on the problems and dogmatic considerations of the Administrative Sanctioning Law.

Keywords: fines; Labor Office; Administrative Sanctioning Law.

* Las bases de este artículo se concluyeron el año 2020, con oportunidad de la evaluación de mi tesis de Magister: "El principio *non bis in ídem* en la aplicación de multas de la Dirección del Trabajo".

La disciplina del Derecho del trabajo no es ajena a las actuaciones sancionatorias públicas. El mundo laboral convive con una regulación administrativa dentro de su propio código, que se ha estructurado a base de potestades sancionatorias, orientadas a promover el cumplimiento del catálogo de sus derechos irrenunciables. El Estado no es indiferente con un empleador que no acata los mandatos impuestos por el Código del Trabajo. Por ello, la persecución estatal del empleador infractor de la norma no es una temática lejana a nuestra rama del derecho, por el contrario, su conexión interdisciplinaria es tal que muchas veces ilusoriamente se confía en que solo a través de esta actividad administrativa se podrá alcanzar el logro de los objetivos sociales impuestos en materia de relaciones laborales.

La dimensión laboral del Derecho administrativo sancionador es el escenario que propicia la atención en la actividad de la Dirección del Trabajo. Entidad administrativa cuyas funciones trascienden largamente la sola actividad sancionatoria, manteniendo por ley labores tan disímiles como el ejercicio de visitas "inspectivas" de fiscalización y la propia interpretación de la normativa de la disciplina del trabajo vía dictámenes.

Sin perjuicio de aquel entramado complejo de funciones, el DFL N°2 de 1967 lo faculta como el organismo para cursar la sanción administrativa por antonomasia de las relaciones laborales: la resolución de multa. Acto administrativo cuyas implicancias y características mantienen una mínima regulación legal, encontrándose desprovista verdaderamente de un procedimiento normativo específico que guíe su dictación.

El acto de calificación infraccional, la redacción del formulario de multa y, en general, la mecánica propia de un proceso de fiscalización, corresponden todos a materias que han sido tratadas y definidas mayormente al nivel de circular administrativa, más que en una norma legal. Cuestión que exige al ámbito académico revisar de forma coordinada el escaso tratamiento del Código del Trabajo y de la Ley Orgánica junto con la abundante dictación de circulares, órdenes de servicio y documentos administrativos.

Este estudio de fuente múltiple nos permitirá efectuar observaciones de carácter jurídico administrativo que son objeto de análisis constante por parte de los intervinientes en materia de relaciones laborales, no obstante, no han sido suficientemente analizados por la dogmática propia del Derecho del Trabajo, cuyos tratamientos en materia administrativo-sancionatoria son escasos. Más aún cuando en el último tiempo se han discutido distintos proyectos de reforma a la institución administrativa, con un importante avance en el Proyecto de Ley de Modernización de la Dirección del Trabajo, que de manera parcial pretendería actualizar ciertos procedimientos.

En virtud de lo señalado, se vuelve necesario proceder a la revisión crítica del acto sancionatorio de la Dirección del Trabajo, y conocer cuál es el estado actual en cada una de las fases de los procedimientos que la institucionalidad administrativa emprende en contra de los empleadores que infringen la normativa laboral.

1. Descripción general de la Dirección del Trabajo

Corresponde describir inicialmente al ente administrativo productor de la sanción en estudio. Esta institución pública mantiene una construcción orgánica apartada de una planificación sistemática por parte del Estado de Chile, antecediendo su nacimiento a la misma profesionalización del Estado. La denominada Oficina de Trabajo inició su tarea con personal voluntario de un marcado tinte asistencialista[1] y un propósito esencialmente estadístico (Rodríguez, 2010, p. 28). En efecto, antes de la fundación de la Dirección del Trabajo en 1924, e inclusive varias décadas después, no existía un convencimiento estatal respecto de la necesidad de disponer de una institucionalidad laboral, más bien su construcción obedeció a respuestas a una crisis coyuntural, y no al establecimiento de un sistema de relaciones laborales (Rodríguez, 2010, p. 24).

El primer cuerpo normativo que la reguló es el Decreto Ley N.º 4.053, de septiembre de 1924, sobre Contrato de Trabajo, que en su artículo Nº 38, señaló las principales funciones de la Dirección General del Trabajo. En este se caracterizó una institución muy distinta de la que conocemos hoy en día; por lo pronto, no consignaba facultades sancionatorias, sino que describía su labor en los siguientes términos:

> Recopilar, coordinar y publicar los datos e informaciones relativos al trabajo; Estudiar y proponer al Gobierno las medidas legales y administrativas que puedan adoptarse para mejorar las condiciones del trabajo y la situación material y moral e intelectual de los obreros; Informar sobre los estatutos de las asociaciones de obreros y de empleados; y Organizar y dirigir la inspección y vigilancia directa del trabajo, con el fin de asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones de esta lei y demás leyes de carácter social (Artículo 38, Decreto Ley N.° 4.053, 29 de septiembre de 1924).

Tras varias décadas de funcionamiento público bajo el amparo de dicho decreto ley, recién se consagra legalmente su estructura y facultades en el Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 1967, del Ministerio del Trabajo, que conforma su Ley Orgánica. Sin embargo, esta regulación estatal del servicio quedará al tiempo desprovista de coherencia interna en el ordenamiento jurídico, tras el nacimiento de un nuevo orden público laboral establecido y definido en la Constitución Política de 1980[2].

En vigencia de la antedicha Carta Fundamental, cabe precisar conceptualmente que la Dirección del Trabajo corresponde al servicio técnico dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, con el cual se vincula a través de la Subsecretaría del Trabajo. Cumpliendo lo señalado en la Ley General de Bases de la Administración del Estado (Ley N°18.575), se constituye como un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del presidente de la república, a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social (Aguayo y Skoknic, 2014, p. 17). Se encuentra a cargo de un funcionario público denominado “Director del Trabajo”.

Su citada Ley Orgánica, divide a la Dirección en diversos departamentos y oficinas, y dispone que sus funciones se ejercerán a través de las Inspecciones

[1] Parte importante de las primeras mujeres que intervienen en el conflicto social de principios del siglo XX corresponde a “mujeres de sociedad”, provenientes de familias de la clase gobernarte y de la oligarquía. La intervención social se realiza, en una primera etapa, a través de su participación en las acciones de caridad de grupos católicos y de beneficencia (Rodríguez, 2010, p. 101).

[2] Esta alusión a la desatención estatal en materia de la orgánica pública de las relaciones laborales, se efectúa sin ánimo de exculpar la evaluación crítica de sus actos administrativos que se realizará más tarde. Por el contrario, se plantea, como un dato de contraste respecto de las características de la conformación administrativa que mantiene la institución, puesto que un sinnúmero de prácticas derechamente se aparta del carácter profesional de la Administración del Estado.

Provinciales y Comunales que determine el director, las cuales tendrán, en sus territorios, las mismas facultades que el director en lo que respecta a la aplicación de la legislación social, salvo en lo que sea privativo de este último. Con esta normativa se cumple el propósito de contar con una mayor desconcentración del ejercicio de las potestades administrativas, eliminando el exceso de burocracia que aquejaba al Estado en la época de dictación del DFL N°2.

Para determinar la función exacta del organismo en estudio, lo más apropiado es concurrir al inciso final del artículo 2 del Código del Trabajo, que establece que corresponde al Estado velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de servicios, labor que ejecuta por intermedio de la Dirección del Trabajo por mandato legal directo de su propia ley.

Así, con objeto de comprender debidamente el sentido y alcance de la actuación de la Dirección del Trabajo para el ámbito de aplicación del derecho administrativo sancionador (Nieto, 2017), cabe referir a las funciones que la ley ha autorizado a su respecto (Vergara, 2004, p. 145). Así, las competencias que el DFL N°2 de 1967 del Ministerio del Trabajo ha autorizado ejercer a la Dirección del Trabajo se encuentran en su primer artículo:

> a) la fiscalización de aplicación de la ley laboral, b) fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo; c) la divulgación de los principios técnicos y sociales de la legislación laboral; d) supervigilancia del funcionamiento de los organismos sindicales y de conciliación, de acuerdo a las normas que los rigen; y e) la realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo (Artículo 5° de DFL N°2 de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo).

Luego, no señalada expresamente la función sancionatoria, cabe señalar que se deriva de la función fiscalizadora reseñada en la letra a) del artículo anterior, que tiene a su vez referencia específica en los artículos 28, 30 33 y 34, entre otras disposiciones del mismo cuerpo normativo.

Cabe señalar que en los últimos años se ha discutido un proyecto de ley que pretende la modernización de ciertas actuaciones de la Dirección del Trabajo en distintas temáticas tales como: registros, mediación, procedimientos y estructura funcionaria. El avance del proyecto permite sostener que solo contendrá modificaciones parciales en materia procedimental, centrando sus modificaciones a la orgánica interna de concursos y carrera funcionaria (Cámara de Diputados de Chile. Boletín N.° 12.827-13, de 20 de enero de 2021).

En síntesis, como podemos observar, la Dirección del Trabajo mantiene actualmente un espectro considerablemente amplio de labores que el legislador ha confiado a su actuación, no pudiendo constreñirse estas en una sola función. Para efectos del presente trabajo, corresponde solo que sean caracterizadas sus funciones interpretativas (normativa), fiscalizadora y sancionatoria.

1.1. Función interpretativa

Contemplada en el artículo 1° de su Ley Orgánica corresponde a la función más tradicional con que se ha identificado este servicio. Esta potestad normativa ha sido definida legalmente como la que le permite "fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo" (Artículo 1° de DFL N°2 de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo).

De esta forma, la Dirección del Trabajo mantiene la capacidad de interpretar la norma laboral a través de los denominados Dictámenes, que establecen el sentido y alcance de una disposición laboral. Se trata de la función central entre las facultades que la ley le ha concedido, puesto que su ejercicio irroga, determina y pondera la ejecución de su actividad fiscalizadora y sancionadora. En efecto, dichos dictámenes son obligatorios para los funcionarios de la Dirección, quienes fiscalizan y sancionan conforme a esos criterios interpretativos contenidos en aquellos dictámenes (Lizama, 1998, p. 49).

La Dirección del Trabajo interpreta la legislación y la reglamentación laboral, no obstante, su ejercicio práctico ha redundado en que muchas veces se le impute el ejercicio de atribuciones que podrían calificarse de jurisdiccionales (Aguayo y Skoknic, 2014, p. 7). En efecto, si pensamos que son los particulares quienes concurren a la Administración a efectuar consulta respecto del sentido y alcance de una disposición, bien podríamos advertir que la resolución eventualmente podría significar una intromisión en la función jurisdiccional. Puesto que en lo práctico es un solo órgano administrativo quien conoce y resuelve, en muchos casos, los conflictos laborales entre los ciudadanos. Por lo mismo, es recurrente ver que muchos dictámenes son posteriormente judicializados, vía acción de protección (denominado recurso de protección) o bien por recursos ordinarios, para solicitar, así, pronunciamiento del Poder Judicial que zanje la disputa de los particulares en materia laboral[3] [4] [5].

Cabe señalar que, pese a que esta actividad le ha valido constantes observaciones de legalidad por parte de la escena jurídica, se ha podido consensuar su irrestricta eficacia en sede administrativa, siendo obligatorio para los propios funcionarios en el ejercicio de las demás funciones que la ley les ha otorgado. De esta forma, su mandato no obliga al tribunal competente, que posteriormente deberá resolver el conflicto, pudiendo compartir o no el criterio interpretativo de la Dirección[6]. No obstante, todos los reparos a la función interpretativa de la Dirección del Trabajo, su ejercicio coadyuvará a las otras facultades de este servicio, las que se verán incrementadas precisamente por la existencia de este poder de interpretación de la legislación y reglamentación laboral, lo que redundará en una reforzada facultad de calificación, especialmente, por ejemplo, si se sanciona con multa un hecho basado en una convicción sancionatoria asociada a un dictamen administrativo.

1.2. Función fiscalizadora

Conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional al respecto, la labor de inspección es el medio más paradigmático por el que la Administración puede comprobar si son observados los estándares normativos que deben cumplir las actividades económicas y de relevancia social (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2495-2013). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 503 del Código del Trabajo, a la Dirección del Trabajo le corresponde la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen. Luego, en específico, en el primer artículo de su Ley Orgánica, se establece en su primer numeral nuevamente como función: “La fiscalización de

[3] No obstante existir, en contrario, una tendencia sostenida de pronunciamientos judiciales que han dejado sin efecto dictámenes y ordinarios, precisamente por considerarse que han entrado a establecer el sentido y alcance de cláusulas contractuales.

[4] Así, por ejemplo, llama la atención la delgada línea que implica el ejercicio de la facultad interpretativa cuando nos referimos en específico a las cláusulas del contrato de trabajo. La propia Dirección del Trabajo ha establecido: “9) La Dirección del Trabajo no tiene competencia para pronunciarse sobre la eventual nulidad de una o más cláusulas del denominado Acuerdo Marco, ni de las cláusulas que, acorde a éste, se hubieran incorporado a los pertinentes instrumentos colectivos, sin que lo anterior sea obstáculo para ilustrar acerca de la concordancia o no de tales cláusulas con la ley laboral, tarea ésta ineludible para este Servicio” (Dictamen Nº 214/4, de 15.01.2009). A partir de ello, se sostiene en su defensa, que su Ley Orgánica puede interpretar cláusulas y decretar la infracción cuando se constatan hechos evidentes y flagrantes de incumplimiento a la norma laboral (Aguayo y Skoknic, 2014, p. 8).

[5] Rol No. 212-2006 de Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 30 de noviembre de 2006: “Octavo: Que, el acto, además de ilegal, es claramente arbitrario, no obstante se pretenda fundarlo en razonamientos que dicen relación con el fondo de la cuestión, en que jamás debió entrar la fiscalizadora. Y es arbitrario porque no hay razón atendible que se haya esgrimido para extender las facultades de fiscalización a la interpretación de contratos, sean individuales o colectivos, y por tanto, resultando manifiesto que existió un acto ilegal y además arbitrario en la dictación de la resolución impugnada, es igualmente claro que ese acto afecto la garantía constitucional de la recurrente, de no ser juzgada por comisiones especiales, dado que precisamente la ilegalidad consistió en entrar el órgano administrativo en el ámbito jurisdiccional”.

[6] Rol N° 887-2008. Corte Suprema. 13 de mayo de 2008: “9°) Que acorde con lo reflexionado en los fundamentos anteriores, resulta inconcuso que la autoridad fiscalizadora ha transgredido la legalidad vigente al pronunciarse con fuerza decisoria respecto de un asunto cuyo conocimiento, por su contenido controversial, era de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales”.

la aplicación de la legislación laboral" (Artículo 1° del DFL N°2 de 1967)[7].

Esta función de fiscalizar encomendada por el Legislador se ejecuta por la Dirección del Trabajo a través de su denominado Departamento de Inspección[8]. Dicha división está compuesta por fiscalizadores, quienes son aquellos funcionarios públicos encargados de verificar el cumplimiento de las normas en las relaciones laborales vigentes en nuestro país[9].

Se ha indicado por el Tribunal Constitucional, que la Dirección del Trabajo en virtud de su función fiscalizadora y sin perjuicio de su revisión posterior puede "calificar hechos"[10] [11].

En efecto, la fiscalización administrativa laboral que ejerce el funcionario fiscalizador tiene por objeto controlar el cumplimiento de la norma, la que por regla general consagra obligaciones o cargas respecto del empleador y derechos en favor del trabajador. De esta forma, el funcionario, como lo establece el propio documento administrativo denominado "Manual de Fiscalización", se rige a base de dos grandes opciones de calificación: i) Existe infracción de la normativa laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo o ii) No existe infracción de la normativa laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo.

Es en esta instancia cuando se realiza la labor propiamente de inspección por parte de la Dirección del Trabajo, cuando el funcionario estatal ejerce su labor de fiscalizador, y el particular de fiscalizado. Cuenta el funcionario en dicha labor fiscalizadora, con una presunción legal de veracidad respecto de lo que reseñe en su informe de constatación, incluso para los efectos de prueba judicial como indica literalmente el artículo 23 del DFL N°2 de 1967[12]. No existiendo mayor

[7] El artículo N.º 39 el Decreto Ley N.º 4.053, sobre Contrato de Trabajo, que delimita parcialmente las funciones de la Dirección del Trabajo, enuncia por primera vez, las facultades de los inspectores del trabajo, como son la fiscalización de las fábricas y establecimientos industriales: "Los inspectores del trabajo tendrán derecho a visitar los establecimientos a que se refiere esta ley, en las épocas y oportunidades que fije el Reglamento y cuando sean requeridos. La Inspección del trabajo femenino estará a cargo de mujeres".

[8] De forma interna su denominación ha sido Departamento Inspectivo. Dicha denominación administrativa interna corresponde al plantel de fiscalizadores, contando con representación en cada Inspección Comunal o Regional.

[9] Es importante consignar que quienes ejercen este cargo no tienen exigencia de ser abogados o tener estudios de especialización en materia de relaciones laborales, siendo solo exigido ser profesionales universitarios. Esta mención no aminora el inmenso aporte que los saberes de las más diversas áreas del conocimiento enriquecen la función pública de la institución, sino que se propone como elemento de análisis a efectos de conocer las características de la función fiscalizadora y su participación en un acto intrínsecamente jurídico como la calificación.

[10] Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°2671-2014. No obstante, la distinción fáctico-jurídica no será una zona fácil de delimitar, existiendo sucesivas discusiones sobre si se extralimitó en sus facultades como Administración.

[11] En favor de la limitación, la Corte Suprema ha señalado que la labor de calificación debe abocarse a las infracciones claras precisas y determinadas. Sentencia de Corte Suprema Rol 13332 -2014.

[12] Artículo 23 de Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo: "Los Inspectores del Trabajo tendrán el carácter de ministros de fe de todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales podrán tomar declaraciones bajo juramento. En consecuencia, los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo y de los cuales deban informar de oficio o a requerimiento, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial". Al respecto existe un fallo relativamente reciente que reafirma con una categoría privilegiada esta presunción que se concede al fiscalizador: "Noveno: Que conforme se viene sosteniendo, y en el contexto de lo señalado, es palmario que el informe de la Inspección del Trabajo, que constata la existencia de conductas constitutivas de acoso sexual, ostenta el carácter de presunción legal, lo que implica que la calificación efectuada por el referido órgano, se presume como veraz. Ello significa, desde una perspectiva procesal, que el legislador interviene en la distribución de las cargas probatorias, invirtiéndola, es decir, frente a la constatación referida, le corresponde al actor acreditar que no incurrió en las conductas presumidas. En efecto, tratándose la presente causa de una que se inició mediante denuncia por vulneración a los Derechos Fundamentales con ocasión del despido, debe tenerse en vista el dispositivo 493 del Estatuto Laboral, que señala que 'Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad'; por tanto, en la dinámica propuesta en tal especial rito, frente a los indicios que planteó el denunciante, aparece que el informe referido, opera como un fundamento que, a la luz de las normas aludidas, justifica la medida adoptada por el demandado –el despido–, y que, frente a ello, le correspondía al actor demostrar la falta de sustento o de proporcionalidad. Décimo: Que, en tal orden de ideas, se advierte que el fallo impugnado soslayó el efecto procesal mencionado, por cuanto, erradamente, conforme lo antes dicho, no respetó la inversión del *onus probandi* que le otorga el precepto contenido en el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo al informe que constató el acoso sexual materia de estos antecedentes, como, asimismo, tampoco acató los artículos 211-A y 493 ya citados". Sentencia de Corte Suprema Rol 18865-2019, de nueve de julio de dos mil diecinueve.

pronunciamiento legal sobre la técnica de constatación, se deberá entender que toda constatación de hecho tendrá el beneficio de dicha presunción, sin importar la forma en que fuese reseñado en el informe.

En dicho mérito, cabe consignar que conforme a la Circular N° 95, de 18 de agosto de 2010, del Departamento de Inspección, el informe de fiscalización es aquel documento que emite un fiscalizador del Trabajo, mediante el cual da cuenta jurídica y técnica de los hechos constatados en terreno, a través de un procedimiento de fiscalización. Por lo que la instrucción administrativa interna de la Dirección del Trabajo mandata que los informes de fiscalización deberán tener un contenido "objetivo, completo, claro, conclusivo, con buena redacción, evitando las extensiones en divagaciones o interpretaciones personales" (Circular N° 95, de 18 de agosto de 2010). Todo ello dentro de lo que a instrucciones administrativas se refiere, porque la normativa legal, como se dijo, nada ha indicado al respecto dando un amplio espectro a la presunción de veracidad del contenido del acto de fiscalización[13].

Es así como, lejos de ser específica y reglamentaria —como, por ejemplo, podría ser calificada nuestra normativa laboral de negociación colectiva— la regulación legal de la actividad de fiscalización de la Dirección del Trabajo solo efectúa declaraciones generales en orden a los propósitos de la actividad. A la base de dicha característica es que comienzan a develarse las particularidades regulatorias del procedimiento de fiscalización administrativo laboral chileno, pudiendo concordarse que la actividad "inspectiva" se encuentra regulada sólo por disposiciones legales generales, no existiendo una normativa específica respecto de la realización misma del acto de fiscalización.

1.3. Función sancionadora

Será respecto de esta facultad sobre la que se centrará el presente análisis. Tratada en conjunto con la facultad de fiscalizar, se encuentra la potestad de la Dirección del Trabajo para aplicar sanciones. Esta labor se encuentra reconocida de forma principal en el actual artículo 503 del Código del Trabajo, que en su inciso primero dispone que: "Las sanciones por infracciones a las legislaciones laboral y de seguridad social como a sus reglamentos se aplicarán administrativamente por los respectivos inspectores o funcionarios que se determinen en el reglamento correspondiente. Dichos funcionarios actuarán como ministros de fe" (Artículo 503 del Código del Trabajo).

Al concurrir a la propia Ley Orgánica de la institución en búsqueda de la función sancionatoria, el DFL N°2 de 1967, se puede verificar que se encuentra normada solo a partir del ejercicio de las funciones y atribuciones específicas de los inspectores o fiscalizadores, invistiéndolos de una serie de atribuciones sancionatorias. En efecto, las sanciones que puede aplicar la Dirección del Trabajo al momento de constatar una infracción a la normativa laboral son las siguientes: i) Multa a beneficio fiscal, ii) Clausura del establecimiento o faena hasta por diez días[14], iii) Suspensión inmediata de las labores, que a juicio del

[13] De esta forma, podemos verificar la abierta simplicidad normativa con que fue regulada esta actividad, en cuyo propósito se encuentra la búsqueda de soluciones para los conflictos laborales, con celeridad y eficiencia.

[14] La medida de clausura exige un análisis apartado por tratarse de una sanción de mayor impacto que la anterior. Sin embargo, se encuentra en desuso. Se encuentra normada en la Ley Orgánica del Servicio, no contando con una definición expresa. El artículo 34 establece que en todos aquellos casos en que los inspectores del Trabajo puedan aplicar multas administrativas, las reincidencias podrán ser sancionadas, además, con clausura del establecimiento o faena, cuando ello fuere procedente, hasta por diez días, lo que será aplicado por el inspector que constate la reincidencia (quién cometa nueva infracción dentro de los dos años siguientes). Indica el artículo 37, que la medida de clausura se hará efectiva a contar desde el vigésimo día siguiente a la notificación de la resolución que la decrete. La parte afectada con la orden de clausura podrá reclamar dentro de tercero día de ser notificada, ante los Juzgados del Trabajo, pudiendo solicitar la suspensión de la medida.

inspector del Trabajo constituyan peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores[15], iv) Cancelación del registro de Empresa de Servicios Transitorios[16].

Cada una de dichas sanciones administrativas mantienen hipótesis y condiciones habilitantes diversas para su aplicación. En este trabajo, como se ha adelantado, se dará atención específica a la sanción de multa, abordándose los siguientes tópicos:

a) Tratamiento legal de la función sancionadora de multa.

b) Infracciones a la normativa laboral y seguridad social.

c) Procedimiento para la aplicación de la sanción de multa de la Dirección del Trabajo.

d) Formas de impugnación de la resolución de multa.

1.3.1. Tratamiento legal de la función sancionadora de la Dirección del Trabajo

Para abordar de forma general el tratamiento legal que mantiene la facultad sancionatoria de multa, cabe señalar de inmediato que no mantiene ningún apartado específico sobre su dictación ni el Código del Trabajo ni la propia Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo.

El Código solo da cuenta de la existencia de la facultad y de la posibilidad judicial de su reclamación, mas no hace referencia al sentido, alcance y condiciones para su imposición. En la Ley Orgánica solo se instruye a los fiscalizadores con la potestad de multar sin regular un procedimiento específico y estableciendo solamente sanciones de multas a partir de hipótesis determinadas de incumplimiento y desacato administrativo.

En este sentido, el artículo 33 vigente de la citada Ley Orgánica, señala que el procedimiento para la aplicación de multas administrativas será determinado conforme se señala en el artículo 2 de la Ley 14.972. Sin embargo, dicha norma no se encuentra vigente y solo por derivación normativa corresponde al actual Título II del Libro V del Código del Trabajo, que precisamente contiene el artículo 503 citado al inicio. Por consiguiente, en el DFL N°2 no encontramos más que referencias generales a la existencia de la potestad sancionatoria, mas no una regulación sistemática sobre su ejercicio.

La única dimensión de la multa laboral que se excepcionaría de dicha característica omisiva, correspondería a la regulación de la cuantía de la sanción. En efecto en las normas del artículo 505 bis y 506 del Código del Trabajo, se encuentra un tratamiento normativo específico que establece que el valor de la sanción de multa se efectuaría conforme el tamaño de

[15] El artículo 28 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo contempla la medida de suspensión de faenas, bajo la siguiente regulación: "En el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, los Inspectores del Trabajo podrán ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio constituyan peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación laboral. En el caso del inciso anterior, los trabajadores seguirán percibiendo sus remuneraciones, o el promedio diario de los últimos seis meses si trabajaren a trato, a comisión o a sueldo y comisión, considerándose como efectivamente trabajado el período de suspensión para todos los efectos legales".

[16] El artículo 183-I del Código del Trabajo en regulación de las empresas de servicios transitorios establece que el incumplimiento elusivo de los requisitos de propiedad irroga la sanción de cancelación, en los siguientes términos: "Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios. La infracción a la presente norma se sancionará con su cancelación en el Registro de Empresas de Servicios Transitorios y con una multa a la usuaria de 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado, mediante resolución fundada del Director del Trabajo. La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva".

la empresa; determinación que ha originado un profuso debate[17] [18] [19] [20].

De esta forma, tras la sucinta referencia del Código del Trabajo y la escasa regulación de la propia Ley Orgánica, es posible advertir de inmediato una característica omisiva de la ley en el tratamiento de esta facultad sancionadora. Por el contrario, su regulación efectiva se encontrará solo en circulares, órdenes de servicio y documentos administrativos dictados por la misma Dirección del Trabajo. Circunstancia que contrasta drásticamente con la relevancia a la reserva legal[21] que nos refiere el mandato de los principios del derecho administrativo sancionatorio, cuyo ejercicio la exige como imprescindible para la adecuada vigencia de las garantías del administrado frente al ejercicio del *ius puniendi*.

En virtud de lo señalado, pueden efectuarse las siguientes observaciones derivadas de esta menor estructura normativa descrita de la resolución de multa de la Dirección del Trabajo:

a) Es el mismo funcionario quien detecta la infracción laboral y luego la sanciona, no existiendo un tercero involucrado (instructor o juez administrativo) en el procedimiento[22] [23]. Esto a diferencia de procedimientos comparados donde el funcionario fiscalizador solamente presenta los hechos constatados ante un instructor o juez administrativo quien posteriormente ponderará su aplicación[24] [25].

[17] Art. 506. "Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción. Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales. Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales. Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales. En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, respectivamente y de acuerdo a la normativa aplicable por la Dirección del Trabajo. La infracción a las normas sobre fuero sindical se sancionará con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales". Art. 505 bis. "Para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores. Se entenderá por micro- empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más".

[18] Así, aun cuando se haya hecho de forma genérica y cuestionable conforme un "test de proporcionalidad", corresponde al único desarrollo propiamente normativo-administrativo de la multa laboral. El debate acerca de esta norma provino de la profusa presentación de recursos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, por ser precisamente la constatación insigne de una abierta desregulación procedimental sancionatoria, que aún, en su mínimo lineamiento referido, genera una importante controversia.

[19] Se entiende test de proporcionalidad como una "técnica aplicable a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. Constituye un parámetro de control cada vez que con objeto de optimizar un bien colectivo, el legislador limita o restringe un derecho fundamental" (Nogueira, 2007, p. 115).

[20] Fallo Tribunal Constitucional Rol 7554-2019 de fecha 03 de marzo de 2020. Voto Mayoría, redacción María Luisa Brahm: "Vigésimo: Esto último es precisamente lo que ocurre con el artículo 506 del Código del Trabajo, disposición legal en la que a medida que aumenta el número de trabajadores de una empresa, se incrementa el monto de las multas a aplicar, sin tener en cuenta otros factores relevantes para determinar su capacidad económica. Tal criterio es ajeno y no se corresponde con la realidad de las empresas, pues según los bienes que produzca o los servicios que preste, como también por su capital, tecnologías que utilice y montos de sus operaciones, es posible encontrarse ante empresas de gran capacidad económica y una planta laboral más reducida, cómo a la inversa, con empresas con alto número de trabajadores, pero sin mayor capacidad económica".

[21] Bermúdez Soto incluye la reserva legal como un principio del derecho administrativo en general. Sostiene que, a diferencia del principio de legalidad, supone una primacía de las normas con rango de ley, lo que trae como consecuencia una prohibición para la Administración de actuación contraria a lo consagrado en tales disposiciones. Como principio enuncia que tiene un carácter negativo, de no transgredir la ley y, luego, positivo, por dar fundamento a la actuación pública (2011, p. 79).

[22] Mientras que, en España, una vez constatada la infracción laboral, se extiende un plazo de quince días hábiles al empleador para presentar sus alegaciones, en Uruguay se concede a la empresa un plazo de tres días hábiles para presentar un escrito de descargos. Luego, en ambos países se aprecia la separación en las calidades de fiscalizador con quien finalmente ejecuta la sanción, existiendo un juez administrativo como funcionario del mismo Servicio.

[23] Aguayo y Skoknic, 2014, p. 41.

Esto no se trata de una crítica original, sino que ha sido pronunciada ocasionalmente por el mismo Tribunal Constitucional cuando ha manifestado su reproche (aún tímido) para que la Administración del Estado ejerza su potestad sancionatoria a través de un inspector del Trabajo, señalando que se encuentra investido simultáneamente de la calidad de investigador y sancionador, quien con el solo mérito de su constatación personal acredita la veracidad de los hechos que examina, a base de los cuales aplica una sanción (Sentencia TC N ° 2346-2012).

b) Como segunda observación, se señalará que no existe un procedimiento legal administrativo que permita un descargo formal y previo del infractor antes de imponerse la sanción, sino que puede cursarse desde la misma visita "inspectiva" del fiscalizador ante la sola detección de un incumplimiento. En efecto, solo desde el denominado "Manual del Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo", dictado recientemente en agosto de 2017[26], se incorporó formalmente el visado posterior del jefe de la Unidad de Fiscalización, como trámite previo a la aplicación y notificación de la Resolución de Multa Administrativa. No obstante, no existe un traslado formal al infractor, oficialmente previsto por ley o circular administrativa, más que el llamado al fiscalizador a mantener la garantía de "posibilidad de contradictoriedad"[27] [28].

Ambas observaciones efectuadas son de conocimiento de las últimas Administraciones de la Dirección del Trabajo, quienes se esforzaron en impulsar un Proyecto de Modernización donde precisamente se buscaba que el Legislador finalmente se hiciera cargo de varios cuestionamientos en materia de debido proceso administrativo. Sin embargo, lo que al día de hoy nos revela preliminarmente la aprobación del Proyecto de Ley sobre Modernización y Fortalecimiento de la Dirección Del Trabajo (Boletín N° 11.430-13), son escasas respuestas a las observaciones efectuadas. Previo a la promulgación, se vislumbra que la única disposición en materia de procedimiento de fiscalización solo explicitaría que su regulación se deberá efectuar por vía administrativa, manteniendo la crítica desarrollada[29] [30] [31] [32].

---

[24] La Dirección del Trabajo en su reflexión interna no ha sido indiferente a la presente crítica, y estableció de manera reciente una obligación de visado posterior del jefe del funcionario fiscalizador con posterioridad al acto de sanción. Esta se encuentra en la reactualización de la tradicional Circular N°88, denominada Manual de Fiscalización: "Este Manual de Fiscalización regula el procedimiento de fiscalización desde su inicio -por solicitud o de oficio- hasta su término, incorporándose un tratamiento distinto a la premisa que inspiró anteriormente los procedimientos de fiscalización en cuanto a la inmediata aplicación y notificación de multas en casos de constatar hechos que infrinjan la legislación fiscalizada. Se incorpora la visación del Jefe de la Unidad de Fiscalización, como trámite previo a la aplicación y notificación de la Resolución de Multa Administrativa". Medida naturalmente del todo insuficiente que no suple la carencia legal normativa respecto de las obligaciones que competen a la institución.

[25] Gómez Díaz-Romo *et. al.* (2013) pp. 91-115.

[26] Manual de fiscalización de la Dirección del Trabajo https://dt.gob.cl/portal/1626/articles-117137_galeria_13.pdf. "ii) No existe infracción de la normativa laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo, conclusiones que en todos los casos, se construyen procedimentalmente como garantía de transparencia, posibilidad de contradictoriedad, razonabilidad y proporcionalidad de los actos que se produzcan en cada procedimiento de fiscalización determinado. La arbitrariedad debe ser ajena en todas sus fases a cualquier tipo de tramitación seguida ante la Dirección del Trabajo".

[27] Opinión que comparte el Tribunal Constitucional de forma general respecto de los procedimientos sancionatorios que no garanticen el derecho a defensa, señalando expresamente que deben contemplar la posibilidad de que los afectados sean emplazados y puedan presentar los correspondientes descargos, antes que la autoridad administrativa les aplique una eventual sanción (Sentencia TC N ° 376-2003, 2264-2013, 725-2007 y 2682-2014).

[28] En respuesta a aquello se han expuesto variadas teorías para explicar los motivos que justifican estas amplias facultades administrativas con que cuenta la Dirección del Trabajo para la ejecución de su trascendente función. En este sentido, más desde lo laboral que desde lo administrativo, destaca la explicación doctrinaria que señala que por una razón de orden práctico y por estar involucrados motivos de justicia social y orden público, se justificaría que la Dirección del Trabajo esté dotada del poderoso "*ius puniendi*" que mantiene con la finalidad de lograr el expedito cumplimiento de las normas del Estado. Se alinean para ello, cada uno de los argumentos que dan fundamento para la aplicación de la pena administrativa. Sin embargo, se hace presente que no acudo enteramente a dichos argumentos, puesto que estas consideraciones parecen más ligadas a la finalidad del uso de la sanción administrativa que al procedimiento cuya necesidad de existencia se debe bastar por sí misma.

1.3.2. Infracciones a la normativa laboral y seguridad social

Corresponde ahora entrar al objetivo de la sanción de multa. El DFL N°2 de 1967 ha orientado la actuación de la fiscalización de la Dirección del Trabajo para la sanción de infracciones a la normativa laboral y de seguridad social. De la misma forma, el artículo 503 circunscribe a dicho propósito la actuación de la Dirección del Trabajo. Cabe preguntarse entonces qué entiende el ordenamiento jurídico por "infracciones a la normativa laboral y seguridad social".

Respecto a la pregunta, cabe señalar que ningún cuerpo normativo define qué se entiende específicamente por "infracción laboral". La sola mención del artículo 503 del Código del Trabajo no precisa si la fuente de la sanción referiría a una ley, decreto o, incluso, a una disposición administrativa o dictamen[33]. En este sentido, no se determina tampoco cuál es el estándar de la norma que puede perseguir el organismo administrativo. Así, si consideramos las leyes anexas en materia laboral y seguridad social, el asunto se complica aún más[34] [35].

En primer término, se debe hacer presente de la lectura de las normas del Código del Trabajo, que, en muchos casos, podría determinarse fácilmente la existencia de infracción laboral, al no cumplirse con el determinado mandato exigido. Sin embargo, respecto de determinadas situaciones laborales de hecho constatadas, el incumplimiento deberá ser objeto de discusión e interpretación en concreto para determinar una situación de infracción. En este sentido, la delimitación del campo de infracción laboral mantiene la particularidad, de no contar con un cuerpo legal específico de carácter administrativo sancionatorio, que

[29] Proyecto de Ley Sobre Modernización y Fortalecimiento de la Dirección Del Trabajo (Boletín N ° 11.430-13).

[30] Por Oficio N° 16.241 del 29 de enero de 2021 se aprobó por la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley sobre Modernización de la Dirección del Trabajo, correspondiente al boletín N ° 12.827-13. Aunque todavía la norma no es promulgada, es atingente su cita a efectos de una descripción actualizada del estado de situación de la estructura normativa del organismo administrativo. "Artículo 505-A.- Sin perjuicio de las normas especiales que se establecen en este Título y en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que dispone la reestructuración y fija funciones de la Dirección del Trabajo, el procedimiento de fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo deberá ajustarse, especialmente, a los principios de responsabilidad, gratuidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad administrativa, transparencia y publicidad que rigen la actuación de los órganos de la Administración del Estado. Lo anterior se hará en conformidad a las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 1-19.653, del 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y de la ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. El procedimiento de fiscalización que emplee la Dirección del Trabajo se regirá por una resolución dictada por el Jefe Superior del Servicio, en la cual se contemplará una enunciación de los derechos y deberes de los intervinientes e interesados en él, conforme a las normas mencionadas en el inciso anterior".

[31] Salinas, 2019, pp. 311-312.

[32] Gómez Díaz-Romo *et. al. (2013)* pp. 29-30.

[33] Hormazábal Valdés recuerda que, en examen de las facultades de la Dirección del Trabajo, la Administración no está constitucionalmente facultada para sancionar, si las conductas que se suponen infringidas están descritas únicamente en normas reglamentarias que no tienen suficiente cobertura legal (2013, p. 76).

[34] Inclusive, se puede verificar en variadas oportunidades que el exclusivo fundamento en la aplicación de una sanción se encuentra en un dictamen administrativo de elaboración propia de la misma institución. Existen en el Tipificador Infraccional de la Dirección del Trabajo numerosas hechos infracciones que solo se basan en lo sostenido en un dictamen del Departamento Jurídico. (Navarrete, 2020, pp. 18 y 73).

[35] El hecho de que la Dirección del Trabajo vincule como fuente reglamentos y no leyes en el curse de determinadas multas, decididamente presenta observaciones conforme a la garantía de tipicidad y reserva legal. La Dirección del Trabajo cursa multas por no llevar correctamente el registro de asistencia en virtud del artículo 33 del Código del Trabajo, sin embargo, tal precepto no establece la obligación legal concreta y determinada para el empleador, por ende, la infracción requiere justificarse en atención a otros tipos laborales que sí contienen obligaciones precisas, tales como "no consignar las horas ordinarias trabajadas", "no consignar las horas extraordinarias trabajadas", "no sumar la totalidad de las horas trabajadas a fin de verificar las horas extras laboradas"; sin embargo, las infracciones se fundan en un precepto que no tiene rango de ley, el Reglamento 969 de 1933, incumpliéndose con ello, en estricto rigor, la garantía constitucional de reserva legal de las materias que afectan derechos fundamentales. La obligación de sumar la totalidad de horas trabajadas no es necesariamente lo mismo que llevar correctamente el registro de asistencia (Hormazábal, 2013, p. 76).

indique de forma expresa ("tipifique" en sentido estricto) cuáles serán las situaciones de hecho específicas que habilitan la sanción[36].

Así, si analizamos la redacción de las normas del Código del Trabajo, solo por excepción, determinadas disposiciones señalan expresamente que por determinados actos corresponderá una sanción de multa, indicando algunas, inclusive, el ámbito de variación del monto pecuniario de la misma[37]. No obstante, la inmensa mayoría de las normas no indican expresamente que su incumplimiento dé lugar a una multa, señalándose exclusivamente las obligaciones que cada empleador debe cumplir. Ello por una razón muy simple, el Código del Trabajo no es esencialmente una norma administrativa y/o administrativo sancionatoria; fue redactado en búsqueda de conformar una norma privada de orden público que rigiera las relaciones laborales y no como una ley administrativa que identificase cada supuesto de infracción con la respectiva sanción . Una técnica legislativa para algunos reprochable (Navarrete, 2020, p. 29), no obstante, en retrospectiva histórica puede comprenderse en la ausencia de un predicamento legislativo global en materia de relaciones laborales por el Estado, cuyas iniciativas legislativas han sido mayormente de avance particular.

En virtud de lo señalado, se puede concluir que podrá existir infracción en tanto se incumpla, en algún sentido, alguna disposición del catálogo de normas del Código del Trabajo o alguna normativa anexa en materia laboral o previsional. Esta situación de menor densidad normativa al alcance de la facultad sancionatoria termina por configurar un espectro mayormente abierto de persecución administrativa, puesto que, desde ya, le permite a la Dirección del Trabajo indagar y sancionar de forma amplia respecto de cualquier situación de relaciones laborales que pudiese, de alguna forma, vulnerar determinada disposición.

La apertura del espectro normativo descrita ha intentado ser limitada por la propia Dirección del Trabajo que, en un ejercicio de autorregulación, comenzó a valerse del denominado "Tipificador de Infracciones Laborales". Este instrumento constituye una especie de catálogo administrativo sancionatorio que hace mención de cada norma solo de forma descriptiva, asociándola a una serie numeral de multa[39], a través de él, razonablemente se ha buscado delimitar cuáles serán las situaciones de "infracción laboral" que deben sancionar los fiscalizadores en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, la escena jurídica laboral no debe olvidar que este "Tipificador" corresponde a un documento administrativo particularísimo, sin rango de circular, por cuanto su sentido y alcance debe ser observado atentamente en el control jurisdiccional que se efectúe en concreto respecto de cada acto sancionatorio.

En consecuencia, acerca de la pregunta sobre qué es "infracción laboral o previsional", debe concluirse que, corresponderá finalmente su determinación administrativa a la propia Dirección del Trabajo al mérito de la normativa existente[40]. Sin ánimo de efectuar una

[36] A nivel comparado, en España podría citarse la Ley LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000 de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Dicha norma define infracción en el ámbito de las relaciones laborales, las tipifica y, luego, clasifica conforme a la entidad de la infracción (Cervilla y Jover, 2017, pp. 32-39).

[37] Conforme el estilo de redacción del Código del Trabajo, solo determinadas normas del Código del Trabajo previenen especialmente que su infracción acarreará multa de la Dirección del Trabajo: Artículos 9, 14, 34 bis, 37, 58 92 bis,145,152 bis L, 157,162, 169,183-A, 183-I, 183-J, 183-L, 183-P, 183-AA, 193, 197 bis, 208, y 506.

[38] Mario Devealli señalaba que todas las disciplinas jurídicas se hallan vinculadas por un elemento común cual es el de la existencia de un sector represivo que se denomina actividad sancionadora (Poblete, 2018, p. 69). En definitiva, es un elemento de la legislación presente en la legislación laboral, fácilmente distinguible en sus primeras leyes que mantuvieron un evidente tinte sancionatorio. Sin embargo, el Código del Trabajo vigente no tiene un tono sancionatorio tan subrayado, siguiendo un estilo que alberga espacio al ejercicio del principio dispositivo y de libertad contractual. En efecto, las sanciones estatales se comprenden íntegramente solo desde el Libro V: De la Jurisdicción Laboral hacia el resto de los Libros. Por lo que, no podemos atribuir al Código del Trabajo el carácter de un cuerpo esencialmente sancionatorio administrativo aun cuando de éste se prediquen sanciones.

[39] Disponible en sitio web de la Dirección del Trabajo: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-108710_recurso_1.pdf.

crítica abierta, sino sólo de describir la particularidad del escenario administrativo, se puede afirmar que será este organismo, quien interpreta y fiscaliza la norma, él que también establezca posteriormente si existe infracción en el caso concreto con ayuda del denominado Tipificador. Luego, sin perjuicio del necesario control jurisdiccional que existirá sobre los actos sancionatorios, se puede afirmar que puede constatarse que existe una estructura legal sancionatoria laboral con un marcado ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

1.3.3. Procedimiento para la aplicación de la sanción de multa de la Dirección del Trabajo

a. Marco administrativo

Conforme se señaló a partir de la facultad sancionatoria, no existe tratamiento legal pormenorizado que indique el proceso para la aplicación de la sanción de multa de la Dirección del Trabajo. En virtud de lo señalado, son circulares y actos administrativos los que orientan el proceder funcionario de la imposición de dicha sanción. Por lo que si deseamos conocer las formas y estructuras de procedimiento a las que se atiene el funcionario fiscalizador, corresponderá consultar el "Manual del Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo" y el "Tipificador de Hechos Infraccionales"[41].

Dichos documentos son los que, de forma práctica, han venido a materializar los mandatos generales establecidos en la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo y el Código del Trabajo, estableciendo reglas administrativas para la creación del acto sancionatorio de multa de la Dirección.

En palabras de la antigua Circular N°88, actualmente Manual de Fiscalización, esta trascendental materia no queda al arbitrio o subjetividad individual de cada fiscalizador o de cada oficina, sino que debe siempre responder a una política de aplicación de sanciones, que contemple efectivamente márgenes permitidos de discrecionalidad para el fiscalizador actuante. Al aplicar la multa, el fiscalizador deberá ceñirse a la política interpretativa en la materia, desarrollada a partir de la función normativa que la Dirección del Trabajo ejerce en sus dictámenes, lo que debiese garantizar la uniformidad en la sanción.

En específico, sobre la forma de su proceder respecto de la misma dictación del acto sancionatorio que hará el fiscalizador, el propio Manual prescribe que el funcionario, en la fiscalización, deberá establecer los hechos que resultan ser constitutivos de infracción[42]. Es el fiscalizador quien determina a la base de los hechos constatados, cuál es la norma infringida o bien cuál es el "Código Infraccional" que corresponde conforme al Tipificador de Hechos Infraccionales y Pauta para aplicar Multas Administrativas[43]. A partir de dicha decisión, deberá luego determinar él mismo, qué multa es aplicable rellenando debidamente todos los elementos requeridos para la dictación del Formulario FI-5, denominado "Resolución de Multa"[44].

---

[40] Cuestión que decididamente es relevante para efecto del principio *non bis in idem*, indica Mañalich, lo "que importa es dar cuenta de cómo se individua un delito, de modo tal de poder identificar bajo qué condiciones existe un único delito" (2018, p. 81).

[41] Manual de Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo. Versión 2.0, Agosto 2017. Orden de Servicio N°5 del 28 de julio del 2017.

[42] La fase conclusiva o resolutiva "corresponde a la presentación del resultado del análisis de los hechos investigados. Toda comisión debe tener asociado un término, ya sea que se hubiesen o no realizado todas las fases del procedimiento de fiscalización A continuación se presentan los tipos de término que se encuentran vigentes y habilitados en el sistema informático. • Con multa • Sin multa • No ubicado • Acumulado en • Eliminada por error • Eliminada por error de Ingreso • Desistido • Derivada a mediación Con Multa: debe utilizarse cuando habiéndose constatado infracción, ésta es sancionada, confeccionándose el respectivo Proyecto de Resolución de Multa Administrativa" (Manual de Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo. Versión 2.0, agosto 2017, p. 33).

[43] Tipificador de Hechos Infraccionales y Pauta para aplicar multas administrativas, p. 2. Lista de distribución de Códigos Infraccionales.

[44] Manual de Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo. Versión 2.0, Agosto 2017, pp. 38-39.

FI-5

Inspección ICT XXXXX
Domicilio XXXXXXX

Región	Inspección	Año	No. Fiscalización
N°	N°	N°	N°

RESOLUCIÓN DE MULTA(S) N° Número de Serie/Año/Fiscalización

Fecha: XX de XXXXX del año XXXX

VISTO:

Que, con fecha _____ de _____ de _____, en el curso de fiscalización, efectuada por el fiscalizador Sr(a) _____que suscribe, al empleador _____, R.U.T. _____, con domicilio en _____, comuna de _____, representado legalmente (Art. 4° Código del Trabajo) por _____, R.U.T. _____, se constata lo siguiente:

DESCRIPCION DE LA INFRACCIÓN

CONSIDERANDO:

1.- Que, el(los) hecho(s) descrito(s) configura(n) la(s) infracción(es) que se encuentra(n) prevista(s) y sancionada(s) por la(s) norma(s) legal(es) que a continuación se indica(n):

N°	ENUNCIADO INFRACCIÓN	NORMA INFRINGIDA - SANCIONADORA
1	DESCRIPCION DE INFRACCION SEGÚN TIPIFICADOR DE INFRACCIONES	SEÑALAMIENTO DE ARTÍCULO DEL CÓDIGO O NORMA SEGÚN TIPIFICADOR DE INFRACCIONES -

☐ Respecto de las infracciones a normas previsionales se adjunta **ANEXO** detallando trabajadores involucrados, períodos con infracción (mes/año) e instituciones previsionales, el que es parte integrante de la presente para todos los efectos legales, incluso para la notificación.
2.- Las facultades que me confieren los artículos 503 del Código del Trabajo; 19 del D.L. N° 3.500, de 1980; artículo 185 del D.F.L. Nº 1, de 2005 del Ministerio de Salud; 10 de la Ley 19.728; y los D.F.L. Nº 2, de 1967, y 238 de 1963, ambos del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

RESUELVO:

Ilustración N°1: Formulario de Multa de la Dirección del Trabajo

b. Calificación sancionatoria

Conforme se indicaba, es la propia Dirección del Trabajo a través de su fiscalizador la que, bajo el mandato general de fiscalización y sanción de las infracciones laborales, efectúa un análisis a partir de un catálogo propio serial, extraído de cada uno de los artículos y leyes especiales laborales[45]. En dicha labor utiliza directamente el mencionado documento "Tipificador de Infracciones Laborales". Sin ser materia del presente trabajo, se efectuarán determinadas observaciones sobre el acto de calificación[46], desde la óptica del principio de legalidad y el de reserva legal[47] [48].

En efecto, cabe señalar que el mencionado "Tipificador" levanta una serie de alertas al cumplimiento de las garantías del derecho administrativo sancionador, desde incluso su mismo uso de la palabra tipificación[49]. En este sentido, siendo la herramienta base para el fiscalizador en el acto sancionatorio, llama la atención que, como se dijo, no tenga el carácter de reglamento, ni sea manifestación de la potestad reglamentaria, y se constituya en un documento *sui generis* especialísimo del área laboral que, no obstante lo señalado, es referido muchas veces con la solemnidad de un verdadero "Código Penal Laboral". Eduardo Cordero Quinzacara, en su reciente artículo "Los concursos infraccionales en el Derecho Administrativo Sancionador chileno", cuestiona dicha facultad de la Dirección del Trabajo, calificando de dudosa su legalidad y los efectos vinculantes de la regulación contenida en el "Tipificador" (Cordero, 2020).

La labor efectuada por la Dirección del Trabajo en dicho documento no es una simple extracción de la norma legal, como se podría entender. De una atenta lectura es posible verificar que en la sistematización de su catálogo de sanciones se encuentra la manifestación de una forma de comprensión y entendimiento que efectúa la institución administrativa de la normativa legal, traduciéndola a clave sancionatoria, propendiendo muchas veces a ejecutarse al improcedente modo de una pena automática (Enteiche, 2017, p. 47).

[45] En el mismo sentido, se ha sostenido que no podría denegarse dicha facultad, puesto que bastaría con negar la existencia de una relación laboral para que el ente fiscalizador quedara privado de toda posibilidad de cumplir la obligación que el propio ordenamiento jurídico le ha impuesto. A consecuencia de ello, se ha justificado la dotación de una facultad de calificación sancionatoria de espectro amplio a la institución administrativa. Sin desconocer el enorme valor social de la labor de la Dirección del Trabajo, para esbozar un lineamiento propio al respecto, estimo debe ser aterrizado desde lo laboral a lo estrictamente administrativo; puesto que las actuaciones administrativas que una institución sancionatoria realice para obtener el propósito jurídico de la misión legal que le ha sido encomendada, no están exentas de someterse al debido proceso administrativo. De esta forma, se podrá concordar que, aun manteniendo un rol determinante en la vida de la relación laboral, su protección no justifica que en sus actos sancionatorios puedan ser tolerados actos que vulneran el principio de legalidad constitucional.

[46] Este proceso lógico para la determinación de una sanción administrativa ha sido dividido tradicionalmente a nivel doctrinal comparado en las siguientes etapas: 1) Tipificación, 2) Calificación, 3) Graduación, 4) Cuantificación (Sánchez-Terán, citado por Cervilla y Jover, 2017, p. 117).

[47] En primer lugar, respecto del contenido sustantivo de la calificación del acto sancionatorio, se ha sostenido por un conjunto de sentencias de la Corte Suprema, que es indispensable que la autoridad administrativa esté dotada de un poder amplio sancionador. Se indica que solo así cumple debidamente su función administrativa, siendo indispensable el ejercicio de una calificación jurídica para esa labor.

[48] Sentencia Corte Suprema Rol 2523-2013.

[49] Sin duda, la tipicidad administrativo-sancionatoria no mantiene el mismo alcance que la penal, donde también la doctrina ha efectuado el tránsito adecuándola al propósito administrativo. Así, sin perjuicio de considerarse a nivel comparado como una etapa de la sanción administrativa, se debería tener presente que, si efectuamos la traslación del término a lo sancionatorio laboral local, se debería advertir que transita por un campo de menor densidad regulatoria, haciendo necesario de forma inmediata que se matice severamente la estructura del término. Ello no implica que no pueda ser aplicada, pero corresponde realizar las prevenciones debidas en la argumentación a efectos de internalizar que quien tipifica no es la Administración.

Ejemplo:

CÓDIGO	NORMA LEGAL INFRINGIDA Y SANCIONATORIA	ENUNCIADO DE LA INFRACCIÓN	HECHO INFRACCIONAL (TIPIFICACIÓN)	CATEGORÍA INFRACCIONAL
1004-a	Artículos 7 y 506 del Código del Trabajo.	No otorgar el trabajo convenido.	No otorgar el trabajo convenido en el contrato de trabajo que consiste en...,durante los días (dd/mm/aa), respecto del trabajador con (doña)...	GRAVÍSIMA
1004-b	Artículos 7 y 506 del Código del Trabajo.	No pagar (entregar) beneficios contractuales.	No (pagar) - (entregar) los beneficios contractuales, acordados libremente por las partes, al (a la) trabajador(a) don (doña)..., respecto del beneficio y períodos siguientes:	GRAVE

Ilustración N°2: Extracto de tabla de Tipificador de Infracciones

A partir de ello, a nivel doctrinal se le ha criticado a la Dirección del Trabajo, aplicar una suerte de subsistema de responsabilidad objetiva, que por evitar la discrecionalidad de su funcionariado termina por mantener una estructura sancionatoria de baja vinculación con la norma (García, 2015[50]. En el mismo sentido crítico, el denominado "Tipificador" ha sido calificado por algunos como una "tipificación en blanco"[51], por responder mayormente a un mandato sancionatorio general más que específico, así como se le ha destacado la ausencia de "efectos vinculantes de este tipo de regulación" administrativa, controvirtiendo derechamente su legalidad (Cordero, 2020).

El escenario aporta más incertezas si constatamos la baja estabilidad de los instrumentos jurídicos implementados. En efecto, el "Manual de Fiscalizador" declara la posibilidad de modificación de los parámetros que se consignan: "El Tipificador se encuentra en constante revisión y actualización en conformidad con las modificaciones y/o nuevas disposiciones legales, siendo en el último tiempo, publicadas las versiones actualizadas en la página de inicio del sistema informático"[52]. Por consiguiente, no se caracteriza por mantener un alto grado de fijeza (Navarrete, 2020, p. 30), siendo objeto de revisiones constantes. Así, en la redacción del presente trabajo fueron conocidos tres documentos

[50] Fallo TC La Sebastiana: ¿cuestión de constitucionalidad o legalidad? *El Mercurio Legal.* Recuperado de: https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904319&Path=/0D/CC/ [fecha de consulta: 1 de abril de 2020].

[51] Llama la atención de una publicación efectuado por un propio fiscalizador de la Dirección del Trabajo, que, en su rol de académico, efectúa la siguiente crítica: "Sin embargo, los fiscalizadores de la Dirección del Trabajo, no aplican a su criterio un monto dentro de esos rangos, sino que aplican un monto definido a priori por la regulación interna de la Dirección del Trabajo, en específico el "Tipificador Infraccional". A la luz de lo anterior podríamos decir que por regla general el tipo infraccional corresponde a una tipificación en blanco, toda vez que, existe una remisión a la generalidad de preceptos de la normativa laboral, la cual por cierto no está redactada con la fórmula propia de un Código Penal" (Navarrete, 2020, p. 19).

[52] Manual de Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo. Versión 2.0, agosto 2017, pp. 38-39.

"Tipificadores" distintos publicados sucesivamente por la Dirección del Trabajo en su página web, que incluyeron modificaciones a las series y correlativos infraccionales [53] [54].

Lo que termina por caracterizar un escenario sancionatorio con menor densidad normativa que en otras áreas administrativas, en el entendido de que la hipótesis de hecho que acarrea la sanción en el caso determinado, se implementa con la ayuda de la sistematización de un documento administrativo basado en una norma no administrativa y no expresamente sancionatoria, como resulta ser el Código del Trabajo (Enteiche, 2017, p. 47).

c. Redacción del formulario de multa

Para continuar con el procedimiento administrativo fiscalizador, se debe decir que, tras el acto de calificación, la instrucción interna de la Dirección del Trabajo ordena que la redacción del mismo formulario de multa sea acuciosa y fundada debidamente[55] [56].

En cuanto a la conformación del instrumento definitivo, define la circular que la Resolución de Multa será un instrumento único, por consiguiente, en este deben consignarse todas las infracciones emanadas de un mismo procedimiento "inspectivo", independiente de la unidad monetaria en que se expresen las diferentes sanciones (ORD. N°3316/59.28-jun-2016 de la Dirección del Trabajo). En definitiva, dentro de una misma serie o formulario podrán existir numerosas multas que penden del mismo proceso fiscalizador.

En particular, cabe señalar que la redacción del formulario de multa, sin perjuicio de la celeridad con que se ejecuta, exige al fiscalizador una alta calidad técnica, puesto que mandata que se incluya en un breve espacio de descripción cada uno de los elementos de hechos necesarios para fundar la aplicación de la norma de derecho que se estima infringida.

[53] Véase Tipificador de Infracciones Laborales (febrero de 2020) de la Colección de Manuales Prácticos en la edición preparada por Edig Limitada. Editorial Libromar.

[54] Han existido Tipificadores Infraccionales anteriores al actual que tiene fecha de junio de 2020, tales como, el de 29 de enero de 2016 y el de 11 de abril de 2019. Al momento de modificarse no existe ninguna resolución, circular o manifestación de la potestad reglamentaria que se ejerza. Solo se actualiza en la página web de la Dirección del Trabajo.

[55] Sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo RIT I-213-2013: "Que al efecto, cabe tener presente que de la sola lectura de la multa cursada y que fue objeto de la reconsideración en estudio, se desprende que esta no se condice con lo establecido por el legislador en el inciso cuarto del artículo 41 de la Ley 19.880, la que señala claramente que las resoluciones dictadas por órganos de la administración pública deben ser fundadas, lo que además debe necesariamente relacionarse con lo establecido en el artículo 11 del mismo cuerpo legal recién aludido, que reconoce el "Principio de Imparcialidad", el que establece que: "La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte".

[56] Se trata de un reproche que de forma frecuente se encuentra en los reclamos de multa que se acogen. RIT I-147-2011 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo: "En ese sentido cabe tener presente que, cuando el Estado ejerce la facultad sancionatoria sobre particulares quienes sólo pueden impugnar tales actos a través de los mecanismos que el mismo estado prevé al efecto, es absolutamente necesario para los particulares que las resoluciones recurridas cumplan con un estándar mínimo que permitan comprender los motivos de la decisión, exigencias que se encuentra claramente establecida en la constitución política en su artículo séptimo, como también el propio DFL Nº 2 del año 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de dicho Servicio, como en la Ley N° 18.575, Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado; y, como se ha indicado previamente, la resolución de multa parece, al menos en su redacción, decir relación con una infracción distinta de aquella respecto de la cual la parte se defiende, la parte reclamada ha fundado sus defensas en este juicio en que no se cumplió el punto séptimo de la resolución N°001271/256, lo que no se indica en la resolución de multa, por lo tanto el Tribunal se va a pronunciar sobre lo que indica la resolución de multa original, en tal sentido y teniendo presente que además este reclamo en realidad no ha sido interpuesto contra la resolución de multa, si no que contra la resolución de reconsideración, la resolución de reconsideración en particular lo que señala es que en su anexo de fundamentación, señala que la resolución de la Dirección del Trabajo que accede a la centralización de documentación, señala en su punto séptimo que la empresa está obligada a mantener copia de la documentación laboral y previsional de los trabajadores en el establecimiento de donde se efectué el procedimiento respectivo, lo que no ocurre en este acaso".

En virtud de lo señalado, se exige por la Dirección del Trabajo, que el contenido de la multa resulte ser autofundante, pues debe comprender, aún resumidos, todos los elementos esenciales establecidos en el curso de la fiscalización, y está destinado no solo a aplicar la sanción, sino que se le exige informar y convencer al fiscalizado de la necesidad social de la misma ante su conducta infraccional[57]. Por consiguiente, su redacción, se puede concordar, se trata de un acto de carácter complejo[58].

d. Determinación de la cuantía

Como se había anticipado, respecto de la determinación de la cuantía se encuentran las escasas normas regulatorias de la actividad que le asignan expresamente un valor especial a cada multa en función de la cantidad de trabajadores de la empresa. Los valores legalmente determinados de las multas se expresan en unidades reajustables, la Unidad Tributaria Mensual (UTM), sin perjuicio de casos específicamente legislados, en que se expresan en sueldos vitales, los cuales deben convertirse a ingresos mínimos no remuneracionales:

i) Para la microempresa y la pequeña empresa, la sanción podrá ascender entre 1 y 10 unidades tributarias mensuales.

ii) Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales.

iii) Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales.

iv) La infracción a las normas sobre fuero sindical se sancionará con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales (Artículo 506, Código del Trabajo).

En virtud de lo señalado, nuestro sistema de cuantía sancionatoria de las multas laborales sigue el parámetro de dar mayor sanción a aquellas empresas que tienen mayor cantidad de trabajadores, sin establecerse consideración alguna respecto de la capacidad económica de estas. El Tribunal Constitucional en determinadas oportunidades conociendo vía inaplicabilidad, ha objetado precisamente este criterio de asignación de cuantía por advertir que pudiera contravenir el sentido común de la proporcionalidad en la distribución de riquezas empresariales[59] [60]. Más indeterminación existe aún respecto de qué será efectivamente más grave, no existiendo parámetro laboral administrativo cierto.

Inclusive, la Dirección del Trabajo a través de la instrucción administrativa de la Circular N°93 de 2011, ordenó no

[57] Manual de Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo. Versión 2.0, Agosto 2017, p. 38.
[58] A efectos de concluir con la descripción del proceso sancionatorio, cabe señalar que conforme el Manual del Fiscalizador, debe cumplir adicionalmente con los requisitos formales de firma del fiscalizador y señalamiento de Inspección y/o Unidad a cargo del proceso.
[59] De ninguna forma se puede pensar que una persona jurídica merece mayor pena o sanción si mantiene una mayor cantidad de trabajadores en su empresa. Esto es distinto a decir que en la infracción se vieron involucrados una mayor cantidad de trabajadores, que es un criterio distinto y suena efectivamente más acorde con el parámetro de la proporcionalidad. De acuerdo con este valor se debe procurar que las sanciones produzcan "el abandono de consecuencias idénticas a las transgresiones que las motivan". Cuestión que decididamente no ocurre si fijamos el patrón en una circunstancia que no responde necesariamente ni a un patrón de mayor índice de lesividad de la falta ni a una mayor capacidad económica del empresario (Enteiche, 2017, p. 35).
[60] Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 7554 -2019.

valorar las agravantes o atenuantes, al momento de la determinación de la cuantía de la sanción de multa. Lo que termina por consolidar un sistema legal sancionatorio laboral apartado mayormente de las circunstancias materiales del acto infraccional[61] [62] [63] [64]. Interesante en este ámbito, se vuelve la discusión actual sobre el Proyecto de Ley de Modernización de la Dirección del Trabajo que prometería un tránsito a la posibilidad de cualificación de gravedad en relación con el tenor de la infracción, lo que podría llevar a terminar con las problemáticas actuales observadas[65].

1.3.4. Formas de impugnación de la resolución de multa

Conforme se indicó, lo que sí se ha regulado normativamente en detalle, ha sido la posibilidad de recurrir en contra de la multa cursada por la Dirección del Trabajo. En efecto, al ser sancionado un empleador con una multa, en cumplimiento del principio administrativo de impugnabilidad[66], tendrá distintas vías para recurrir oponiéndose a la sanción administrativa cursada[67].

[61] En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional, Roles N° 5825 y N° 4990, que también impugnaron el artículo 506 del C. del Trabajo, pero a diferencia de los casos en análisis, las sentencias rechazaron tales requerimientos de inaplicabilidad.

[62] Por su parte, las oportunidades en que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, lo ha hecho sin declarar una posición estable y sus pronunciamientos solo han mantenido alcance a los respectivos requerimientos de inaplicabilidad. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional, en favor de la promoción del uso del Tipificador en materia de cuantía sancionatoria, ha indicado que este sería funcional a la protección. constitucional del trabajo del artículo 19 Nº 16° de la Constitución, al subrayar la ineludible función social que cumple la actividad. En efecto, entiende debiera propender a desterrar la idea que las leyes laborales pudieren permanecer en el estéril campo de las declaraciones programáticas. Así, en Rol N°2671, con fecha 01 de octubre de 2015, sostuvo que el desarrollo normativo de concreción de mandatos legales del Código del Trabajo sería compatible con los valores y derechos contemplados en la Constitución. En contraposición con aquello, el mismo Excelentísimo Tribunal ha sostenido su crítica en sentencias recientes Roles Nº 7554- 19 y 7555-19 de 03 de marzo de 2020, donde refiriendo a la labor de cuantificación de la sanción, ha efectuado reproches al proceder sancionatorio de la Dirección del Trabajo, dando cuenta de la insuficiencia de su documento administrativo para propender a una sanción proporcional.

[63] Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 7554 -2019.

[64] Cervilla y Jover (2017) pp. 46-47.

[65] Por Oficio N ° 16.241 del 29 de enero de 2021 se aprobó por la Cámara de Diputados el proyecto de ley sobre Modernización de la Dirección del Trabajo, correspondiente al boletín N ° 12.827-13.La norma aún no ha sido promulgada, no obstante, es atingente su cita a efectos de una descripción actualizada del estado de situación de la cuantía de la sanción de multa laboral: “Artículo 506 quáter.- Para la determinación del monto de la sanción, dentro de los rangos a que se refiere el artículo 506, la resolución indicada en el artículo 505-A incluirá una categorización de ellas, y las clasificará en leves, graves y gravísimas, para lo cual se considerarán como criterios la naturaleza de la infracción, la afectación de derechos laborales, el número de trabajadores afectados y la conducta del empleador”.

[66] Puede verse: Jara (2018).

[67] Aun no siendo un medio propiamente de impugnación, cabe consignar lo dispuesto por el artículo 506 ter del Código del Trabajo respecto de la sustitución: “ Tratándose de micro y pequeñas empresas, y en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad a los artículos 503 y 511 de este Código, el inspector del trabajo respectivo autorizará, a solicitud del sancionado, y sólo por una vez en el año respecto de la misma infracción, la sustitución de la multa impuesta por alguna de las modalidades siguientes: 1. Si la multa impuesta es por infracción a normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del organismo administrador de la Ley N° 16.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo. La presente disposición será igualmente aplicada por la autoridad sanitaria que corresponda, en aquellos casos en que sea ésta quien aplique la sanción. 1290 1291 2. En el caso de multas no comprendidas en el número anterior, y previa acreditación de la corrección, de la o las infracciones que dieron origen a la sanción, por la asistencia obligatoria del titular o representante legal de la empresa de menor tamaño, o de los trabajadores vinculados a las funciones de administración de recursos humanos que él designe a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que tendrán una duración máxima de dos semanas. La solicitud de sustitución deberá presentarse dentro del plazo de treinta días de notificada la resolución de multa administrativa. Autorizada la sustitución de la multa de conformidad a lo dispuesto precedentemente, si el empleador no cumpliere con su obligación de incorporarse en un programa de asistencia al cumplimiento o de asistencia a programas de capacitación, según corresponda, en el plazo de 60 días, procederá al aumento de la multa original, el que no podrá exceder de un 25 por ciento de su valor”.

a. Formas de impugnación de la resolución de multa distintas a la reclamación judicial[68]

1) Recurso de reposición/ jerárquico / extraordinario de revisión: Cabe señalar de forma genérica que el artículo 10 de la Ley 18.575, dispone que:

Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, y cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.

Luego, conforme lo señalado en el artículo 59 de la Ley 19.880, podría ser ejercido dentro de los cinco días hábiles contados desde su notificación, ya que transcurrido dicho término se produce el desasimiento de la respectiva inspección, pudiendo la multa ser modificada a solicitud de parte solo por el Director de Trabajo (Aguayo y Skoknic, 2014, p. 79).

Sin perjuicio de ello, por Dictamen N°90944 del 16 de noviembre de 2015, ha sido la misma Contraloría General de la República que ha negado la procedencia de dichas acciones administrativas generales en materia laboral por existir instrumentos especiales previstos para ello[69]. En este sentido, sus causales son recogidas por los recursos administrativos judiciales especiales previstos para impugnar las resoluciones sancionatorias de la Dirección del Trabajo, y no resultan aplicables por incompatibles el recurso de reposición y el jerárquico. También, en este sentido, cabe señalar que la misma Dirección del Trabajo había establecido en dictámenes Ord. N°6190/314 de fecha 14 de octubre de 1997 y Ord. N°7222/369 de fecha 25 de noviembre de 1997, sobre el recurso jerárquico que contempla la Ley General de Bases, que este no era procedente en contra de la resolución de la Inspección del Trabajo respectiva, que resuelve una reconsideración a la multa aplicada (Aguayo y Skoknic, 2014, p. 79).

Finalmente, respecto del recurso extraordinario de revisión, cabe señalar que ha sido admitido a trámite en determinadas oportunidades[70] ante reclamaciones de multa administrativa, cuando han ocurrido algunas de las especialísimas hipótesis indicadas en el artículo 60 de la Ley 19.880[71]. Tiene un plazo para su interposición de un año con una contabilidad diferida de acuerdo con cada una de sus causales legales.

2) Acción de protección de la Constitución Política:

El recurso de protección corresponde a una acción de carácter constitucional, que tiene como propósito que la Corte de Apelaciones respectiva ponga pronto remedio para restablecer el imperio del derecho y asegurar la

[68] La Ley 19.880 en la Bases del Proceso Administrativo considera también el recurso de invalidación que procede por razones de ilegalidad en la dictación de la multa (forma y fondo); plazo de dos años contados desde la notificación de multa. No fue incluido por no existir antecedente de su ejercicio.

[69] Dictamen de Contraloría General de la República: "Por otra parte, en lo referido al procedimiento de impugnación de estas multas, cabe señalar que esta Contraloría General ha informado, en el dictamen N°9494 de 2007, que no procede interponer los recursos de reposición y jerárquico contemplados en los artículos 10 de la Ley N°18.575 y 59 de la Ley 19.880. Ello pues el Código del Trabajo contempla medios especiales para impugnar tales sanciones-previstos en sus artículos 503, 511 y 512, por lo que no concurren los supuestos para aplicar estos recursos con carácter supletorio, al no existir en este caso un vacío legal solucionable por esta vía".

[70] Existe un antecedente medianamente reciente respecto de su procedencia en el Dictamen N°18573/2017 de la Contraloría General de la República.

[71] Artículo 60 de la Ley 19.880: "a) Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento; b) Que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieren documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento; c) Que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y d) Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado".

debida protección del afectado, de la privación, de la perturbación o de la amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que la misma Constitución señala, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, cometidos por particulares o por el Estado o sus agentes, a través de las providencias que juzgue necesarias (Aguayo y Skoknic, 2014, p. 89). En este caso se exige, para que sea acogido, que el acto de dictación de multa haya infringido alguna de las garantías constitucionales amparadas por el recurso de protección (generalmente, se ha alegado libertad económica, debido proceso y no ser juzgado por comisiones especiales (Lizama, 1998, pp. 150-161), y que el mismo acto no se haya reclamado por otra vía idónea al efecto.

El plazo contemplado para interponer el recurso es de treinta días corridos y fatales contados desde la ejecución del acto u omisión, o, según la naturaleza de estos, desde que haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos[72].

Se trató de una vía que fue muy frecuentada en la litigación de los años noventa, para recurrir en contra de multas de la Dirección del Trabajo. Sin embargo, las Cortes fueron poco a poco volviéndose más renuentes a emitir resolución respecto de este tipo de acciones, reservándose su pronunciamiento para los actos de autoridad laboral abiertamente arbitrarios o donde las circunstancias hayan impedido dirigirse por vía ordinaria. Este tránsito provino del asentamiento del criterio de conocimiento de multas laborales de *ultima ratio* en sede constitucional por existir un procedimiento ordinario especialmente previsto para ello[73].

3) Reconsideración administrativa del artículo 511 y 512 del Código del Trabajo: Existe una posibilidad prevista por el Código del Trabajo y complementaria con el reclamo judicial. Se trata de la facultad de recurrir en instancia administrativa ante la propia oficina de la Dirección del Trabajo que cursó la multa. Referida en el artículo 511, faculta al director del Trabajo, en los casos en que el afectado no hubiese reclamado judicialmente de la multa impuesta para reconsiderar las multas administrativas impuestas por funcionarios de sus dependencias en la forma siguiente:

1.-Dejando sin efecto la multa cuando aparezca de manifiesto en que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción. 2.-Rebajando la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción[74].

Se específica que este recurso administrativo deberá presentarse por solicitud escrita dentro del plazo de treinta días hábiles administrativos de notificada la resolución que aplicó la multa administrativa[75]. Posteriormente, se contempla en el artículo 512 del Código del Trabajo, la

[72] Autoacordado de Recurso de Protección de fecha a diecisiete de julio de dos mil quince.

[73] Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago Rol 11940-2008. "La recurrente, al tenor de dispuesto en los artículos 481 y 474 inciso 3º del Código del Trabajo, estuvo en su derecho para reclamar la resolución multa en la instancia administrativa o jurisdiccional correspondiente, ante el Director del Trabajo y/o la judicatura laboral, que por lo demás, reconoce como el camino idóneo cuando en el mismo recurso reconoce que las diferencias entre lo resuelto en la resolución multa y una resolución que le concede el beneficio de una jornada especial, corresponde que la conozca y resuelva en forma exclusiva la judicatura del trabajo. En el caso que nos ocupa, en razón de un motivo puramente de Índole económica, esto es, tener limitada su posibilidad para consignar el tercio de la Resolución multa para impugnarla judicialmente, circunstancia que, por lo demás, no se encuentra acreditada, la recurrente utiliza el recurso de protección, como sustituto del procedimiento de lato conocimiento que la ley contempla expresamente, donde pueden hacerse valer las alegaciones y pruebas que se estimen pertinentes, lo que en esta sede no resulta procedente por lo que se rechazará el recurso deducido por este capítulo".

[74] Conforme al Código del Trabajo la rebaja automática se concederá por el valor del 50% de la sanción si la infracción es corregida dentro de los quince días siguientes a la notificación. Si es micro o pequeña, en un 80%.

[75] Los días hábiles administrativos se cuentan de lunes a viernes. Por bastante tiempo se discutió cuál era el tipo de días que era aplicable a este plazo. Existiendo consenso actual sobre su contabilidad como días hábiles administrativos.

posibilidad de recurrir judicialmente en quince días hábiles ante los Juzgados de Letras del Trabajo, respecto de la resolución de reconsideración del director del Trabajo.

Dicho reclamo mantendrá la misma forma procesal de tramitación que el referido reclamo del artículo 503, que se tratará en el próximo apartado; difiriendo exclusivamente en el objeto de fondo la revisión que efectuará el juez de Letras, que en el caso del reclamo de multa apreciará de forma íntegra su contenido, en cambio por la revisión de la reconsideración, solo verificará la legalidad de dicha resolución con relación a lo dispuesto de forma anterior por la multa.

Por último, dentro de las actuaciones administrativas que se podían ejecutar ante la multa, derogado hace solo un tiempo, cabe referirse al recurso administrativo simplificado[76]. Por Orden de Servicio N°3 del 29 de marzo de 2012, la Dirección del Trabajo estableció un sistema alternativo de reconsideración administrativa de multas, denominado Recurso Administrativo Simplificado (RAS), destinado a aquellos empleadores que reconozcan la existencia de infracción y manifiesten su voluntad de corregirla[77]. Este medio solo operó respecto de infracciones susceptibles de corrección según enumeración de la misma Orden de Servicio, tratándose de un medio de uso infrecuentísimo ya que no fue incentivado debidamente por la autoridad administrativa [78].

b. Reclamo judicial de multa y de resolución que resuelve la reconsideración administrativa de multa

Revisados los que hemos denominado "otros medios de impugnación", corresponde ahora conocer el medio judicial especialmente previsto para el control jurisdiccional de los actos sancionatorios de la Dirección del Trabajo. Procedimiento regulado en el artículo 503 y 512 del Código del Trabajo, que permite accionar judicialmente de forma directa contra la resolución de multa o la resolución de la reconsideración administrativa[79].

El artículo 420 letra e) del Código del Trabajo, establece que son de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, entre otras, "las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social". Esta regla de competencia se complementa en el inciso tercero de su artículo 503, que dispone que:

> La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días hábiles contados desde su notificación. Dicha reclamación deberá dirigirse en contra del Jefe de la Inspección Provincial o Comunal a la que pertenezca el funcionario que aplicó la sanción.

Este reclamo debe contenerse en una demanda judicial, que deberá interponerse por escrito, y a la cual se le extienden cada una de las exigencias contempladas en el artículo 446 del Código del Trabajo.

El control jurisdiccional, entonces, se efectuará por el juez de Letras del Trabajo, en conocimiento de la resolución de multa o de la resolución que resuelve la reconsideración administrativa de multa, respecto de lo que cabe efectuar una leve distinción:

---

[76] Resolución Exenta N° 074. Deja sin efecto Sistema alternativo de reconsideración administrativa de multas y Orden de Servicio que indica.

[77] Los requisitos para acceder al RAS eran los siguientes: "Que se solicite formalmente acogerse al RAS y se acredite cumplimiento de la infracción sancionada dentro del plazo de 10 días corridos, ante la misma Inspección del Trabajo que da cuenta la multa. Si la presentación se hace en una Inspección que no es originaria de la sanción se deberá remitir a ésta en un plazo no superior a 2 días hábiles. Que no se haya ejercido el RAS por más de dos veces respecto del mismo Código de Infracción dentro de los últimos 12 meses. Que no se haya ejercido el RAS por más de 4 veces respecto de distintos Códigos de Infracción. Que haya sido colaborativo en el proceso de fiscalización".

[78] Circular N°16 de Departamento de Inspección de la Dirección del Trabajo. Imparte instrucciones sobre eliminación de Recurso Administrativo Simplificado RAS. 04 de febrero de 2015.

[79] De este modo, corresponderá al juez o al Legislador determinar en el caso concreto o en la regulación sectorial respectiva, la aplicación, extensión y adaptación de los principios constitucionales penales a este sistema administrativo sancionador (Gómez González, 2017).

1) Reclamo judicial de multa administrativa: el objeto del reclamo del artículo 503 previsto por la ley debe ser la rebaja, o que la multa sea dejada sin efecto, dependiendo de la prueba el fundamento del reclamo. La discusión para dejar sin efecto la resolución de multa de la Dirección permite que el ámbito de debate se extienda a puntos de derecho, como resultan ser alegaciones, tales como, que la multa no se ajusta a los parámetros que establece la ley, la inexistencia de la infracción o, por último, la hipótesis legal estricta del "error de hecho" del fiscalizador.

2) Reclamo judicial de resolución que resuelve reconsideración administrativa de multa: por su parte, el artículo 512 del Código, como se anticipó, establece la posibilidad complementaria de accionar judicialmente en contra de la resolución de la reconsideración administrativa ejercida ante la dictación de la resolución de multa. En materia procedimental, este tipo de proceso es esencialmente equivalente al de reclamación de multa. Sin embargo, se diferencia en que procesalmente mantiene un objeto más estrecho de hipótesis de reclamo, solo permitiendo al juez de Letras del Trabajo revisar la legalidad de la resolución del inspector que revisó la reclamación administrativa. En efecto, solo debe dejar sin efecto si aparece "de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho" o rebajar la multa por "haberse acreditado haber dado íntegro cumplimiento a las disposiciones legales".

De esta forma, en los procedimientos del artículo 512, en teoría más purista, no se debiera conocer directamente del fundamento sancionatorio de la resolución. Sin embargo, se hace presente como prevención, puesto que usualmente la práctica forense ha demostrado que se usa judicialmente como fundamento de rechazo de la reclamación, mas en los casos en que se acoge, los jueces del Trabajo examinarán el contenido mismo de la resolución.

Finalmente, la sentencia que resuelva el reclamo, sea por el artículo 503 o el 512, debe cumplir con todos los requisitos que establece el artículo 459 del Código del Trabajo y debe apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Este tipo de ponderación probatoria alcanza también a las presunciones simplemente legales, no existiendo disposición alguna que las exima de este tipo de análisis.

Dicha sentencia solo es susceptible de ser impugnada vía recurso de nulidad, en conformidad con el artículo 477 del Código del Trabajo y, a su vez, aquella sentencia que se pronuncia sobre el recurso de nulidad, no es susceptible del recurso de unificación de jurisprudencia por expresa mención de los artículos 502 y 503. Por eso, es que muchos de los conflictos presentados en este ámbito, no redundarán en un pronunciamiento unificador de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, como sí se da en muchas otras temáticas. Luego, cabe señalar, en orden a consideraciones prácticas, que se acepta la admisibilidad del recurso de queja ante la Corte Suprema, conociéndose muchos reclamos de multa en dicha excepcionalísima sede disciplinaria. No obstante, existe una marcada jurisprudencia de rechazo que estima que la sentencia que resuelve un recurso de nulidad no reviste el carácter de interlocutoria ni definitiva, por lo que muchos recursos de quejas son rechazados (Aguayo y Skoknic, 2014, p. 101).

2. Conclusión

De forma general se ha podido comprobar la enorme trascendencia y centralidad que la Dirección del Trabajo mantiene en el espacio de las relaciones laborales. Su determinante rol social queda de manifiesto en la atribución y ejercicio conjunto de facultades interpretativas, fiscalizadoras y sancionatorias en materia laboral. En efecto, su proceder administrativo mantiene una estructura multipropósito que ha ido, en virtud de sucesivas leyes, incrementando sus obligaciones. De tal forma que hoy en día, resulta imposible restringirla de manera unívoca en torno a un rol administrativo determinado. Sin embargo, este aglutinamiento de poderes y facultades no ha venido aparejado con una regulación normativa acorde con dicho crecimiento, lo que se ve reflejado en el análisis de la potestad administrativa revisada.

En este sentido, la función sancionatoria en la propia Ley Orgánica de la institución —el DFL N°2 de 1967— se encuentra regulada solo a partir del ejercicio de las funciones y atribuciones específicas de los inspectores o fiscalizadores, al establecer solamente sanciones de multas a partir de determinadas hipótesis de incumplimiento y desacato administrativo, sin regular un procedimiento general. En el mismo tenor, el Código del Trabajo da cuenta de la existencia de la facultad, y de forma extensa regula la mecánica judicial de su reclamación, mas no hace referencia al sentido, alcance y condiciones para su imposición. Por el contrario, la regulación efectiva del proceder de la administración en el proceso sancionatorio solo se encuentra mayormente en circulares, órdenes de servicio y documentos administrativos dictados por la misma Dirección del Trabajo, tales como, el "Manual de Fiscalización" (Antigua Circular N°88) y el denominado "Tipificador de Infracciones Laborales".

Dentro del escenario legal descrito, pudimos revisar el procedimiento administrativo para la aplicación de la sanción de multa, la regulación en materia de determinación de cuantía y los mecanismos judiciales de impugnación. Tratamiento que nos permitió efectuar un sinnúmero de consideraciones críticas en temáticas que han sido tratadas y definidas mayormente al nivel de circular administrativa.

Del análisis efectuado a la mecánica propia de un proceso de fiscalización-sanción, fueron surgiendo una serie de observaciones al mérito de los principios del derecho administrativo sancionador. Uno de los primeros puntos advertidos dentro de dichas consideraciones fue observar la inexistencia administrativa de traslado u oportunidad previa de descargos formales ante la constatación de infracción por parte de la Dirección del Trabajo. Sin perjuicio de las oportunidades prácticas que se efectúan por los fiscalizadores para complemento de antecedentes, se remarca que no existe un procedimiento legal administrativo que permita una oportunidad formal para ello. Lo que nos vincula con una segunda sugerencia de modificación, que refiere al hecho que sea el mismo funcionario quién detecta la infracción laboral y luego la sanciona. Parece ser recomendable la introducción de un tercer actor, un instructor o juez administrativo en el procedimiento, que pueda contar con mayor imparcialidad para resolver sobre la procedencia administrativa de la sanción con la exhibición de antecedentes.

Este impreciso contorno normativo de la facultad sancionatoria de la Dirección del Trabajo nos llevó al natural cuestionamiento sobre qué verdaderamente comprende hoy una infracción administrativa laboral y cuál es su relación normativa con el Código del Trabajo. En este punto, se destacó que, si bien es cierto existe un número importante de normas del Código que señalan, en específico, que su infracción será sancionada por la Dirección del Trabajo y el monto de ella, cabe señalar que la mayoría de las infracciones que cursa la máxima autoridad laboral lo hace en virtud del mandato general que el DFL N°2 de 1967 le concede a la Dirección del Trabajo por sobre la legislación laboral para la aplicación, fiscalización y sanción de las leyes sociales.

En este sentido, cabe establecer que el Código del Trabajo no es una ley administrativo-sancionatoria que identifique de forma previa y expresa cada supuesto de infracción a una determinada sanción. Por consiguiente, corresponde a la actividad administrativa, en cada caso particular, realizar el acto de vinculación de la descripción infraccional con la norma del Código del Trabajo que se estima infringida.

En virtud de ello, se pudo concordar que ningún cuerpo normativo establece qué se entiende específicamente por "infracción laboral". La sola mención del artículo 503 del Código del Trabajo no precisa si la fuente de la sanción referiría a una ley, a un decreto o, incluso, hasta a una disposición administrativa o dictamen. En este sentido, resulta indeterminado también cuál es el estándar de la norma que puede perseguir el organismo administrativo, lo que consolida un escenario complejo en el análisis operativo de la sanción administrativa laboral.

Su sentido y alcance se vuelve más difuso con la aplicación del mencionado documento "Tipificador de Infracciones Laborales". Este instrumento constituye una especie de catálogo administrativo sancionatorio que hace mención a cada norma solo de forma descriptiva, asociándola a una serie numeral de multa. A través de él a través del cual, razonablemente se ha buscado delimitar cuáles serán las situaciones de "infracción laboral" que deben sancionar los fiscalizadores en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, la escena jurídica laboral no debe olvidar que este "Tipificador" corresponde a un documento administrativo particularísimo, sin rango de circular, por cuanto, su aplicación debe ser observada atentamente en el control jurisdiccional que se efectúe en concreto respecto de cada acto sancionatorio.

En virtud de cada una de las consideraciones señaladas, se pudo concluir de forma práctica, que la Dirección del Trabajo ejerce una vasta facultad discrecional administrativa, puesto que conforme a su propia actuación puede establecer, en cada caso, la descripción de la infracción sobre la base de la lectura de la norma del Código del Trabajo, efectuándose, en cada caso particular, una vinculación de la potestad sancionatoria a la norma laboral específica que entiende infringida. En este sentido, el escenario sancionatorio laboral exhibe una menor densidad normativa que otras áreas administrativas, en el entendido de que la hipótesis de hecho específica que acarrea la sanción en el caso determinado, proviene solo por aplicación de un mandato genérico ejecutado al mérito abierto de una norma no administrativa y no expresamente sancionatoria, como resulta ser el Código del Trabajo.

Por lo mismo, deberá ser acuciosa la revisión que se realice en el Contencioso Administrativo Laboral, respecto de la descripción de la infracción que contenga cada resolución de multa; y así, examinar la vinculación que se haya hecho de la situación fáctica con la norma infringida de conformidad a los principios del derecho administrativo sancionador,

Por último, respecto de posibles reformas que se pudieran hacer cargo de algunas de las observaciones procedimentales efectuadas, convendrá en el futuro evaluar con atención y detalle el Proyecto de Ley sobre Modernización y Fortalecimiento de la Dirección Del Trabajo, correspondiente al Boletín N° 11.430-13, aprobado por la Cámara de Diputados. Una iniciativa legislativa que podría habernos acercado a una optimización del escenario de garantías administrativas en algunas de las temáticas tratadas. Sin embargo, lo que hoy en día nos revela preliminarmente el avance del proyecto de ley (oficio N° 16.208-21) son escasas respuestas a las observaciones efectuadas. Por lo que el examen y atención sobre la vigencia de las garantías del administrado en el presente procedimiento no deberá detenerse sino profundizarse, a efectos de configurar un proceso sancionatorio en estricta vigencia y defensa de los principios del derecho administrativo sancionador.

Referencias

Aguayo, C. y Skoknic, I. (2014). *Fiscalización Laboral y Reclamo de Multas Administrativas* (3ª ed.). Santiago de Chile: Legal Publishing.

Bermúdez S., J. (2011). *Derecho Administrativo General* (2ª ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Cervilla, M. J. y Jover, C. (2017). *Manual Básico de Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo.* Madrid: Tecnos.

Cordero, L. (2020). Los concursos infraccionales en el Derecho Administrativo Chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (31), 33-65.

Enteiche, Nicolás. (2017). *Las sanciones administrativas: el problema de proporcionalidad*. Valencia: Tirant Lo Blanc.

García, J. F. (2015). Fallo TC La Sebastiana: ¿cuestión de constitucionalidad o legalidad? *El Mercurio Legal*. Recuperado de: https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904319&Path=/0D/CC/ [fecha de consulta: 1 de abril de 2020].

Gómez Díaz-Romo, A., López, B. y Mayor, R. (2013). En Á. Quereda. (dir.). *Manual Práctico del Instructor de los Procedimientos Sancionadores Administrativos y Disciplinarios.* Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters.

Gómez González, R. (2017). El *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (49), 101-138.

Hormazábal, M. (2013). Problemas Actuales en la Aplicación de la Multa Laboral. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado Universidad de Chile* (4), 69-104. DOI: 10.5354/0719-5516.2015.35645

Jara Schnettler, J. (2018). La revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas y la garantía del recurso de plena jurisdicción. *Revista de Derecho Público* (89), 59-91.

Lizama Portal, L. (1998). La Dirección del Trabajo: Una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Mañalich, J. P. (2018). *Estudios sobre la fundamentación y determinación de la pena.* Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Navarrete, M. (2020). *Derecho Laboral Infraccional: Reflexiones del Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo.* Santiago de Chile: Editorial Hammurabi.

Nieto, A. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª ed. reformada). Madrid: Editorial Tecnos.

Nogueira, H. (2007). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo I.* Santiago de Chile: Librotecnia.

Poblete Jiménez, C. y Palavecino Cáceres, C. (2018). Derecho Penal del Trabajo. Santiago de Chile: Librotecnia.

Rodríguez, M. (2010). *La Inspección General del Trabajo: El surgimiento de la fiscalización laboral 1924-1934*. Santiago de Chile: Dirección del Trabajo. División de Estudios.

Salinas Bruzzone, C. (2019). Análisis crítico de las prerrogativas del Estado. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Vergara Blanco, A. (2004 año 11). Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte - Sede Coquimbo* Año 11 (2), 137-147. DOI:10.22199/S07189753.2004.0002.00008

Fuentes jurídicas nacionales

Proyecto de Ley. Ministerio del Interior. Boletín N°3475
Proyecto de Ley. Cámara de Diputados. Boletín Oficio N° 16.241- 2021.
Proyecto de Ley. Cámara de Diputados. Boletín Oficio N° 12.827-13.
Proyecto de Ley Sobre Modernización Y Fortalecimiento de La Dirección del Trabajo. (Boletín Nº 11.430-13).
Dictamen N°18573/2017 de Contraloría General de la República.
Dictamen ORD. N°3316/59.28-jun-2016 de la Dirección del Trabajo.
Circular N° 93 Chile. Dirección del Trabajo. del 26 de octubre de 2011.
Circular N°16 de Departamento de Inspección de la Dirección del Trabajo. Imparte instrucciones sobre eliminación de Recurso Administrativo Simplificado RAS. Dirección del Trabajo, 4 de febrero de 2015.
Circular N°46. Modifica Anexo 10 "Normas y Criterios para resolver solicitudes de reconsideración de multas". Dirección del Trabajo. Santiago, 2 de mayo de 2012.
Resolución Exenta N° 074. Deja sin efecto Sistema alternativo de reconsideración administrativa de multas y Orden de Servicio que indica. Dirección del Trabajo.
Tipificador de Hechos Infraccionales y Pauta para aplicar multas administrativas. Dirección del Trabajo. 2020.
Tipificador de Infracciones Laborales. Dirección del Trabajo. Colección de Manuales Prácticos. Edición preparada por Edig Limitada. Editorial Libromar. Febrero 2020.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional Sentencia Rol N° 2495-2013.
Tribunal Constitucional Sentencia Rol N°2671-2014.
Tribunal Constitucional Sentencia Rol 7554-2019.
Tribunal Constitucional Sentencia N° 2346-2012.
Corte Suprema. Auto Acordado de Recurso de Protección (17.07.2015).
Corte Suprema. Sentencia Rol N° 887-2008.
Corte Suprema Sentencia de Rol 18865-2019.
Corte Suprema Sentencia Rol 2523-2013.
Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia Rol 11940-2008
Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia Rol N° 212-2006.
Segundo Juzgado de Letras del Trabajo Sentencia del RIT I-213-2013.
Segundo Juzgado de Letras del Trabajo Sentencia del RIT I-147-2011.

Luis Alfonso Herrera Orellana

laho76@gmail.com
Recibido: 26.11.20
Aceptado: 02.03.21

La calificación de actividades de prestación como servicio público: revisión crítica desde criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico

The qualification of provision activities as a public service: critical review from substantive criteria provided by legal realism

Resumen: El trabajo plantea críticas a la calificación por las autoridades como servicio público de ciertas actividades solo a partir de criterios formales y tópicos, argumenta a favor de considerar en tal proceso criterios sustanciales aportados por el realismo jurídico y demuestra la factibilidad de utilizar esos criterios al considerar el calificar o no como servicio público a actividades de prestación dirigidas a satisfacer necesidades públicas.

Palabras clave: servicio público; realismo jurídico; criterios sustantivos; determinación.

Abstract: The work criticizes the authorities' assessment of particular activities as a public service, solely based on formal and topical criteria. Moreover, it argues in favor of considering substantial criteria in said process, provided by legal realism. It also demonstrates the feasibility of using these criteria assessing a public service as rendering activities aimed at satisfying public needs.

Keywords: public service; legal realism; substantial criteria; determination.

Cuando las autoridades de un país deciden calificar una determinada actividad de prestación como "servicio público" (Cassagne, 2017, pp. 118-119) tal decisión se reputará conforme a derecho aunque dichas autoridades solo hayan considerado: (a) si tienen competencia para ello; (b) la importancia política de la actividad -por ejemplo, el suministro de electricidad, los servicios sanitarios, la recolección de desechos sólidos, el transporte terrestre, el servicio de telefonía, etc.-; y (c) que no existan normas positivas que le prohíban tomar esa decisión.

La juridicidad de esa calificación no se cuestiona cuando el servicio público implica sustraer la actividad por entero del ámbito de libertad económica de los particulares, a través de una reserva de actividad, y tampoco cuando implica dejarla abierta a la libre iniciativa privada pero sujeta a potestades del Estado que exceden la fiscalización, situación observada incluso cuando el derecho positivo de un país adopta el "nuevo servicio público" (Peña Solís, 2009, p. 377; Ariño Ortiz, 2004, p. 599; De La Cuétara, 1997, p. 134).

En tal sentido, sea que se aplique en su versión más intensa de "servicio público tradicional" o en su versión menos intensa de "nuevo servicio público", esta teoría siempre evoca, en el entendimiento de las autoridades y de la dogmática administrativa en general, la idea de que se está ante prestaciones que, por su importancia para las personas, deben concebirse como una función o una actividad estatal.

Por vía de consecuencia, en ningún caso o solo en un sentido muy relativo, cabe considerarlas como actividades efectivamente privadas, desarrolladas en ejercicio de derechos como la libertad económica y la propiedad privada (Silva Cimma, 1995, p. 12; Muñoz Machado, 1998, p. 32; Rojas, 2014a, p. 178).

La calificación de actividades como servicio público está, en principio, reservada a la ley. Sin embargo, también suele ser aplicada por autoridades administrativas, contraloras y hasta judiciales, al ejercer potestades normativas y jurisdiccionales[1]. De allí la relevancia de estudiar su uso en cada derecho positivo.

En cualquiera de esos casos, en general, lo que las autoridades toman en cuenta como criterios jurídicos de obligatorio cumplimiento para calificar, a través de enunciados normativos o de interpretaciones, como servicio público una actividad de prestación, son los criterios antes referidos, relativos a la competencia, a la importancia de la actividad y a la inexistencia de prohibición de actuar de ese modo[2].

Se trata de criterios formales que acreditan la habilitación jurídica del órgano decisor para proceder a calificar como servicio público una actividad. Asimismo, de criterios tópicos[3] que dependen de elementos contingentes y circunstanciales, como el "interés público", la "utilidad pública" o la "función pública", dúctiles para vincular una actividad de prestación determinada con la noción de servicio público.

[1] En Chile son ejemplo de esto los fallos de la Corte Suprema de Justicia roles Nos. 4365-2015, de 29 de julio de 2015, 8.268-2012, de 28 de enero de 2013, 73.923-2016, de 25 de junio de 2018, 5.308-2009, de 30 de noviembre de 2009 y 9.047-18, de 08 de octubre de 2018, así como los dictámenes de la Contraloría General de la República Nos. 042008N07, de 13 de septiembre de 2007 y 011781N18, de 09 de mayo de 2018.

[2] Se trata de una comprensión formalista, desvinculada de criterios sustantivos, del principio de juridicidad previsto en el inciso primero del artículo 7º de la Constitución chilena, según el cual "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

[3] Con la palabra "tópicos" aludimos a la idea de lugar común, no a la de "repertorios de puntos de vista", en el sentido propuesto por Viehweg (García Amado, 1987, p. 167)

Como lo muestra la experiencia[4], al calificar como servicio público a una prestación las autoridades no atienden a criterios sustantivos como los propuestos por la concepción realista del derecho (en adelante, "realismo jurídico"). Para ésta, al dictar e interpretar el derecho se deben tener presente criterios de razón práctica, advertidos desde la antigüedad hasta nuestros días a partir del reconocimiento del dinamismo propio de la persona humana, la sociedad y la autoridad (Hervada, 2011, p. 92), y los resultados positivos que para la vida en común se siguen de observar esos criterios en la actividad jurídica.

Con la expresión *criterios sustantivos* nos referimos a conceptos, principios y métodos como naturaleza humana, bienes humanos básicos, subsidiariedad, principios de razón práctica y la determinación del derecho positivo.

Consideramos que limitar el análisis de juridicidad de la calificación como servicio público de una actividad al cumplimiento de criterios formales y tópicos, y de forma incidental a otros de tipo utilitario o económico, permite a diferentes autoridades de un país el definir de forma coactiva si debe ser el Estado o los particulares quienes actúen como titulares en el desarrollo de prestaciones vinculadas con necesidades públicas, sin considerar criterios sustanciales acerca de los roles propios que al Estado y a los particulares les corresponde desarrollar en garantía del bien común.

Según lo expuesto, y considerando la probabilidad de que el servicio público sea uno de los asuntos de discusión en el proceso de cambio constitucional a desarrollar en Chile en 2021, este trabajo objeta la práctica institucional de calificar como servicio público a prestaciones considerando solo criterios formales y tópicos, argumenta en favor de considerar criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico al considerar el empleo de esa calificación, y ofrece razones sobre lo conveniente y factible que resulta utilizar esos criterios para decidir si emplear o no la calificación de servicio público en situaciones concretas.

---

[4] En Colombia la declaratoria legislativa de internet como servicio público se justifica en el propósito de "impulsar el desarrollo y la conectividad de las provincias y regiones más pobres y necesitadas para lograr hacer un cierre de la brecha digital" (recuperado de: https://bit.ly/3q0mwtR, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]) no en la indicación de cómo la declaratoria creará incentivos hoy no existentes para fortalecer el servicio, cómo se estimulará al sector privado a invertir y cómo se aumentará el acceso y la calidad del mismo. En Costa Rica la declaratoria legislativa de la función judicial como servicio público se justifica en la necesidad de "prohibir la huelga en varios servicios judiciales" que "inciden en el funcionamiento y organización del Poder Judicial" (recuperado de: https://bit.ly/3nUAWd9, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]), no en cómo dicha declaratoria mejorará la calidad, regularidad y acceso al servicio, pues solo se busca prohibir huelgas en el sector y sancionar a los que las realicen. En Italia la declaratoria mediante decreto presidencial de la cultura como servicio público se justifica a partir de la necesidad de "…evitar lo sucedido (…) en el Coliseo romano, cerrado por una asamblea sindical" (recuperado de: https://bit.ly/2lZx5gd, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]) es decir, no se ofrecen razones relativas a la continuidad, universalidad y calidad del servicio, limitándose la autoridad a prohibir huelgas bajo amenaza de sanción y a asegurar el cobro del precio por acceder a "la cultura". En España la declaratoria mediante decreto ley de la Comunidad Autónoma de Valencia de la actividad de selección y clasificación de envases ligeros con reserva de titularidad autonómica se justifica en la necesidad de consolidar "una base sólida para la gestión pública del servicio de selección y clasificación de envases ligeros y residuos de envases recogidos en la vía pública y ecoparques" que presta una empresa pública de la misma Comunidad llamada "VAERSA" (recuperado de: https://bit.ly/3q4XLNk, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]), sin explicar por qué era necesario crear un monopolio estatal para que una actividad que ya era prestada por el Estado sea ahora más regular, continua, accesible, etc. En Ecuador la declaratoria legislativa por iniciativa presidencial de hace unos años como servicio público de las comunicaciones se justificó en la consideración según la cual "el servicio público es una prestación necesaria para todos los habitantes de un Estado; por lo tanto, es el Estado quien debe proveerlo o regularlo. Ese es el concepto" (recuperado de: https://bit.ly/33jLWZP, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]), de modo que, al margen de la continuidad, la calidad, la universalidad, etc., la razón de la declaratoria fue reafirmar el poder estatal de regular, controlar y fiscalizar, además de prestar el servicio en cuestión, sin considerar los roles que en dicha tarea han de desempeñar de forma regular la autoridad y los grupos intermedios. Finalmente, en Argentina la reciente declaratoria mediante decreto presidencial de "necesidad y urgencia" como servicio público de las actividades de telefonía, internet y la televisión paga tiene por fundamento el "garantizar el acceso a los mismos (servicios) para todos y todas" y recuperar "herramientas regulatorias que el gobierno anterior (…) quitó al Estado. El derecho de los usuarios y consumidores es un derecho constitucionalmente reconocido. En lo sucesivo, no podrá haber ningún aumento sin la previa aprobación del Estado" (recuperado de: https://bit.ly/2JgUWry, [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]), sin indicar si el Estado pasará a ser un proveedor adicional del servicio o si subsidiará, invertirá, auxiliará e incentivará a los proveedores privados para que amplíen el acceso y la cobertura, así como la continuidad o la calidad, siendo las únicas razones específicas el obligar a prestar el servicio a los privados y el establecer un control de precios de esos servicios, vía conversión del precio en tarifa pública.

1. La calificación como servicio público de actividades de prestación considerando solo criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos

Como lo sostiene Massini (1980, p. 15) el triunfo en Occidente del pensamiento racionalista hizo que la voluntad y la convención derivada de aquélla se erigiesen en fuente última y única del derecho, generando así escepticismo frente principios de justicia universales o comunes a toda sociedad. Si bien tal paradigma mantuvo diferenciado por un tiempo lo espontáneo de lo organizativo (Martínez, 2009, p. 195), es decir, el derecho privado del derecho público, poco a poco terminó por debilitar esa distinción al pasar a considerar que todo podía ser configurado o reconfigurado desde la razón y la voluntad.

Tal abandono de la distinción señalada operó, primero, a partir de la progresiva invasión de lo convencional público en el ámbito reservado a lo natural privado y, a la larga, en la negación de toda *ley de la legislación* (Hayek, 2006, p. 155), o límite diferente a la voluntad humana, al definir qué es derecho en cada sociedad a través de la legislación, la Administración y la jurisdicción.

1.1. Voluntarismo, racionalismo, derecho administrativo y servicio público

A partir del predominio del racionalismo ilustrado, esto es, de la "actitud de quien se confía a los procedimientos de la razón para la determinación de creencias o técnicas en un campo determinado" (Abbagnano 1995, pp. 976-977), serán excepcionales los límites que tendrán en las sociedades la voluntad de los gobernantes o la mayoría democrática.

Solo la voluntad de la autoridad, guiada por una razón teórica y monótona, en lugar de una práctica y dialógica, será en última instancia la fuente rectora de las decisiones sobre qué se considerará derecho o no en las naciones modernas, dando lugar en el derecho administrativo económico al llamado "modelo clásico de regulación" de grandes servicios (Olivares Gallardo, 2014, pp. 215-216).

En efecto, la "voluntad general" encarnada en el Estado y su poder de decisión rechazará los criterios de juridicidad observados por los juristas de la antigüedad y del medioevo, derivados de la observación y la "factualidad" (Grossi, 1996, p. 75), como parámetros que la autoridad o las mayorías deban observar para considerar sus decisiones ajustadas a derecho.

A causa de ello, antes del reconocimiento de la constitución como derecho, en las sociedades que siguen la tradición del *civil law*, el derecho administrativo carecía de límites materiales en su proceso de expansión y aplicación a las más variadas actividades y realidades sociales.

Todo su contenido era convencional: "el contenido del derecho administrativo también variará si la Administración Pública, a quien regula, es el instrumento de un Estado autocrático (o dictatorial) o de un Estado democrático" (Brewer-Carías, 1996, pp. 10-11).

Tal situación, aun luego de reconocer carácter jurídico a la constitución, no se ha superado, pues para fundamentar su decisión de someter la acción humana al derecho público, con independencia del país del que se trate, la autoridad sigue apelando a criterios formales y tópicos para dar respaldo a sus decisiones.

Distinto es el derecho anglosajón, en el que se atienden criterios utilitarios o económicos al usar la calificación *public utilities*, categoría análoga al servicio público (Peña Solís, 2009, pp. 381-38; Bentham, 2010, pp. 3-4; Dómenech, 2014, p. 101; Gordley, 2013, p. 20).

Esa es la realidad que se aprecia hoy día en ambas tradiciones jurídicas de Occidente (Epstein, 2008, p. 494). En ambas, el derecho administrativo se erige como estructura normativa neutra y pragmática, instrumento de acción jurídica de las autoridades, las cuales, a partir de la concepción que cada una tenga del ser humano, la sociedad y el Estado, pueden asignar a la Administración un rol en la tarea de asegurar el bien común. Mas tal asignación suele resultar contraproducente y, en general, inadecuada, por desmesura si se le encomienda el control y dirección entera de la sociedad (Santamaría Pastor, 2001, pp. 70-71), o por insuficiente, si se le priva de potestades o técnicas requeridas para actuar con eficacia.

Desde luego, la constitución y su catálogo de derechos subjetivos limitó esa tendencia del derecho administrativo a permitir a las autoridades el tratar y planificar la realidad social desde sus propias concepciones del bien o la justicia, y la obligó a reconocer la existencia, a partir de la experiencia, de ciertos criterios universales como rectores de su acción. Gracias a ello, la constitución ha logrado hasta hoy contener la expansión totalizante del llamado "Estado administrativo" (Arias Castillo y Herrera Orellana, 2019, p. 88).

Pero tal limitación no llegó a generar un replanteo en la premisa básica de la disciplina, según la cual ella es resultado de convenciones y en ningún caso consecuencia del reconocimiento de realidades constantes en el ser humano, la sociedad y la autoridad, al margen de la cultura, la historia y las problemáticas concretas de cada comunidad.

Luego, si todo en esta disciplina es convencional y dependiente de la voluntad, entonces la autoridad *que pone* el derecho administrativo carecerá de límites sustantivos al legislar, interpretar y aplicar las normas de esta área del derecho, por ejemplo, al regular prestaciones que satisfacen necesidades públicas.

Tal situación puede ocurrir incluso en casos en que la constitución, como ocurre en Chile, contemple ciertos límites basados en criterios sustantivos realistas, si se adopta una postura formalista, escéptica en lo axiológico o de deferencia hacia la actividad legislativa.

Tal comprensión del derecho administrativo ha permitido que, por simple voluntad de la autoridad y la llegada de contingencias, se consideren como propias del Estado, y por tanto se califiquen como servicio público, diversas prestaciones de interés público, en casos con *publicatio* incluida (Castán 1997, pp. 525-542), y en otros sin reserva de la actividad.

Tal amplitud para decidir un asunto tan relevante es el resultado de pensar que los roles jurídicos de la Administración y de los particulares respecto de las referidas prestaciones no se pueden determinar a partir de criterios sustantivos extraídos de la experiencia y dinamismo de cada agente, de cada sujeto de la relación jurídica.

Se asume más bien que los roles de aquélla y éstos se determinan solo a partir de la voluntad y la convención de las autoridades, o del respaldo de una mayoría de electores, proceder que termina ignorando límites derivados del estado de derecho (Viola, 2017, pp. 15-18), y el hecho de que existen opciones de decisión que conviene considerar como no disponibles a las autoridades o a las mayorías, atendidas las consecuencias que derivan de su aplicación.

1.2. La calificación normativa o interpretativa de actividades como servicio público a partir de criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos

La calificación como servicio público de prestaciones de interés público que desarrollan la Administración o los particulares nos ofrece un ejemplo de lo que sucede cuando la voluntad de la autoridad actúa asumiendo que no existen opciones indisponibles para ella.

Desarrollada por León Duguit como una doctrina "realista, objetiva y positiva" (Santofimio, 2011, p. 58), el servicio público planteó que la existencia del Estado y del poder que éste ejerce sobre las personas, se justifican por su condición de exclusivo prestador de servicios para satisfacer necesidades colectivas, una vez que éstas

han sido declaradas por la autoridad como necesidades públicas. Según esta teoría, es el servicio y no la soberanía, lo que justifica el funcionamiento y las prerrogativas del Estado moderno.

De acuerdo con Duguit:

> "Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos ¿Cuáles son estas actividades? ¿Cuál es su extensión exactamente? Imposible es dar a la cuestión una respuesta general. Ya en 1911 escribíamos: 'Cuáles son las actividades cuyo cumplimiento constituye para los gobernantes una obligación? No puede darse a esta pregunta una respuesta determinada. Hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esta evolución. Todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos…'" (1920, pp. 110-111).

Desde entonces, la calificación de una prestación como servicio público deriva de la adhesión de las autoridades en muchos países a la postura impulsada por Duguit, según la cual bastará con cumplir las formalidades del ordenamiento y declarar como servicio público, esto es, como tarea propia del Estado, una prestación que satisface necesidades públicas, para considerar ajustado a derecho la declaratoria, siendo innecesario considerar criterios sustantivos, o atender la evolución del orden social (Martínez, 2006, p. 227).

Solo en un plano más técnico, el servicio público apela a la necesidad de asegurar la satisfacción de forma ininterrumpida de una necesidad pública, para atribuir de forma coactiva esa tarea a un organismo administrativo. Desde esa idea se asume, sin ofrecer por lo general prueba alguna de ello, que los particulares no están interesados o se hallan en peor situación que la Administración, para satisfacer sin interrupciones la necesidad en cuestión.

De este modo, será suficiente cumplir con criterios formales y reconocer como necesidad pública una demanda común de las personas, para calificar como servicio público una determinada actividad y, a partir de ello, privar a los particulares de la titularidad de esa prestación de interés público y transferirla al Estado, o reconocerles una titularidad *precaria* al desarrollarla, que permite la iniciativa privada pero sujeta al control del Estado.

Se le permite así desentenderse de criterios sustantivos como la garantía del bien común (Arancibia, 2018a, p. 5) o de los bienes humanos básicos, por considerarlos no vinculantes, a pesar de que son relevantes, como se explicará, para una decisión jurídica justificada.

Frente a esta posibilidad de aplicación casi ilimitada del servicio público a un sinnúmero de actividades, no surgen por lo general preguntas acerca de los límites que tendría que respetar la Administración al incidir en la vida de las personas. La mayoría, más bien, se limita a preguntarse si lo que hace la Administración lo permite el derecho convencional puesto por la autoridad de cada país, y si las decisiones que ella adopta satisfacen algún interés público así reconocido por la legislación o así calificado por alguna fuente formal de derecho, sea o no normativa[5].

1.3. Consecuencias de calificar actividades como servicio público al solo tomar en cuenta criterios formales y tópicos, y eventualmente utilitarios y económicos

Dejamos constancia que no consideramos equivocado que la autoridad use criterios formales, utilitarios y económicos para decidir si califica o no como servicio público a una actividad. Tales criterios, además de

[5] En un voto salvado a la sentencia Rol 25.123-2015, del 05 de julio de 2016, de la Corte Suprema de Justicia, el entonces ministro Pedro Pierry afirmó que el servicio público es un "concepto es variable y dependerá de lo que el Estado -sus gobernantes- a través de la ley, decida asumir en un momento dado".

necesarios, pueden ser de suma valía para descartar opciones que no darán los mejores resultados en garantía del bien común.

Lo que estimamos problemático es que solo se tomen en cuenta esos criterios al momento de adoptar la decisión, dejando de lado el considerar criterios sustantivos.

Primero, porque los criterios formales no son suficientes para asegurar condiciones jurídicas estables, ciertas y equilibradas entre las partes de la relación jurídico-administrativa. Segundo, porque los criterios utilitarios y económicos no son idóneos para la determinación de límites precisos tanto a los derechos de los proveedores del servicio, como a las potestades de la Administración.

En efecto, se puede decidir investido válidamente de autoridad, ejerciendo una competencia atribuida por norma previa y cumpliendo con el procedimiento para ello, y sin embargo fijar técnicas de fiscalización inadecuadas o un régimen sancionatorio desproporcional.

Por otro lado, a partir de un cálculo de qué puede ser mejor en un momento determinado para la mayoría de los usuarios, o de la estricta definición de los costos y beneficios asociados a la calidad del servicio a prestar, se podrían establecer obligaciones tan onerosas o excesivas que pongan en riesgo la continuidad del servicio, o reconocer tales derechos a los proveedores frente a los usuarios, por ejemplo, al fijar tarifas, que dificulten cumplir con la universalidad del acceso.

Tales escenarios, contrarios tanto a la seguridad jurídica como al equilibrio entre derechos y obligaciones de proveedores y usuarios, son de muy probable ocurrencia si se adopta una perspectiva epistemológica que considere que, fuera de los criterios formales, utilitarios y económicos, no existen otros criterios relevantes para orientar y justificar la decisión.

Una consecuencia de esa postura podría ser el reconocimiento de regímenes administrativos por entero subordinados a la política imperante en un país como opción para la autoridad, que funcionan en esta materia del servicio público y en cualquier otra de la disciplina (actos, contratos, responsabilidad, etc.), es decir, como mero instrumento del poder.

De este modo, al depender de la comprensión del servicio público de la autoridad de cada país, resultarían por igual ajustados a derecho tanto el régimen que diferencie con acierto el rol fiscalizador de la Administración del rol prestacional de los particulares proveedores del servicio, como el régimen que no haga esa diferenciación y más bien sea ambiguo al definir qué corresponde a cada parte de la relación jurídico-administrativa.

Ahora bien, si en realidad no existen criterios sustantivos que contribuyan a definir mejor esos roles, y toda o casi toda decisión está disponible para la autoridad al definir qué será o no servicio público, las posibilidades de control jurídico sobre las normas y decisiones tomadas por la Administración en esta materia se reducirían drásticamente.

Tal control, en definitiva, se limitaría a revisar la juridicidad formal de lo actuado, a disputas en torno al mayor o menor beneficio de lo decidido para las personas o a estrictos análisis de sostenibilidad de la prestación de acuerdo con reglas de mercado, carentes de toda conexión con la dignidad de la persona, el bien común y la subsidiariedad, así como otros criterios de índole técnica, como los atendidos por el derecho administrativo centrado en el riesgo (Rojas 2019, p. 63).

2. La insuficiencia de considerar solo criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos al calificar actividades de prestación como servicio público

Por diferentes causas, algunas empíricas y otras teóricas, el derecho administrativo es poco dado a prestar atención a criterios sustantivos como los aportados por el realismo jurídico. Tal postura tal vez se considere respaldada por refutaciones como la desarrollada por Bobbio respecto del uso de criterios como el "orden natural" (Bobbio, 2018, p. 176), sin reparar en que el cuestionamiento del referido autor se dirige contra el uso de dicho criterio para "identificar" lo que sea derecho en una sociedad, y no necesariamente contra la posibilidad de emplear ese u otros criterios aportados por el realismo jurídico para "enriquecer" el proceso de producción de decisiones normativas e interpretativas del derecho.

Tal negativa, derivada también del rechazo a la escuela racionalista del derecho natural, no toma en cuenta que el realismo jurídico, a diferencia de dicha escuela, asume una postura minimalista de lo que es universal y maximalista de lo que es convencional en el derecho, postura desde la cual propone criterios sustantivos para reducir o excluir opciones arbitrarias de lo que será considerado como obligatorio, en términos jurídicos, en una sociedad.

Los criterios no sustantivos pueden ser atendidos en muchos casos, sin que ello implique establecer reglas justas para los afectados por la decisión (Arancibia, 2018a, pp. 13-14), es decir, ajustadas a sus capacidades y estructuras, y sin que brinden soluciones efectivas a problemas asociados con las prestaciones para satisfacer necesidades públicas de forma continua y universal como las de energía eléctrica, servicios sanitarios, comunicaciones, transporte, recolección de basura, etc.

Dada la volatilidad jurídica que caracteriza nuestro tiempo, encontramos prudente considerar criterios sustantivos previstos de forma explícita o implícita en el derecho positivo, que pueden servir, como ya lo hicieron en el pasado (Chafuen, 2009, p. 33), para identificar opciones arbitrarias que corresponde desestimar, y guiar a la autoridad a adoptar otras más ajustadas a derecho y, por tanto, idóneas para resolver problemas prácticos de las personas.

No considerarlos, en cambio, incrementa el riesgo de que las autoridades asuman opciones contrarias al bien común, a los derechos de las personas y al estado de derecho, como ocurre cuando califica a la ligera como servicio público a una actividad de prestación.

1.4. Problemas jurídicos no resueltos por la calificación de servicio público, no obstante cumplir criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos

La calificación de una actividad como servicio público estará más lejos de dar debida atención a problemas como el de la idoneidad del prestador, la calidad del servicio, la continuidad del servicio, la certeza en las relaciones jurídicas derivadas de la prestación, la limitación de las potestades administrativas, la responsabilidad por abuso de derechos o por incumplimiento contractual y la delimitación de las áreas del derecho involucradas, si omite considerar criterios sustantivos relevantes para determinar los roles a desarrollar por cada agente. Veamos en detalle cada uno de estos problemas.

1.4.1. La idoneidad del prestador del servicio

En cuanto a la idoneidad del prestador, será más complejo para el legislador responder a la pregunta de quién es, según el derecho aplicable, el sujeto más idóneo para desarrollar la prestación, si solo considera criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos.

En este primer problema, lo relevante es determinar si la prestación la deben desarrollar grupos intermedios dotados de incentivos naturales y capacidades técnicas para ello, o un organismo administrativo del Estado dotado de potestades, obligado a desarrollarla por algún mandato positivo, a pesar de la ausencia de incentivos naturales (Cea, 2008, pp. 166-181).

Desde luego, ante necesidades públicas así reconocidas por el derecho positivo, nunca podrá adoptarse un curso único de acción, es decir, nunca podría ser el mismo sujeto el único habilitado u obligado a ofrecer satisfacción a aquéllas.

Por ejemplo, habrá sociedades en las que, en un cierto momento, esa prestación no podrá estar a cargo de grupos intermedios por falta de recursos, conocimientos, infraestructura, etc., sino de la Administración, como pudo ser el caso de varios países en el momento histórico en que surgió la teoría del servicio público (Santofimio, 2011, p. 69).

Ahora bien, si se entiende correctamente el rol de la Administración, que no consiste en innovar, invertir y buscar rentabilidad a cambio de satisfacer demandas de bienes y servicios, no se le atribuirá esa labor de forma permanente y universal, bajo riesgo de incumplir con la misma y descuidar funciones que no podrían asumir grupos intermedios, como son la justicia, la seguridad, la edificación y el mantenimiento de bienes públicos.

Sin embargo, dado que es en las personas y en las asociaciones que ellas conforman donde se hallan los talentos, recursos, conocimientos e intereses para realizar con la debida calidad prestaciones continuas y universales de interés general, en muchas sociedades esos servicios podrán estar por derecho propio a cargo de grupos intermedios, quienes al desarrollar esa actividad estarán contribuyendo con la realización de las personas -usuarios- y el disfrute por parte de éstas de bienes humanos básicos, de acuerdo con incentivos naturales que orientan el orden social sin plan previo (Infantino, 2000, p. 23).

La Administración, en este contexto, tendrá el rol de fiscalizar esos grupos intermedios prestadores del servicio, y acudir en su auxilio, conforme al principio de subsidiariedad (Darnaculleta y Tarrés, 2000, p. 340), así como de los usuarios del servicio, cuando los primeros no puedan realizar esa tarea o no con la calidad y continuidad debida.

¿Cuándo se debe optar por una solución u otra?, ¿cómo justificar jurídicamente de forma coherente y prudente la opción que se adopte? Se trata de cuestiones que no deberían quedar liberadas a la voluntad de la autoridad y la contingencia, pues en tal supuesto lo que terminará prevaleciendo serán sesgos o preferencias subjetivas (Ripert, 2016, p. 27), medidas reactivas o intereses sectoriales de quienes ejercen la autoridad, tal y como lo ha demostrado la teoría de la elección pública (Buchanam y Tullock, 2009, p. 21).

Al abordar esta problemática, es importante considerar que el servicio público tradicional no es una opción para considerar en la mayoría de los supuestos, primero, porque no contempla que las prestaciones que satisfacen necesidades públicas fueron asumidas por grupos intermedios a través del mercado o la asociación civil antes de surgir el Estado moderno, como lo ilustra el caso de la educación (Arancibia, 2018b, p. 46-47) y, segundo, porque existe consenso suficiente en torno a lo injustificado que resulta el que el Estado monopolice esas prestaciones como condición para satisfacer necesidades públicas, siendo prueba de ello el nuevo servicio público, en el cual los particulares tienen un rol protagónico en la garantía del bien común (Bravo Lira, 1986, pp. 105-106).

1.4.2. La calidad del servicio

Con relación a la calidad del servicio, el no considerar criterios sustantivos al decidir calificar o no como servicio público una actividad, impide evaluar de forma realista si el carácter privado o estatal de la persona que realizará la prestación aumenta o disminuye su calidad, esto es, si será más confiable y satisfactorio para el usuario que sea una empresa privada o un organismo administrativo el que preste el servicio.

Lo mismo respecto del tipo de régimen jurídico para aplicar con miras a asegurar la calidad, si uno propio de actividad regulada sujeta a ordenación, o si uno propio de servicio público, con potestades derivadas de la titularidad o preponderancia estatal sobre la actividad privada.

La consideración de criterios sustantivos como los propuestos por el realismo jurídico y que se examinan en la sección 3 de este capítulo, permite comprender por qué han sido y son privados quienes han asumido y asumen el riesgo de invertir, hallar tecnologías, procesos e innovaciones para satisfacer necesidades públicas de forma continua y eficiente, para obtener un beneficio económico, y por qué los gobernantes y funcionarios, no han desarrollado esa labor con igual eficiencia, en especial cuando lo hacen de forma monopólica[6].

Dicho en breve, los privados buscan obtener una ganancia, una utilidad, pero más allá de ellas, orientan su conducta al disfrute de bienes humanos básicos, tales como el juego, la sociabilidad y la razonabilidad práctica, si se sigue el listado de tales bienes propuesto por Finnis (1992, pp. 118-120), exponente contemporáneo del realismo jurídico.

Y lo hacen ejerciendo derechos subjetivos como la libre empresa y la propiedad privada, indispensables para la adecuada satisfacción de necesidades públicas. En cambio, cuando el Estado ha asumido esa labor de forma monopólica, al no buscar quienes lo dirigen el disfrute de bienes humanos básicos sino otros fines, como el control político de ciertas actividades o legitimar su propia autoridad, se observa cómo existen menos incentivos en los responsables del servicio para que éste se preste con la debida calidad a los usuarios (Krause, 2011, p. 124).

Cosa distinta es cuando el Estado auxilia a particulares debido a una incapacidad temporal de éstos para satisfacer necesidades públicas con su propia acción, siendo esa intervención un complemento de sus tareas propias, a saber, seguridad, justicia, orden y mantenimiento de bienes públicos, y no como una tarea propia y permanente[7].

Tener presente lo anterior es crucial para asignar a cada uno de estos actores el rol que mejor podrá desempeñar ante las necesidades públicas. Ayudará a evitar el asumir *a priori* que por ser públicas siempre será el Estado el mejor garante de la calidad de las prestaciones. O tan grave como ello, que es indistinto que las satisfagan uno u otros (Tocqueville, 1996, p. 475). Apartarse de estas últimas opciones permitirá incrementar la probabilidad de que los fines esperados con la asignación del deber de calidad se cumplan satisfactoriamente.

1.4.3. La continuidad del servicio

Similar problemática genera lo concerniente a la continuidad del servicio. Se suele asumir que un organismo administrativo está mejor capacitado y dispuesto a prestar servicios de forma continua que un grupo intermedio con fines de lucro, por servir aquél no a un interés privado sino a un interés público (Camacho 2010, pp. 276-277). Del mismo modo, allí en donde se acepta que los privados son más regulares que la autoridad prestando servicios, se concluye que las potestades que debe tener la Administración sobre aquéllos han de ser las propias

[6] Los contrastes entre la situación de la calidad, continuidad y acceso que presentaban los servicios públicos antes de la privatización y liberalización de actividades y que pasaron a tener después de la aplicación de esas políticas pueden observarse, en el caso de Chile, en los informes: *Efectos de un Programa de Privatizaciones: el Caso de Chile (1985-1989)* (Larroulet, 1994); *Privatizaciones: reforma estructural pero inconclusa* (Hachette, 2001) y *Privatizaciones: una revisión* (Sánchez, 2005). Dos análisis sobre la privatización y liberación de los servicios públicos describen el cambio en el caso del Reino Unido: *Privatization in Britain - The Institutional and Constitutional Issues* (Veljanovski, 1988) y en Privatización de Servicios Públicos (Villar Rojas, 1994).

[7] Como ocurre en los casos de rescates y administración temporal por parte del Estado de ciertos servicios que por ley de deben prestar de forma continua y universal en momentos de crisis económicas o contingencias como la generada en este 2020 por la pandemia del Covid-19, por ejemplo, del transporte público terrestre en España ("El Gobierno se lanza a rescatar el sector del transporte con medidas por 1.700 millones" (recuperado de: https://bit.ly/2V0uKnl [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]) y Colombia ("Cuáles son las empresas estratégicas que necesitan ayudas billonarias" (recuperado de: https://bit.ly/33gSrN1 [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]).

de una actividad reservada al Estado, pues solo así será posible asegurar, entre otras condiciones, la continuidad (Silva Cimma, 1995, p. 256; Cosculluela y López, 2009, p. 240).

Ante tales opciones, los criterios usados por la autoridad suelen ser insuficientes para determinar qué conviene al bien común, esto es, a la continuidad del servicio.

Los criterios formales y tópicos no entran en honduras al examinar qué factores favorecen o desfavorecen a la Administración en este asunto. Se limitan a verificar si quien legisla o quien interpreta actúa dentro de su competencia para decidir, y si fundamenta su decisión en conceptos como el interés público o las necesidades colectivas, así como en principios tales como la eficiencia, la eficacia y la "servicialidad".

Por su parte, los criterios utilitarios y económicos ayudarán a asignar la tarea o a la Administración o a los privados, previo cálculo relativo a la satisfacción, cantidad de usuarios y beneficios para los prestadores, con alto riesgo de dejar sin atención a casos minoritarios, que no serán regularmente atendidos por el Estado o por los privados, pero que, al ser solo la excepción a la regla, no son relevantes para tomar la decisión ni para evaluar sus resultados. Tal circunstancia terminaría siendo una suerte de mal inevitable.

Dado que tales criterios no consideran o hasta niegan la existencia de roles propios de la Administración y de los grupos intermedios para enfrentar este desafío de la continuidad en la prestación, no tendrán en cuenta elementos sustanciales y comunes a toda sociedad.

Nos referimos a los incentivos que mueven al Estado y a los privados, a los beneficios de la relación de subsidio entre el Estado y los grupos intermedios más allá de la potestad de sancionar, a los resultados que derivan de enfocarse en el bien común y no solo en el interés público o solo en el interés privado, y al logro de la regularidad esperada cuando se emplean potestades propias de ordenación y no del servicio público tradicional.

Ignorar o rechazar esos criterios sustantivos, aumenta la posibilidad de que la tarea se asigne a quien está en peor posición para desarrollarla (Ripert, 2016, p. 27).

1.4.4. La certeza en las relaciones jurídicas derivadas del servicio

Sobre la certeza en las relaciones jurídicas en esta materia, los resultados que derivan de solo considerar criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos al aplicar la calificación de servicio público a una actividad, tampoco son satisfactorios si de evitar o reducir al máximo la incertidumbre se trata.

En efecto, cuando al legislar o interpretar se requiere determinar el número, tipo y amplitud de las potestades que tendrá la Administración en esta materia, así como el tipo y variedad de derechos y obligaciones que tendrán los particulares proveedores de la prestación, no es recomendable limitarse a invocar "la voluntad del Estado" (Pierry, 1977, p. 112), para de este modo solo considerar las reglas de competencia, ciertos conceptos jurídicos indeterminados como el "interés general" o efectuar cálculos políticos, como atender a los votos a favor en un eventual debate legislativo, no relacionados con la eficiencia de la medida a adoptar.

Tanto al diseñar como al aplicar las normas de calificación de una actividad como servicio público, se necesita determinar los roles que le corresponde desarrollar a la Administración y a los particulares en esta materia, si se aspira a establecer relaciones jurídicas ciertas.

Si tal enfoque está presente con sus criterios correspondientes, se entenderá que la prioridad es otorgar potestades que potencien los roles de fiscalización y fomento de la Administración desde los cuales ella, actuando siempre conforme a derecho, podrá contribuir al bien común asegurando el correcto proceder

de los proveedores privados[8] y actuando en auxilio de éstos cuando sus capacidades sean insuficientes o circunstancias extraordinarias como catástrofes naturales o sanitarias lo demanden.

Del mismo modo, esos criterios sustantivos, que se estudian en la sección 3 de este capítulo, ayudarán al operador jurídico a asignar y garantizar a los proveedores derechos propios de los privados que ejercen una actividad como su titular, solo que, según normas imperativas de orden público, orientadas a satisfacer el bien común y fiscalizadas en su cumplimiento por una autoridad administrativa especializada.

Por su parte, considerar el aseguramiento de bienes humanos básicos relevantes en esta materia, la subsidiariedad, el bien común o seguir el método de la determinación del derecho positivo desde principios generales de la razón práctica, puede contribuir a distinguir mejor entre el fiscalizar y el planificar, esto es, entre arbitrar la prestación y realizar la prestación.

Asimismo, aportará mayor base jurídica a la decisión de en qué casos la autoridad impondrá obligaciones "de servicio público" a los privados, o desarrollará directamente, en auxilio, actividades de prestación para que necesidades públicas no queden sin la debida satisfacción[9].

No es posible desarrollar una caracterización sustantiva de los responsables de ejecutar estas prestaciones de forma universal y continua, si la decisión se limita a considerar criterios formales. Tampoco si solo atiende a criterios utilitarios o económicos, para maximizar los beneficios de alguno o de algunos de los sectores involucrados en la problemática, o asegurar la rentabilidad de la actividad que se desarrollará, en descuido de casos más complejos de satisfacer pero que no pueden dejar de ser atendidos por la autoridad.

La juridicidad formal, la búsqueda de los mayores beneficios sociales y la eficiencia en la prestación sin duda son importantes y deben considerarse, pero asociándolos a criterios derivados del dinamismo propio de cada uno de los actores involucrados en la actividad.

1.4.5. El régimen de potestades y derechos por prestación/uso del servicio

Vinculado con el recién examinado, nos encontramos con el problema relativo a los límites en el ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración, sobre todo en un esquema regulador o fiscalizador de prestación de servicios. Que ella pueda dictar normas, sancionar, fijar tarifas o revocar la autorización para prestar el servicio, no son potestades que en sí mismas deban considerarse contrarias al rol que le corresponde desempeñar respecto de la actividad. Tampoco a los derechos de los proveedores o de los usuarios del servicio.

Lo que puede volverlas contrarias a todo ello, son reformas legislativas que incrementen esas potestades, llevándolas al supuesto de actividades reservadas, o que las interpretaciones que se hagan de las normas que atribuyen esas potestades, promuevan la expansión imprudente de los supuestos de hecho y alcance en el uso discrecional de esas potestades (Hayek, 2011, pp. 74-79), inspiradas en el servicio público tradicional.

Ante esta problemática, si los operadores no toman en cuenta criterios sustantivos tenderán a ampliar o debilitar los límites razonables para la acción administrativa. Suscribirán tesis sobre las normas que regulan el

[8] Lo que ha sido reconocido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) al formular recomendaciones sobre la prestación del servicio de electricidad, entre las que figura el garantizar los derechos de propiedad en el sector. Ver, al respecto, estudio de Faye Steiner *Regulación, estructura industrial y desempeño en la industria eléctrica,* (2002, p. 36).

[9] Por ejemplo, en casos de interrupción del servicio sanitario de agua potable, como ocurrió en Osorno en julio de 2019, por fallas imputables al proveedor del servicio, la Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos (Essal). Dicha empresa es la responsable de abastecer de agua potable a la ciudad de Osorno en la Región de Los Lagos, la cual estuvo sin servicio desde el 11 hasta el 17 de julio, y luego desde la noche del mismo día 17 hasta el 21 de julio, recibiendo antes de ese período agua contaminada. Una síntesis de los hechos relevantes de este caso en Alberto González, "Essal y la crónica de un castigo anunciado por el desastre en Osorno", del 14.08.20 (recuperado de: https://bit.ly/30ohZpm [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]) y en Carolina Maldonado Pinto, "Chao Essal: a un año de la crisis sanitaria en Osorno", del 21.07.20 (recuperado de: https://bit.ly/3cgGJWq [fecha de consulta: 25 de febrero de 2021]).

ejercicio de las mencionadas potestades que darán base jurídica a acciones administrativas que, además de afectar derechos, perjudicarán la calidad, continuidad y mejoramiento de las prestaciones.

En cambio, es posible que si consideran criterios sustantivos puedan identificar y considerar como no disponibles dentro de sus posibilidades de decisión, opciones tales como aquellas que incrementen el tipo y número de potestades, que debiliten los límites que debe respetar la autoridad al normar, supervisar, sancionar e intervenir, o que reduzcan el contenido esencial de los derechos de los proveedores y sus garantías.

1.4.6. La interaplicación de normas de diferentes áreas jurídicas al servicio

Otro problema es el de la interaplicación de normas de diferentes sectores del derecho positivo a prestaciones que satisfacen necesidades públicas, en especial, cuando aquéllas han de realizarse en un régimen de iniciativa privada y competencia entre proveedores.

En efecto, mientras en un contexto de prestaciones reservadas por completo al Estado, como tendió a ser la regla en el modelo de Estado de Bienestar durante el siglo XX (Rehbinder, 1971, pp. 947-948), todo conflicto jurídico en esta materia era resuelto mediante la aplicación de contenidos del derecho administrativo, en un contexto de iniciativa privada y competencia entre particulares y hasta entre éstos y el Estado, bajo las reglas del llamado *Estado garante* (Esteve, 2015, p. 65), la situación debe ser muy distinta.

Si hay iniciativa privada, las relaciones contractuales entre los prestadores del servicio y los usuarios, las relaciones de subordinación entre aquéllos y sus trabajadores y la obligación de reparar daños a que haya lugar, deberán sujetarse a normas de otras disciplinas jurídicas, como la comercial, la laboral y la civil (Cassagne, 2005, p. 91). Todo ello es relevante para la determinación de la sede jurisdiccional en la que se dirimirán las controversias entre las partes, y las normas a seguir para atender las demandas y defensas por ellas planteadas.

Pero, para reconocer lo anterior y determinar correctamente los ámbitos de aplicación de cada área, más si se pretende operar con la calificación de servicio público, los criterios de uso corriente por la autoridad resultan, una vez más, insuficientes.

Esos criterios tenderán a maximizar la aplicación a todo conflicto del derecho administrativo, al asumir que éste es el único idóneo para servir a un interés público. En cambio, los criterios económicos tenderán a favorecer un predominio de lo contractual privado sobre lo imperativo público, que llevado a extremos puede alejar la oferta de prestaciones privadas para la satisfacción universal y continua de necesidades públicas de la efectiva satisfacción de esas necesidades en una no menor cantidad de personas, requeridas del auxilio estatal.

Si se maximiza el régimen administrativo, resultará factible que la autoridad defina cada vez un poco más, de forma unilateral, los términos contractuales que regirán entre el prestador y el usuario, limitando y hasta suprimiendo la autonomía negocial. También podría llegarse al supuesto de exigir a los proveedores, al celebrar contratos de suministro o de servicios con otros particulares, que sigan normas de contratación administrativa, por estar involucrado un interés público en la relación a constituir.

Pero si se excluye en demasía dicho régimen, se corre el riesgo de reducir el ámbito de tutela que la Administración o la jurisdicción deben brindar a los afectados por un mal servicio, a partir de la reafirmación de la naturaleza privada de los contratos suscritos en la materia.

Tener en cuenta criterios sustantivos para la definición de los roles de la Administración y los grupos intermedios, puede ayudar a que la calificación de servicio público de una actividad no sea causa de una interaplicación caótica o improvisada del derecho público y del derecho privado en esta materia, ya que a partir de aquéllos y según los hechos del caso, estarán en mejor situación para determinar si el conflicto debe resolverse con predominio

de unas normas o de otras, y no siempre o solo con base en una sola clase de ellas.

1.4.7. La responsabilidad patrimonial y laboral por la prestación del servicio

Mención especial merece el problema de la responsabilidad por daños, ya sea con motivo de la realización de un trabajo para el proveedor o a propósito de la prestación del servicio.

Si se pretende decidir qué normas aplicar y cómo interpretarlas, tomando la calificación de servicio público como base de la decisión, sin considerar criterios sustantivos, pueden materializarse situaciones que, en este caso, no serán justas para la autoridad, y más allá, para la sociedad en su conjunto.

En efecto, tanto el abuso en el ejercicio de derechos como el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del prestador se podrían considerar, en última instancia, evidencias de un mal funcionamiento de la Administración, y dar lugar a condenas en su contra, al margen de que ella pueda repetir en contra de los particulares que causaron la afectación[10].

Ante la discusión de si un usuario afectado por la falla de un servicio tiene derecho a accionar en contra del prestador o en contra de la autoridad, los criterios formales y tópicos poco dirán más allá de dar una guía procesal para definir ante qué instancia plantear la reclamación, pero sin que ello implique definir el derecho aplicable y el juez natural de la controversia (González Pérez, 2002, p. 222).

Entre tanto, los criterios utilitarios y económicos podrían llevar a maximizar la aplicación del derecho administrativo en esta materia, a fin de permitir a los afectados accionar en contra del sujeto con el patrimonio más solvente, esto es, contra la Administración, al margen de que no sea lo más justo o razonable actuar contra la Administración.

Similares dificultades se podrían generar en materia de incumplimientos y daños vinculados con la realización de trabajos bajo subordinación y por cuenta del proveedor del servicio.

Los conflictos entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción laboral mal se podrán resolver si no se parte de una diferenciación sustantiva, permanente, de roles, que permita claramente identificar cuándo se está ante la exclusiva responsabilidad del prestador privado, cuándo ante la exclusiva responsabilidad del fiscalizador estatal y cuándo, de ser procedente, ante una responsabilidad solidaria o concurrente entre ambos.

La calificación como servicio público de una actividad, en especial si esta última la desarrolla un privado, dará lugar a diferentes respuestas ante problemas como los indicados, en especial debido a la influencia del servicio público tradicional, incluso en la práctica de operadores jurídicos que actúan en ordenamientos en que los proveedores de esas prestaciones son privados ejerciendo derechos propios, bajo régimen de competencia.

1.4.8. Otros problemas jurídicos no resueltos por la calificación como servicio público de una actividad de prestación, sin considerar criterios sustantivos

A lo expuesto pueden añadirse otros problemas adicionales que se resumen a continuación, no menos relevantes para el buen ejercicio de las prestaciones continuas y universales de interés público, a las que se denominan usualmente servicio público.

Por ejemplo, los criterios formales y tópicos no ayudarán, una vez calificada como servicio público una actividad, a evaluar si la concesión de servicio es la figura que conviene aplicar al estar la actividad abierta a la iniciativa privada, considerando que esa figura es

[10] En Chile, el riesgo de que se imputen en algún caso a la Administración excesos en el ejercicio de derechos, incumplimiento de contratos o fallas en el servicio, en lugar de a los proveedores privados de servicios públicos, deriva de ciertos criterios presentes en fallos de la Corte Suprema de Justicia en los que se asimila la actividad de prestación de servicios públicos a una actividad estatal. Ejemplos de ello son los criterios contenidos en las sentencias Roles 8.268-2012, de 28 de enero de 2013, y 73.923-2016, de 25 de junio de 2018.

usada respecto de actividades o bienes reservados a la Administración (Meilán, 1973, pp. 59-100).

Tampoco disuadirán de otorgar potestades administrativas orientadas a la planificación y al control de la actividad privada, o al cambio sobrevenido de las reglas de operación, que no se corresponden con el rol que una autoridad fiscalizadora ha de asumir frente a actividades privadas sujetas a regulación. Ni evitarán que se omitan normas indispensables para definir el rol que debe tener la Administración ante una falla por incapacidad o por circunstancia extraordinaria del prestador privado del servicio, alejados como están de criterios como la dignidad de la persona o los bienes humanos básicos.

Por otro lado, los criterios utilitarios o económicos no serán suficientes para excluir del ámbito de disponibilidad otras decisiones contrarias a derecho. Por ser extrajurídicos, no podrán impedir una carga regulatoria excesiva a los oferentes de prestaciones continuas y universales de interés público, pues sus argumentos de eficiencia serán desestimados a partir de tópicos contenidos en el derecho positivo como "interés público", "utilidad pública" o "necesidad pública".

Desde un punto de vista opuesto, podrían servir para justificar decisiones normativas o interpretativas que debiliten la fiscalización de la conducta de los privados que satisfacen necesidades públicas, o el fomento de dichas actividades y de su calidad, pues el utilitarismo y el análisis económico del derecho permitirían, según los hechos y la época, manejar de forma "pragmática" los intereses en juego y la intensidad de las normas de fiscalización y fomento, sin considerar criterios sustantivos.

Ya porque en unos casos se adopte una decisión que suponga un cierto sacrificio singular o sectorial de derechos particulares, no abiertamente violatorio de la constitución o de la legislación, o en otros una decisión basada en cálculos contingentes y no sustanciales, los criterios que el utilitarismo y el análisis económico del derecho aportan para tomar decisiones jurídicas normativas e interpretativas permiten que se opte por posibilidades que no contribuyen, según muestran los hechos (Villar, 1993, p. 78), a un funcionamiento eficiente de las prestaciones calificadas como servicio público y a la garantía del bien común.

1.5. Necesidad de considerar criterios sustantivos para calificar normativamente como servicio público una actividad o para aplicar dicha calificación en casos concretos

Ante los problemas derivados del uso del servicio público no resueltos desde los criterios examinados, varios de ellos presentes en el derecho positivo chileno vigente (Vergara Blanco, 2004, p. 33), es que resulta pertinente conocer los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico y aplicarlos a problemáticas como las descritas.

Entre otros, nos referimos a las nociones de naturaleza humana, de bienes humanos básicos, a los principios de razón práctica, a la subsidiariedad y a la determinación del derecho positivo, como criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico para orientar la producción y la aplicación del derecho positivo, en cualquiera de las disciplinas jurídicas en que vayamos a desempeñarnos.

Desde luego, no es posible profundizar ahora en los contenidos de cada uno de estos criterios. Por tanto, ofrecemos a continuación una brevísima explicación de cada uno de ellos y sólo respecto de la *determinación* del derecho positivo haremos un análisis más de fondo, en la sección 1 del capítulo III de este trabajo, dada su condición de criterio metodológico para la toma racional, argumentada, de decisiones jurídicas.

1.5.1. La naturaleza humana

Baste decir, sobre la noción de naturaleza humana del realismo jurídico, que según ella somos seres determinados y complejos a la vez, animales racionales que buscan su bienestar material, intelectual, moral y espiritual. Somos individuos a los que relacionarnos y asociarnos con otros nos resulta indispensable para prosperar y desarrollar proyectos de vida plenos. De

allí que voluntariamente nos vinculemos con otros y formemos lazos no solo con fines instrumentales, sino también para, a partir de ellos, disfrutar de situaciones en sí mismas beneficiosas (George, 2009, p. 3).

1.5.2. Los bienes humanos básicos

Respecto de los bienes humanos básicos, siguiendo al mismo autor, valga señalar que aparte de los bienes instrumentales hay bienes que son buenos por sí mismos para las personas (George, 2009, pp. 11-12; Gómez Lobo, 2006, p. 28).

Los bienes humanos básicos varían según la fuente consultada, si bien en algunos de ellas hay coincidencias. A efectos de este trabajo, como ya se indicó, pueden ser relevantes al calificar una actividad como servicio público en una norma, o al aplicar esa calificación en casos concretos, considerar bienes humanos básicos como el juego, la sociabilidad y la razonabilidad práctica.

El juego, entendido como el disfrute de lo lúdico, del azar, de la competición, del riesgo de acertar o no. La sociabilidad, asumida como la disposición a colaborar, cooperar y asistir a otros, no solo por obtener beneficios materiales. Y la razonabilidad práctica, entendida como "realizaciones genuinas de sus propias valoraciones, preferencias, esperanzas y autodeterminaciones libremente ordenadas" (Finnis, 1992, p. 120).

1.5.3. La subsidiariedad

En cuanto a la subsidiariedad, en síntesis, se plantea con ella la relación de auxilio, socorro o asistencia que la organización mayor -Estado- debe brindar a las organizaciones menores -grupos intermedios, familias, etc.- cuando éstos no pueden satisfacer sus propias necesidades, siempre de forma temporal y sin propósito de absorción. Por ello, se trata de una relación que se manifiesta tanto en una obligación de no actuar allí cuando las organizaciones menores no requieren su auxilio, como en una obligación de hacerlo cuando esa necesidad de auxilio es constatada y justificada (Soto Kloss, 2012, p. 115).

1.5.4. Los principios de la razón práctica

Finalmente, respecto de los principios de razón práctica, se sostiene en el realismo jurídico que la razón práctica tiene un punto de partida en el principio según el cual "hay que hacer el bien y hay que evitar el mal". Sobre el mismo se ha explicado que "es un principio evidente, que no se deduce de las afirmaciones sobre la naturaleza del hombre o la naturaleza en general (…) Expresa la inclinación natural del hombre al bien y ordena lo primero que debe hacer el hombre en el ejercicio de su libertad: buscar el bien y apartarse del mal" (Contreras, 2016, pp. 12-13; Miranda, 2006, p. 231).

Tener presente el primer principio de la razón práctica al abordar el problema que nos ocupa, esto es, la calificación como servicio público de una actividad de prestación o la aplicación de esa calificación en casos concretos, implica comprometerse con que la decisión a adoptar sea, entre las posibles, la que mejor asegurará la satisfacción de las necesidades públicas involucradas, y no la que más satisfaga el propio punto de vista o la que atienda a situaciones contingentes, ajenas a lo sustancial. Plantea, en definitiva, una exigencia de empatía como la expuesta por Adam Smith, próxima a la idea de lo justo como aquello debido a otro.

1.5.5. ¿Por qué considerar en las decisiones jurídicas los criterios sustantivos señalados?

En primer lugar, porque varios, si no todos, están presentes de forma explícita o implícita en el derecho positivo de países como Chile[11], solo que se interpretan desde perspectivas diferentes a las del realismo jurídico. Y, en segundo lugar, porque esos criterios han surgido de la observación y del razonamiento práctico, a través de un proceso evolutivo que, si bien no los libera plenamente de sesgos, sí los distingue de los prejuicios, del dogmatismo, de la abstracción vacía o de razonamientos apodícticos sin base empírica.

[11] Arts. 1 (incisos 1º, 3º y 4º), 5 (inciso 2º), 7 (incisos 1º y 2º), 19 y 23 de la Constitución Política de la República, en los que se reconoce la igual dignidad y libertad de las personas, la protección de los grupos intermedios, la garantía del bien común, la obligación de asegurar la mayor realización personal material y espiritual de cada persona, la protección de los derechos fundamentales y la responsabilidad de las asociaciones.

Debido a lo anterior, pueden servir como guías del pensamiento jurídico contemporáneo, en tiempos en los que frente a problemáticas como la calificación de una actividad como servicio público, las respuestas de la autoridad oscilan entre el formalismo normativo y la disolución del derecho en contenidos de otras disciplinas del conocimiento.

Incorporar criterios sustantivos en tal contexto contribuirá además a aproximarse con otra mirada al debate iusnaturalismo-positivismo (Orrego, 2015, p. 48), reafirmar el objeto y rol del derecho ante la expansión e incorporación de nuevas tecnologías a la Administración con los grandes desafíos y riesgos que ellas plantean (Sadin, 2020), exigir nuevas justificaciones de la expansión del poder administrativo en la vida de las personas (Vermeule, 2018) y limitar el subjetivismo extremo, fundamento del *nihilismo jurídico* (Pereira Menaut, 2019, p. 301).

Como lo indica George, *no mandan* los criterios sustantivos que la salud o la educación deban ser siempre proporcionados por el gobierno mediante sistemas estatizados, o siempre por los sectores privados en el mercado (George, 2009, pp. 6-7). Los criterios sustantivos que reivindica el realismo jurídico no equivalen a un sistema normativo *metalegal*, como el planteado por la escuela racionalista del derecho natural.

Sin embargo, el que no prescriba qué opción es mejor o peor, no significa que desde ella no se puedan formular importantes objeciones, por ejemplo, a la decisión de adoptar una *publicatio* explícita o implícita de prestaciones de interés público, o al aplicar potestades o técnicas administrativas propias de actividades reservadas a actividades liberalizadas.

Es decir, a partir del realismo jurídico, como se expondrá en el siguiente capítulo, es posible cuestionar el uso del servicio público, tanto en su versión más intensa como en su versión más moderada, como supuesto derecho del Estado de realizar en forma directa o delegada ciertas prestaciones, por estar dirigidas a atender necesidades públicas.

Varias objeciones podrían también plantearse a la premisa según la cual el carácter continuo o ininterrumpido de un servicio se asegura mejor cuando la actividad la asume un prestador estatal que cuando lo hace uno privado, considerando para ello tan solo las obligaciones que tienen los entes estatales y los derechos que tienen las personas privadas.

Por supuesto, plantear en el análisis práctico de problemáticas del derecho administrativo, en particular de las derivadas del servicio público, criterios que en apariencia no están previstos en el derecho positivo puede parecer no científico, dados los componentes filosóficos presentes en el tratamiento analítico del derecho por parte del realismo jurídico.

Respecto de tal apreciación, en primer lugar, valga indicar que tanto en el derecho positivo chileno como en otros ordenamientos jurídicos hispanoamericanos están presentes varios de los criterios sustantivos defendidos por el realismo jurídico, bajo la forma de bases de la institucionalidad, principios, obligaciones o derechos subjetivos.

El reconocimiento en fuentes formales como la constitución o la legislación de la dignidad humana, la libertad de asociación, la protección de los grupos intermedios, el libre desarrollo de la personalidad, el principio de juridicidad, el principio de "servicialidad" y el principio de la subsidiariedad, entre otros, son prueba de ello.

Lo que aquí se propone es que esos enunciados normativos positivos se interpreten desde el realismo jurídico, y que se tengan presentes en los procesos de producción y aplicación del derecho, como fórmula para contribuir a reducir la incertidumbre y el decisionismo que suele acompañar a la invocación de dichos enunciados.

Luego, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que en el derecho administrativo chileno ya se ha ofrecido una fundamentación del derecho administrativo basada en el realismo jurídico (Soto Kloss, 2019, p. 87), en que se

sintetiza lo expuesto en diversidad de trabajos dedicados al análisis de problemáticas e instituciones específicas de la disciplina.

La relevancia de esta fundamentación es su apuesta de derivar los roles y obligaciones que corresponde a cada sujeto de una relación jurídica desde criterios sustantivos, provenientes en última instancia del antiguo derecho romano (Soto Kloss, 2012, p. 883), lo que convendría tener presente cuando se evalúa el calificar como servicio público una actividad.

Como ya se advirtió, en este trabajo no se consideran inútiles o impertinentes los criterios formales, utilitarios y económicos. Se plantea, más bien, a partir de lo expuesto en torno a la insuficiencia de esos criterios, la necesidad de utilizar criterios sustantivos en el tratamiento de problemas del derecho administrativo, y en particular cuando se trate de aplicar el servicio público, interpretados desde el realismo jurídico, sobre el que conviene formular algunas precisiones a continuación.

3. La conveniencia de atender a criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico al calificar actividades de prestación como servicio público

Así como existen diferentes posturas al interior del positivismo jurídico que exigen precisar cuál de ellas se adopta cuando se sigue este enfoque en el análisis jurídico (Orrego, 1997, p. 20), cuando se habla de derecho natural es forzoso también hacer esa precisión.

Dentro de las diferentes concepciones del derecho natural, existe una tradición que lejos de plantear una relación conflictiva entre ella y el derecho positivo, propone una coexistencia necesaria y, en lo posible, armónica entre ambas manifestaciones de lo jurídico. Se trata de la tradición conocida como el realismo jurídico[12].

Para esta concepción es posible determinar lo justo en el sentido de establecer, mediante el razonamiento jurídico, lo que es debido a cada uno, trátese de un particular o de la autoridad (Hervada, 2008, p. 41), empleando los criterios sustantivos previamente examinados. A continuación, veamos en qué medida resultan ellos aplicables a la problemática del servicio público.

3.1 ¿Es factible considerar los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico en la solución de problemas del derecho administrativo?

Las concepciones jurídicas dominantes en los sistemas de derecho legislado cuestionan toda posibilidad de identificar criterios sustantivos presentes explícita o implícitamente en fuentes formales vigentes, para regular

[12] Esta tradición tiene su más antiguo antecedente en la obra de Aristóteles, particularmente en *Ética a Nicómaco* II, 5, y en *Retórica* XIII, 1. Según el estagirita, observando la realidad se advierte que en todo lugar hay cosas que son justas por naturaleza y otras que lo son por convención (Aristóteles, 2007, XIII.1). Tanto a partir de la distinción propuesta por el mismo Aristóteles, como de los análisis realizados por reconocidos estudiosos de su obra (Waldstein, 2007, pp. 79 y ss.; Hervada, 1987, pp. 61-62), se ha considerado que las cosas justas por naturaleza son las menos (Aristóteles, 2000, II, 5), mientras que las cosas que la convención de cada ciudad determina como justas son las más (Aristóteles, 2000, V, p. 7; George 2009, p. 3). Esta idea está presente en la obra de otros "realistas" del derecho, como los juristas romanos, Tomás de Aquino y los escolásticos Francisco de Vitoria, Juan de Mariana y Francisco Suárez, y llega hasta nuestros días en los trabajos de Javier Hervada (1987), Francesco Viola (2017), John Finnis (2000) y Robert P. George (2004, pp. 597-610), entre otros.

conductas con relevancia jurídica o para la resolución de controversias jurídicas. Tal postura, en gran medida, se debe a su escepticismo o relativismo respecto de la posibilidad de definir racionalmente lo justo en casos concretos (Kelsen, 1992, p. 132; Squella, 1995, pp. 80-86.).

Lo anterior plantea el desafío de mostrar la factibilidad de someter a criterios sustantivos aportados por esa tradición, las implicaciones de calificar una actividad de prestación como servicio público, en una normativa o en un acto de aplicación del derecho. Tal desafío, como se adelantó, ha sido atendido por Soto Kloss respecto de las problemáticas generales del derecho administrativo (1996, p. 15; 2019, p. 84).

Con apoyo en lo anterior, sostenemos la operatividad de dichos criterios sustantivos, por ejemplo, al definir normativamente lo que será derecho en una sociedad, para descartar la hipótesis de que se parte de una hoja en blanco e insistir en la obligación de la autoridad de considerar evidencias y realidades, regularidades, surgidas no de una voluntad desinformada o de una convención contingente, sino del conocimiento de las condiciones que hacen posible la realización del ser humano y que optimizan los roles que corresponden a los particulares y a las autoridades, de acuerdo a su dinamismo propio.

Asimismo, estimamos que han de interpretarse desde esos criterios las fuentes formales en el ámbito del derecho administrativo, que aseguran la dignidad de la persona, la protección de los grupos intermedios, el rol servicial de la Administración, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad económica, la propiedad privada, los deberes compartidos entre privados y autoridades en garantía del bien común y el Estado de derecho como principio rector para determinar la juridicidad de los actos estatales.

No solo porque respecto de tales criterios existen consensos profundos entre distintos campos del conocimiento, como las ciencias naturales (Wilson, 2015, p. 281), la psicología evolutiva (Pinker, 2018, p. 125), la filosofía (Polanco, 2017, p. 83) y el derecho (Leoni, 2010, p. 77), sino también porque pueden contribuir a que las autoridades actúen con menos arbitrariedad o en perjuicio del bien común cuando ejercen sus funciones, al demandarles ofrecer mejores y explícitas razones, sustantivas, del porqué deciden de un modo y no de otro, lo que facilita a su vez el control, adhesión o el rechazo a lo decidido.

La concepción aquí reivindicada considera que a la ley humana o al derecho convencional es más prudente llegar mediante un proceso de derivación, que parta de ideas últimas, mínimas y sustanciales sobre lo justo natural, que son comunes a toda sociedad si bien adaptables a las circunstancias concretas. Y advierte que ese proceso de derivación, en unos casos se desarrolla a través de la deducción o la *conclusión*, y, en la mayoría de ellos, mediante la *determinación*[13].

La determinación permite evaluar durante el proceso de derivación si una decisión como, por ejemplo, calificar como servicio público una actividad, es contraria al dinamismo del ser humano, la autonomía de los grupos intermedios, al primer principio de la razón práctica (Contreras, 2016, pp. 12-17) y a los que derivan de él (Miranda, 2006, p. 231), al rol de la Administración, al aseguramiento de bienes humanos básicos o a la garantía del bien común.

Ello dado que en la determinación está implícita la idea del derecho como "lo debido" a cada uno a partir de su condición de persona, que plantea una respuesta dogmática alternativa a la perspectiva hoy dominante sobre la juridicidad de las decisiones, que solo toma en

[13] "Tomás expone que la ley positiva, que es siempre cambiante, surge como una especificación de la ley natural según el modo en que el artista produce una obra particular. Esta derivación no es deductiva ni es unívoca. Tampoco es necesaria o universal. Es distinta en los distintos lugares y depende de la opinión, esto es, de lo que a los hombres parece razonable" (Contreras, 2017, pp. 34-35; García-Huidobro,1993).

cuenta la noción de "derecho subjetivo" como criterio para evaluar la sujeción de aquéllas al derecho objetivo (Villey, 2019, p. 146).

3.2. El servicio público ante los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico

Consideramos que los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico, aplicables en casos concretos a través de la determinación, permiten identificar y excluir mediante razones sujetas a refutación, algunas respuestas a los problemas examinados en el capítulo II de este trabajo, en tanto opciones no disponibles para la autoridad.

Asimismo, sostenemos que los criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos son relevantes pero no suficientes para evaluar la sujeción a derecho de calificar una actividad como servicio público o al aplicar esa calificación en un caso concreto, pues dejan dentro de las opciones de decisión disponibles para la autoridad una serie de posibilidades —*publicatio*, potestades implícitas, uso de la técnica concesional, creación de obligaciones sobrevenidas, etc.— no siempre ajustadas a derecho por sus efectos sobre los oferentes de prestaciones, sobre los usuarios de esas prestaciones e incluso sobre la propia Administración.

Planteamos, por tanto, que si en el debate legislativo sobre calificar como servicio público una actividad, o en el análisis para aplicar esa calificación a casos concretos, se sigue el método de la determinación del derecho y se consideran criterios sustantivos como los examinados en este trabajo, se abriría la posibilidad de que las soluciones adoptadas a futuro sean diferentes a las que hoy se juzgan ajustadas a derecho, y que los resultados derivados de esas soluciones alternativas pueda ser más favorables a las personas y al bien común que las actuales. Dos supuestos nos permitirán mostrar esta afirmación.

3.2.1. ¿A quién corresponde, en definitiva, prestar el servicio?

Respecto de la pregunta de si corresponde al Estado o a las personas ofrecer prestaciones continuas y universales para satisfacer necesidades públicas, cabe responder, partiendo del rol que naturalmente corresponde a cada uno de estos agentes, que tales prestaciones las han de ofrecer por derecho e interés propio las personas, los privados y no la Administración, cuyo deber consistirá en certificar la capacidad de aquéllas de ofrecer esas prestaciones de forma continua y universal, y en acudir en su auxilio o suplir su ausencia allí en donde la oferta privada sea insuficiente o inexistente, de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

A tal conclusión se llegará de forma invariable si se admite que parte de lo justo debido a las personas en toda sociedad, directamente o mediante grupos intermedios, es permitir que ellas desarrollen actividades económicas en ejercicio de derechos propios, entre ellas algunas que satisfagan necesidades públicas, en tanto que lo justo debido a la Administración es que ella fiscalice la oferta de esas prestaciones conforme a normas ciertas y estables, a través de la actividad de ordenación y no a través de la actividad de servicio público, eliminando con ello la ambigüedad que respecto de esto último propicia la vigente legislación chilena (Soto Kloss, 2012, p. 565).

Ahora bien, si los roles de los particulares y la Administración no están bien definidos, no se evalúan correctamente las implicaciones de calificar una actividad en una norma como servicio público y no se corrigen las fallas a través de la interpretación administrativa o jurisdiccional, sino que más bien se mantienen o agravan[14], entonces lo más probable es que con el uso del servicio público, en cualquiera de sus variantes, se tomarán decisiones que terminarán por afectar gravemente la calidad de vida de las personas, así como la legitimidad y eficacia de la función administrativa.

[14] Ejemplo de esto se observa en sentencia Rol No. 27.106-2019, de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de marzo de 2020, en el que la Sala Tercera afirma que el proveedor privado del servicio público es "el Estado mismo".

3.2.2. ¿Qué técnica administrativa debe emplearse para fiscalizar el servicio?

Por su parte, ante la decisión legislativa de si emplear como técnica de intervención frente a las prestaciones que satisfacen necesidades públicas la autorización o la concesión, es también decisivo tener en cuenta los criterios extraídos de la observación de la realidad.

Mientras que la autorización es un obstáculo que remueve la autoridad para permitir al interesado ejercer un derecho propio sujeto a fiscalización previa verificación de que se cumplen con requisitos exigidos por la legislación, la concesión es una condición o derecho que la Administración entrega de manera temporal a un particular, para que haga o gestione algo que solo a aquélla corresponde, pero que, por permitirlo la legislación, lo concede bajo condiciones y sujeto a intensa *dirección* (Arancibia, 2019, p. 335; Cordero, 2015, p. 474).

Debido a los importantes efectos que se siguen de una decisión o de otra —en un caso el titular del derecho es el particular, en el otro el titular es el Estado—, no es prudente dejar de considerar criterios sustantivos definitorios de los roles propios, naturales, de las personas y el Estado, de lo justo debido a cada uno, pues gracias a ellos siempre que no haya titularidad de la actividad, será la autorización y no la concesión la técnica que se deba utilizar.

El mismo estándar podemos emplear frente a otros problemas del servicio público. Hemos indicado que éste presenta una variante intensa con reserva al Estado y otra menos intensa, con iniciativa privada y sujeción a la actividad de ordenación. En su segunda variante, ha sido una teoría que permitió la liberalización de servicios, la competencia y la continuidad de prestaciones que satisfacen necesidades públicas. Sin embargo, los vestigios o influencia de la variante original siguen presentes en la comprensión que no pocos operadores jurídicos tienen de esa teoría y del régimen jurídico que de ella deriva.

Por tanto, a partir de los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico, sería oportuno preguntarse si hay buenas razones para que las autoridades insistan en utilizar el servicio público y el régimen jurídico, normalmente problemático, que de él deriva (Mairal, 1993, pp. 368 y ss.), o si es necesario superarla definitivamente y adoptar en su lugar una perspectiva más ajustada al actual derecho de la regulación económica (De La Cuétara, 1997, p. 156).

Desde luego, mientras el servicio público esté presente en el derecho positivo de los países, tocará atender los problemas que genera y, en lo posible, ofrecer soluciones dogmáticas para superarlos. Pero ello no ha impedir considerar la precariedad actual de sus fundamentos y la dificultad de evaluar su utilización normativa o jurisdiccional, desde la sola consideración de criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos.

3.2.3. Complementariedad de los criterios sustantivos aportados por el realismo jurídico y los restantes criterios examinados en este trabajo

Lo expuesto en estas líneas no pretende negar que, en muchos casos atendidos por el derecho administrativo, los cálculos utilitarios, económicos y hasta políticos serán los que orienten la elección de la autoridad respecto de la solución que dará a conflictos jurídicos o exigencias ciudadanas, como parte del proceso de determinación del que habló Tomás de Aquino.

Tampoco cuestiona la practicidad y solidez conceptual del enfoque descriptivo y analítico del derecho de autores como Herbert Hart para atender múltiples problemas jurídicos relevantes para el derecho administrativo, en los que no están en disputa asuntos vinculados con lo que está o no disponible a la autoridad. Enfoque, por cierto, no reñido con los criterios aportados por el realismo jurídico, en contra de lo que podría pensarse (George, 2004, p. 36).

En efecto, la vinculación entre el realismo jurídico y el enfoque hartiano es posible tanto en el proceso de producción del derecho, como en el proceso de aplicación del derecho al atender los llamados *casos difíciles*, a partir de la inevitabilidad de emplear criterios sustantivos para definir lo que será derecho en una sociedad, así como para orientar la discrecionalidad de quien resuelve controversias jurídicas.

Lo que sí se cuestiona es que las autoridades, al normar o al aplicar normas a casos concretos, tomen decisiones en el derecho administrativo con impacto en la vida de las personas y hasta en su propio rol institucional, prescindiendo completamente de criterios sustantivos como los estudiados en este trabajo, por ignorarlos o considerarlos inexistentes.

Todos esos criterios han derivado de la observación de la realidad, de la experiencia. Es esta última la que ha mostrado que se desarrollan mejor las personas en las sociedades en que se respeta de forma general la cosa justa y se logran equilibrios complejos pero indispensables para el bienestar social (Acemoglu y Robinson, 2019, p. 16).

La calidad de vida en las sociedades en que se cumple de forma general con el dar a cada uno lo suyo, es la mejor prueba de que cuando las autoridades evalúan desde criterios jurídicos sustantivos si, por ejemplo, califican o no como servicio público una actividad de prestación, cumplen un rol más eficiente y ajustado a derecho, al estar mejor posición para hacer el bien y evitar el mal.

Conclusiones

En la actualidad se acepta de forma general como una acción ajustada a derecho el que la autoridad califique como servicio público una actividad de prestación, sea en su versión más intensa (servicio público tradicional) o en su versión más moderada (nuevo servicio público), considerando tal solo criterios formales, tópicos, utilitarios y económicos, los cuales serían una garantía de la no arbitrariedad de tal calificación.

Tal consenso es cuestionable si se advierte que tales criterios no son suficientes para definir los roles que corresponde a los particulares y a la Administración, y que pueden determinarse de forma prudente a partir de criterios sustantivos como los que aporta el realismo jurídico.

Solo a partir de criterios sustantivos, en general presentes en el derecho positivo, es posible identificar el ámbito de indisponibilidad que tienen las autoridades al definir el tipo de régimen jurídico apropiado para las prestaciones continuas y universales de satisfacción de necesidades públicas, evitando que tal régimen entre en contradicción con lo que corresponde a cada uno según su dinamismo propio, en este caso, a la autoridad y a los particulares.

Tales criterios sustantivos derivan de un conocimiento verificable sobre la persona, la sociedad y el Estado, y proponen un método para la determinación del derecho positivo que hace posible la aplicación armónica de diversos criterios y el debate entre cada uno de ellos.

El servicio público es una calificación que las autoridades deben emplear tomando en cuenta criterios sustantivos, a fin de evitar que el régimen jurídico que de ella derive sea arbitrario e impida la continuidad y universalidad de las prestaciones así calificadas, por ejemplo, al negar la existencia de roles propios de las personas y de la Administración.

Referencias

Abbagnano, N. (1995). *Diccionario de filosofía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Acemoglu, D. y Robinson, J. (2019). *El pasillo estrecho. Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*. Madrid: Deusto.

Arancibia, J. (2016). Los puntos de prueba en los litigios de impugnación de los actos administrativos. En J. Arancibia Mattar y A. Romero Seguel (coords.). *La Prueba en la Litigación Pública* (pp. 161-190). Santiago: Universidad de Los Andes.

Arancibia, J. (2018a). La relación jurídica público-privada: iter conceptual, atributos y criterios. En E. Soto Kloss (ed.). *El Derecho Administrativo y la protección de las Personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC* (pp. 1-16). Santiago: Ediciones UC.

Arancibia, J. (2018b). La autonomía universitaria ante el derecho. En: J. A. Guzmán, J. I. Brito e I. Illanes (eds.). *La universidad en debate: 18 miradas sobre una controversia* (pp. 45-76). Santiago: Universidad de los Andes.

Arancibia, J. (2019). La concesión de bienes nacionales: concepto, objeto, fines y consecuencias prácticas. En J. Arancibia Mattar y P. Ponce Correa (eds.). *El Dominio Público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (pp. 327-375). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Arias Castillo, T. y Herrera Orellana, L. (2019). Positivismo jurídico, Estado de Derecho y libertad: una propuesta de formulación. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* No. 16 (pp. 65-93). Recuperado de: https://bit.ly/35FVQp2 [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].

Ariño Ortiz, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública y Regulación Económica.* Granada: Editorial Comares.

Aristóteles. (2000). *Ética Nicomaquea*. Madrid: Gredos.

Aristóteles. (2007). *Retórica.* Madrid: Alianza.

Bobbio, N. (2018). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta.

Bravo Lira, B. (1986). *Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago: Editorial Andrés Bello.

Brewer-Carías, A. (1996). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Buchanan, J. y Tullock, G. (2009). *El cálculo del consenso.* Pamplona: Aranzadi.

Camacho, G. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado.* Tomo IV. Santiago: Abeledo Perrot.

Cassagne, J. (2005). El servicio público en el campo de la contratación administrativa. En J. C. Cassange y O. Gaspar Ariño. Servicios Públicos, *Regulación y Renegociación* (pp. 9-50) Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo-Perrot.

Cea, J. (2008). *Derecho Constitucional Chileno.* Santiago: Ediciones Universidad Católica, Tomo I.

Contreras, S. (2014). *El primer principio de la razón práctica. Tomás de Aquino y las nuevas teorías de la ley natural.* Berlín: Logos Verlag Berlin GmbH.

Contreras, S. (2017). La determinación del derecho en la filosofía medieval. Antecedentes de la doctrina tomista en Alberto Magno y proyecciones en Egidio de Roma. *Scripta Mediaevalia. Revista de Pensamiento Medieval*, Vol. 10, No. 2, 33-55.

Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.

Cosculleula, L., y López, M. (2009). *Derecho Público Económico.* Madrid: Iustel.

De Aquino, T. (1998). *Suma Teológica.* México: Porrúa.

Darnaculleta, M. y Tarrés, M. (2000). «Adelgazamiento» del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe «Schlanker Staat». *Revista Catalana de Derecho Público*, No. 26, 335-347.

De La Cuétara, J. (1997). Tres postulados para el nuevo servicio público. En J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz. *El nuevo servicio público* (pp. 107-182). Marcial Pons: Madrid.

Doménech, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública,* No. 195, 99-133.

Duguit, L. (1920). *Las Transformaciones del Derecho Público.* Madrid: Librería Española y Extranjera.

Epstein, R. (2008). Why the modern administrative state is inconsistent with the rule of law. *NYU Journal of Law & Liberty,* No. 3, 491-515.

Esteve, J. (2015). *Estado Garante. Idea y realidad.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Finnis, J. (1992). *Ley Natural y Derechos Naturales.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

García-Amado, J. (1987). Tópica, Derecho y método jurídico. En *Doxa* No. 4 (pp. 161-188). Recuperado de: https://bit.ly/3kDCCXh [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].

García-Huidobro, J. (1993). *Razón Práctica y Derecho Natural* (El iusnaturalismo de Tomás de Aquino). Valparaíso: Edeval.

George, R. (2004). Ley natural y naturaleza humana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, No. 110, 597-610.

George, R. (2009). *Moral Pública. Debates Actuales.* Santiago: Instituto de Estudios Sociales.

Gordley, J. (2013). Los fundamentos morales del Derecho Privado. *Revista Ius Et Veritas*, No. 47, 16-34.

Gómez Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos.* Ética de la ley natural. Santiago: Mediterráneo.

González Pérez, J. (2002). Contencioso administrativo de los servicios públicos. En: *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general.* Tomo II (pp. 203-229). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.

Grossi, P. (1996). *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons.

Guerrero, H. (2019). Michel Villey y el problema del voluntarismo en Duns Scoto. En *Revista de Humanidades* No. 31 (pp. 31-55). Recuperado de: https://bit.ly/3a08lH0 [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].

Hachette, D. (2001). Privatizaciones: reforma estructural pero inconclusa. Felipe Larraín B. y Rodrigo Vergara M. *La transformación económica de Chile.* Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Hart, H. (2003). *Utilitarismo y derechos naturales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hayek, F. (2006). *Derecho, Legislación y Libertad.* Madrid: Unión Editorial.

Hayek, F. (2011). *El ideal político del Estado de Derecho.* Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.

Hervada, J. (2011). *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico.* Pamplona: Universidad de Navarra.

Hervada, J. (1987). *Historia de la Ciencia del Derecho Natural.* Pamplona: Universidad de Navarra.

Infantino, L. (2000). *El orden sin plan. Las razones del individualismo metodológico.* Madrid: Unión Editorial.

Kelsen, H. (1992). *¿Qué es la Justicia?* Barcelona: Ariel.

Krause, M. (2011). *Economía, Instituciones y Políticas Públicas.* Buenos Aires: La Ley.

Larroulet, C. y Alessandri, G. (1994). Efectos de un Programa de Privatizaciones: el Caso de Chile (1985-1989). En *Estudios Públicos* No. 54 (pp. 175-222). Recuperado de: https://bit.ly/3slqWfK [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].

Leoni, B. (2010). *La Libertad y la Ley.* Madrid: Unión Editorial.

Mairal, H. (1993). La ideología del servicio público. *Revista de Derecho Administrativo*, 14, 359-425.

Martínez, C. (2009). *La Teoría Evolutiva de las Instituciones.* La perspectiva austríaca (2da. ed.). Madrid: Unión Editorial.

Massini, C. (1980). *La Desintegración del Pensar Jurídico en la Edad Moderna.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Meilán, J. (1973). Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. *Revista de Administración Pública,* 71, 59-100.

Miranda, A. (2006). La infalibilidad en el conocimiento de los primeros principios de la ley natural. Análisis a partir de los textos tomistas. En: S. Legarre, A. Miranda Montecinos y C. Orrego Sánchez (eds.). *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights* (pp. 229-247). Santiago: Universidad de Los Andes.

Muñoz Machado, S. (1998). *Servicio Público y Mercado. I. Los fundamentos.* Madrid: Editorial Civitas.

Olivares, A. (2014). Libre mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español. *Revista Chilena de Derecho,* 41 (1), 205-228.

Orrego, C. (1997). *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico.* Navarra: Eunsa.

Orrego, C. (2015). Iusnaturalismo contemporáneo. En J.L. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (coords.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho,* Vol. 1 (pp. 37 – 59). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Pantoja, R. (1992). El Derecho Administrativo. *Concepto, característica, sistematización, prospección.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Peña Solís, J. (2009). *Manual de Derecho Administrativo.* Volumen III. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Pereira Menaut, A. (2019). Nihilismo jurídico: ¿etsi ius non datur? Disponible en: https://bit.ly/2ZvmeAO

Pérez-Gómez, S. (1997). De la romana institución de la *publicatio* a la actual noción de afectación. *Revista Española de Derecho Administrativo,* 96, 525-542.

Pinker, S. (2019). *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso.* Buenos Aires: Paidós.

Polanco, M. (2017). *La Filosofía Moral de Adam Smith*. Madrid: Unión Editorial.

Rasmussen, D. y Den Uyl, D. (2017). *Las Normas de la Libertad. Una base perfeccionista para una política no perfeccionista.* Madrid: Unión Editorial.

Ripert, G. (2016). *La regla moral en las obligaciones civiles.* Buenos Aires: Ediciones Olejnik.

Rehbinder, M. (1971). Status, contract, and the Welfare State. *Stanford Law Review*, 23 (5), 941-955.

Rojas, C. (2014a). La categoría jurídica de los 'servicios privados de interés público'. El caso de las juntas de vigilancia de ríos. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (4), 171-204.

Rojas, C. (2014b). *Las potestades administrativas en el derecho chileno.* Santiago: Thomson Reuters.

Rojas, C. (2019). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación.* Santiago: Ediciones DER.

Sadin, E. (2020). *La inteligencia artificial o el desafío del siglo.* Buenos Aires: Editorial Caja Negra.

Sánchez, A. (2011). El derecho administrativo y sus equilibrios básicos. En J. M. de La Cuétara, J. L. Martínez López-Muñiz y F. J. Villar Rojas (coords.). *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz* (pp. 81-96). Madrid: Editorial La Ley.

Sánchez, R. (2005). *Privatizaciones: una revisión. Serie Informe Económico* No. 155. Santiago: Libertad y Desarrollo. Recuperado de: https://bit.ly/3rklJ6r [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].

Santamaría Pastor, J. (2001). *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Santofimio Gamboa, J. (2011). León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 43-86.

Sarmiento García, J. (2010). Sobre la filosofía del derecho administrativo. *Ius Publicum*, 24, 53-62. Disponible en: https://bit.ly/35mOhC9

Silva Cimma, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado.* El servicio público. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Soto Kloss, E. (2019). Los fundamentos del Derecho Administrativo. Una visión iusnaturalista. *Ius Publicum*, 43, 83-96.

Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales.* Santiago: Thomson Reuters.

Soto Kloss, E. (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales.* Vol. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. *Revista Persona y Derecho*, 19, 13-33.

Squella, A. (1995). ¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural? *Revista Chilena de Derecho*, 22, 79-89.
Steiner, F. (2002). *Regulación, estructura industrial y desempeño en la industria eléctrica.* México: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Comisión Federal de Competencia.
Tocqueville, A. (1996). *La Democracia en América.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
Truyol y Serra, A. (1995). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Alianza.
Veljanovsk, C. (1988). Privatization in Britain - The Institutional and Constitutional Issues. En *Marquette Law Review*, 71 (pp. 558-582). Recuperado de: https://bit.ly/3rmoP9Z [fecha de consulta: 25 de febrerode 2021].
Vergara Blanco, A. (2018b). *Derecho Administrativo Económico.* Santiago: Thomson Reuters.
Vergara Blanco, A. (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico,* 12, 33-49.
Vermeule, A. (2018). *La abdicación del Derecho.* Valencia: Tirant lo Blanch.
Villar Rojas, José (1993). *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico.* Madrid: Editorial Técnos.
Villey, M. (2003). *Filosofía del Derecho.* Barcelona: Scire Universitaria.
Viola, F. (2017). *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy.* Lima: Palestra.
Waldstein, W. (2007). *Lecciones sobre Derecho Natural: en el pensamiento filosófico y en el desarrollo jurídico desde la antigüedad hasta hoy.* Santiago: Universidad Santo Tomás.
Wilson, E. (2015). *La conquista social de la tierra. ¿De dónde venimos?, ¿qué somos?, ¿a dónde vamos?* Barcelona: Editorial Debate.

Jurisprudencia judicial

Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 9047-2018; 08 de octubre de 2018.
Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 73.923-2016; 25 de junio de 2018.
Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 4365-2015; 29 de julio de 2015.
Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 8268-2012; 28 de enero de 2013.
Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 5308-2009; 30 de noviembre de 2009.
Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 25.123-2015; 05 de julio de 2016.

Jurisprudencia constitucional

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia 1295-2009; 06 octubre 2009.

Jurisprudencia administrativa

Dictamen No. 042008N07, Contraloría General de la República; 13.09.07.
Dictamen No. 011781N18, Contraloría General de la República; de 09.05.18.

Pamela Beltrán Varas
pamela.beltranvaras@gmail.com

Javiera Barcia Sir
javierabarcia@gmail.com

Recibido: 05.01.21
Aceptado: 26.01.21

Los informes en la Administración: una indefinición problemática

Reports in the Administration: a problematic indefiniteness

Resumen: La presente investigación aborda la funcionalidad de los informes en el ordenamiento administrativo chileno, y cómo la precariedad de su regulación ha dado paso a un sinnúmero de conflictos tanto para la Administración como para el administrado. Expuesto lo anterior, el objetivo es realizar una descripción de las problemáticas que su aplicación produce y, asimismo, se plantean una serie de criterios o directrices que serán de utilidad para resolver las cuestiones que se pudieran suscitar al respecto, a la luz del marco jurídico aplicable.

Palabras clave: informe técnico; valor de los informes; medios de prueba; informes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Abstract: This research addresses the Reports' functionality in the Chilean administrative system and how its precarious regulation has given way to countless conflicts for both the administration and those administered by the former. The objective is to describe the problems that its application produces and set out a series of criteria or guidelines that will help resolve the questions that may arise in light of the applicable legal framework.

Keywords: technical report; value of reports; means of proof; Competition Court and the Public Procurement Court's reports.

Los informes en la Administración

Dentro de la regulación administrativa nos encontramos con una serie de normas que establecen la figura del "Informe" como una herramienta que tiene por objeto ilustrar a la administración en distintos ámbitos del actuar público como, por ejemplo, otorgar una autorización, una concesión, apoyar las pretensiones de la Administración respecto de un tema en específico o simplemente para validar la toma de decisiones. Así, la legislación administrativa se encuentra en deuda con los intervinientes del sistema, toda vez que una institución de tal relevancia como los informes no ha sido tratada, por lo que se produce a su respecto una serie de conflictos, tanto en relación con la obligatoriedad de su inclusión en el procedimiento administrativo; la posibilidad o no de refutar o contradecir su contenido tal como lo expondremos en relación a los informes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC); así como la relación simbiótica que muchas veces tiene el informe respecto del deber de fundamentación del acto administrativo. En la práctica nos encontramos frente a un problema de interpretación de normas, justamente dado por la falta de precisión de estas.

El informe no ha sido objeto de interés y, por tanto, tampoco de estudios acabados por parte de la doctrina. Sin embargo, ha dado lugar a diversos pronunciamientos, emanados de nuestros tribunales ordinarios y especiales de justicia como de diversos órganos administrativos. Estos, justamente, dan cuenta de la problemática que genera, en la práctica, la aplicación, valoración y tratamiento del informe, pues ante la ausencia de un marco conceptual y de un ordenamiento jurídico preciso que permita identificar sus características particulares y el fin para el cual fueron concebidos, difícilmente su aplicación real será pacífica. Tal es el caso, por ejemplo, de la incerteza respecto de la sanción que acarrea la prescindencia de un informe cuando la norma establece su obligatoriedad, sanción que, creemos, dependerá del fin del informe o, por ejemplo, de los conflictos suscitados a consecuencia de una suerte de homologación del acto administrativo con el informe preceptivo, suplantando este último la decisión administrativa.

Cabe tener presente que siendo la Ley N°19.880 que "Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado" (en adelante "LBPA") una ley de bases, la aplicación de sus preceptos es obligatoria y general en caso de ausencia de norma, y directa, en caso de remisión a normas reglamentarias. Así, como antecedente, es importante considerar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37° de la LBPA, existe la facultad de los órganos de la Administración de solicitar informes a los distintos organismos administrativos, cuya participación —por su *expertise* u otros motivos calificados— es necesaria para resolver una cuestión sometida a su conocimiento. Igualmente, los informes se han considerado como una herramienta al momento de resolver una disputa administrativa, sea sancionatoria o no. Estos se dan en el contexto de procedimientos que tienen por objeto la dictación de actos administrativos, los que implican la manifestación de una opinión por parte del ente público respectivo. Eventualmente pueden, tanto el acto administrativo como el informe, servir de objeto de un litigio en sede judicial.

En este orden de ideas, expondremos algunas problemáticas suscitadas a consecuencia de la aplicación del informe. Para ello dividiremos la presente investigación en tres capítulos. El primero de ellos denominado "El Informe", tiene por objeto adentrarnos en su concepto, así como en la naturaleza jurídica de esta institución y sus características. En el siguiente capítulo denominado "Regulación del Informe en el ordenamiento público chileno", nos adentraremos en su regulación en la LBPA, para luego, en un tercer capítulo denominado "El Informe y sus problemáticas en la aplicación práctica", abordaremos las problemáticas derivadas a partir de la indefinición de la institución de los Informes, realizando un estudio de los conflictos suscitados tanto a nivel de valoración, incumplimiento de la exigencia de contar con esta herramienta, así como los conflictos que surgen respecto de la homologación de éstos con los informes periciales, entre otros.

1. El informe

1.1. Concepto de informe

Como adelantáramos, nuestra legislación instituye una serie de obligaciones en orden a la emisión de informes por parte de los organismos de la Administración, sin que exista una regulación o un concepto claro al respecto. Por lo anterior, será necesario recurrir a diversas fuentes para así configurar un concepto de lo que hoy entendemos por informe, y en particular, el informe emanado de la Administración ya sea este en su carácter de técnico o no.

En términos generales, los informes —cualquiera sea su materia— se han calificado como literatura gris o no convencional, toda vez que son de producción limitada, son de difícil acceso, su contenido está dirigido a lectores especializados y muchas veces su autoría es difusa.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha definido el informe como una "Descripción, oral o escrita, de las características de un suceso o asunto. Acción o efecto de informar (dictaminar). Exposición total que hace el letrado o el fiscal ante el tribunal que ha de fallar el proceso" (Real Academia Española).

Siguiendo los criterios de la legislación española —base de nuestra actual legislación administrativa— se define que "los [informes] y dictámenes son actuaciones dirigidas a suministrar elementos de juicio o ciencia para contribuir, junto al resto de las actuaciones propias de la instrucción, a la mejor decisión por parte del órgano competente para resolver" (Parejo, 2012, p. 361)

Así, podríamos concluir que un informe incluye dos acciones; por una parte, el disponer de los datos y plasmarlos en un documento y por otra, la interpretación de estos datos para arribar a una conclusión, toda vez que supone en ciertos casos optar por una decisión dependiendo de la información que de ellos se deriven (González, 1966, pp. 13-14).

En la doctrina chilena, pocos son los autores que se han atrevido a entregar una definición en términos jurídicos, Entre ellos encontramos al profesor Reyes quien ha definido el informe desde una perspectiva procesal —como un medio de prueba— conceptualizándolo como "las opiniones técnicas (en Derecho, Economía, Medicina, Ingeniería, etcétera.) o de oportunidad administrativa, que emiten los órganos administrativos para ilustrar o servir de fundamento a las resoluciones a dictar por el órgano competente" (Reyes, 2015, p. 130).

El profesor Valdivia por su parte, realiza una conceptualización de los informes como aquellos que "iluminan el juicio de la autoridad mediante el análisis de informes elaborados por otros órganos administrativos, normalmente dotados de competencias sectoriales o técnicas en alguna materia relevante para el asunto en decisión" (Valdivia, 2018, p. 192).

En igual sentido, el profesor Cordero lo define como:

> Aquellas actuaciones de un órgano, consultivo o no, distinto de aquel a quien corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento, en las que se realiza una valoración jurídica o técnica de aspectos planteados en el procedimiento. Su finalidad es permitir al órgano responsable del procedimiento fundamentar, en un sentido u otro, la resolución que se adopte (Cordero, 2015, p. 407).

Todas las definiciones anteriores tienden a dar una caracterización general del informe, pero es importante recalcar que la mayor injerencia de estos en los actos administrativos dice relación con los informes técnicos. Buscando una definición al respecto, la normativa relativa a pesca y acuicultura ha definido el informe técnico como aquel

> Acto Administrativo mediante el cual el órgano competente expresa los fundamentos de orden

científico, ambiental, técnico, económico y social, cuando corresponda, que recomiendan la adopción de una medida de conservación o administración u otra que establezca la Ley. Los datos e información que sustenta el informe técnico serán públicos" (Artículo 2° Decreto Supremo 430 Ley General de Pesca y Acuicultura).

Como se aprecia, en términos generales, la doctrina se encuentra conteste en que un informe tiene como condición esencial el servir para iluminar la decisión de un órgano administrativo, característica sin la cual, creemos, no tiene sentido de valoración jurídica alguna. Ya considerando su principal característica, nos adentraremos en su naturaleza jurídica, con el objeto de prever los efectos de estos en el procedimiento administrativo.

1.2. Naturaleza jurídica del informe

Si bien no contamos con una definición de informe, cabe tener presente que según lo dispuesto en la LBPA que establece el concepto de acto administrativo, "constituyen también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias" (Artículo 3° inciso 6 Ley N° 19.880 Bases de Procedimientos Administrativos).

Así, por disposición legal, su carácter de acto administrativo es pacífico, pero no así su tipología. Autores como González adhieren a la tesis de identificar al informe como un acto administrativo de tipo trámite. Sostiene este que

> Entendemos por acto administrativo cualquier acto jurídico de declaración de voluntad, de conocimiento, de juicio o de deseo, realizado por una Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria, partiendo de tal concepción, no es difícil calificar el informe de acto administrativo. Así se viene aceptando ya por la doctrina que, generalmente, subraya su carácter de acto trámite (González, 1966, pp. 13-14).

En igual sentido nuestra doctrina sostiene que nos encontramos frente a un acto trámite. Así el profesor Arancibia lo ilustra en el siguiente sentido:

La doctrina ha definido los informes de los órganos de la Administración Pública en términos de actos no decisorios, es decir, aquellos que sólo [expresan declaraciones de conocimiento, de juicio o valoración y de deseo o propuesta] sin constituir, modificar o extinguir una situación jurídica (Arancibia, 2014, p. 23).

En una posición intermedia se encuentra el profesor Valdivia, que refiere que

> La ley reconoció carácter de acto administrativo a estos actos que no son decisorios. Sin embargo, no es muy seguro que se les aplique la integralidad de las disposiciones de la ley. No son actos administrativos como los otros. Muchos de ellos tienen una trascendencia acotada a los procedimientos administrativos o a la vida interna de los servicios públicos (los informes emanados de otras instituciones, por ejemplo, que son actos de juicio que suelen enmarcarse en un procedimiento administrativo principal) (Valdivia, 2018, p. 192).

En cuanto a las funciones, es necesario hacer presente que la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (en adelante Ley Organización CGR), es un claro ejemplo de la distinción de los informes de acuerdo a su funcionalidad. Así, la citada norma estima que los informes pueden ser considerados como dictámenes, a modo de auditorías en materia de presupuestos, atribuciones y deberes de los empleados públicos y contabilidad fiscal municipal, y, a su vez, como medio por el que los organismos fiscalizadores entregan información a la CGR; también puede ser considerado como un requisito que justifica que la división jurídica pueda entablar acciones ante la justicia ordinaria, y, finalmente, como cuenta pública, entre otros.

Así, a diferencia de lo señalado por la doctrina mayoritaria, sostenemos que la distinción respecto de si

nos encontramos frente a un acto administrativo terminal o no, dependerá de la funcionalidad de los informes, cuestión a la cual adherimos. En muchos casos se utiliza el informe como un acto trámite (por ejemplo, el informe del superior jerárquico respecto al desempeño de un funcionario a prueba) (Artículo 25° Ley N° 18.834 Estatuto Administrativo) o como un acto decisorio que establecen derechos para las partes (así consideramos los informes del TDLC, los informes fundantes de los dictámenes del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos y los informes emitidos por la Subsecretaría de Telecomunicaciones [Subtel] a efectos del otorgamiento de concesiones).

Un acto trámite, tal como lo indica el artículo 15° de la LBPA solo será impugnable cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan su indefensión. Así, para tener certeza y claridad respecto a la posibilidad o no de impugnar un informe, deberemos analizar si este efectivamente cumple con dichas características. Todo lo anterior reafirma la idea de que su condición o no de acto terminal dependerá en gran medida de los efectos que este produzca en el procedimiento.

1.3. Características del informe

Como principal característica, y tal como lo indica Navarro, el informe es generado por un ente público en el ejercicio de sus actividades y competencias (Navarro, 2002, p. 290). Si bien esta característica resulta obvia, existen casos en que su origen es diverso. Así, por ejemplo, existen informes que son encargados a entes que no forman parte de la organización administrativa, pero que tienen un mandato o relación contractual con el Estado, lo que los obliga a emitir informes en este respecto. Tal como lo señala Reyes:

> La doctrina ha entendido que también se pueden requerir [los informes] respecto de personas jurídicas de derecho privado, pero creo que para que fuere exigible su emisión por ellas, debería existir una norma que imponga tal carga e, idealmente, la recompense, sobre todo tratándose de bases de datos (Reyes, 2015, p. 130).

En materia de familia, por ejemplo, se dispone que en caso de que el juez lo estime necesario, podrá solicitar la elaboración de informes a terceros ajenos a la Administración como, por ejemplo, a un organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores (SENAME), que reciba aportes del Estado y que desarrolle una línea de acción comprendida en la Ley N° 20.032 (Artículo 45° Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia). En igual sentido y en relación al origen de los informes en materia de fijación de precio en asuntos expropiatorios, estos son realizados por personas ajenas a la Administración (Artículo 4° Decreto Ley N° 2186 Procedimiento de Expropiaciones). Todo lo anterior cobra relevancia desde el punto de las obligaciones a las cuales se encuentra sujeto este tercero. Sostenemos que, sin perjuicio de ser un órgano independiente de la Administración, en la dictación del informe, este debe cumplir con todos los principios de orden administrativo, tales como la probidad en la ejecución del encargo, así como la imparcialidad.

Por otra parte, tal como se mencionó, una de sus principales características radica en que el informe tiene por objeto ilustrar al peticionario respecto de alguna materia propia de su competencia, ya sea esta de carácter económico, procedimental, respecto del estado de una cuestión o cualquiera otra que se estime pertinente. Así, su concepción es principalmente informativa. Sin perjuicio de ello, existen informes que no tienen por objeto el ilustrar respecto de una materia en particular, sino simplemente aprobar o rechazar una operación determinada.

Los informes y su contenido podrían provocar efectos, y sus conclusiones no deberían ser, por tanto, soslayadas. Estos, independientemente de que sean de carácter preceptivo o facultativo, deben ser considerados por la Administración al momento de dictar su resolución; lo que se enmarca en los principios de motivación de los actos administrativos, así como en los principios de inexcusabilidad y legalidad y, también de cierta forma, en el principio de conclusividad que rige el actuar público.

2. Regulación del informe en el ordenamiento público chileno

2.1. Generalidades

Como lo señalamos, la figura del informe carece de una reglamentación sistemática en nuestra legislación. Así, el informe está tratado solo en seis artículos de la LBPA (3°, 24°,37°, 37° Bis, 38° y 41°), los que establecen ciertas reglas respecto de su producción, valoración y tramitación, pero que no entregan una visión sistémica de la institución. A continuación, analizaremos cada uno de ellos en detalle.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° de la LBPA se consideran como actos administrativos "los dictámenes, o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias". Así, se deja en evidencia su carácter de acto administrativo propiamente tal.

El artículo 37° de la LBPA, por su parte, consagra al informe como un elemento útil para la resolución del procedimiento administrativo. No existe referencia a este como un medio de prueba (si bien algunos autores así lo consideran), pero sin duda es un elemento que el órgano administrativo tomará en consideración al momento de dictar su resolución. Al igual que los medios probatorios, y de acuerdo a las normas generales sobre valoración probatoria en la LBPA, estos deben apreciarse en conciencia. Luego de su consagración legal, la LBPA se encarga de regular, de forma sucinta, el procedimiento al cual deben ajustarse los funcionarios administrativos a objeto de evacuar dichos informes.

Así las cosas, en el párrafo 1° de la LBPA sobre "Normas Básicas" del procedimiento administrativo, en su artículo 24°, establece el procedimiento respecto de la producción y de la tramitación de la solicitud de informes.

Por su parte, el artículo 37° del Párrafo Tercero de la LBPA denominado de la "Instrucción del Procedimiento", establece que los informes van a ser solicitados ya sea por disposición legal expresa o cuando la Administración los considere necesarios para la acertada resolución del procedimiento. En este último caso se ve en la obligación, al momento de resolver, de fundamentar la conveniencia de haberlo requerido, conforme el deber de motivación de los actos administrativos, consagrado en el artículo 41° de la misma disposición legal.

En relación al artículo 37° bis, atendida su relevancia, lo analizaremos en un apartado especial.

Posteriormente la LBPA, en su artículo 38°, establece el valor de los informes, esbozando una clasificación de estos, pero en ningún caso se establece un modo de valoración especial, por lo que regirán sobre la materia las normas generales de la LBPA.

Por último, el Párrafo 4° de la LBPA, de la "Finalización del Procedimiento", dispone al efecto el deber de fundamentación de los actos administrativos. Este deber de motivación obliga al órgano administrativo —que dispuso de un informe— y en caso de acoger sus planteamientos, a fundar y motivar la decisión tomando en consideración los mismos.

Como se ve, la LBPA regula las "formalidades" de los informes, pero en ningún caso entra en el detalle de su naturaleza jurídica, sus efectos o la importancia de estos en el procedimiento administrativo.

2.2. El informe y el deber de colaboración

El principio de colaboración consagrado en nuestra legislación importa asegurar la unidad o coherencia en la prestación de un servicio público, cualquiera sea este. En este contexto, el artículo 37° bis, incorporado por la Ley N° 21.000 que "Crea la Comisión para el Mercado Financiero" (en adelante Ley CMF), considera el informe

ya no de una manera meramente "formal", sino más bien sustantiva.

Dicha disposición establece que en caso de que un órgano de la Administración deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá a este todos los antecedentes y requerirá de este un informe. El objetivo de la norma —según su espíritu— es resguardar la coordinación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación, y de acuerdo con los postulados del principio de colaboración.

Ahora bien, junto con el principio de colaboración que debe ilustrar la actividad del Estado en cuanto órgano unitario, el informe debe ceñirse igualmente a los principios de eficiencia y eficacia, toda vez que su remisión auxiliará al requirente del contenido necesario para desarrollo de su labor.

Correlativo a lo anterior, y en relación al principio de colaboración, autores como García y Cordero Vega han manifestado que la incorporación del artículo 37 bis vino a robustecer y a esclarecer dicha característica. Sobre el particular se ha señalado:

> Así, el legislador mediante la incorporación del artículo 37 bis, busca reducir la indefinición con la que ha operado entre nosotros el principio de coordinación entre órganos públicos, en lo relativo al valor que deben tener informes técnicos de órganos especializados en la motivación de un acto administrativo terminal dictado por otro, y en que ha requerido del concurso del primero por mandato legal en un procedimiento administrativo (García).

Por su parte el profesor Cordero estima que este articulado también viene a regular la sanción a su infracción, pues en ciertos casos su tramitación es obligatoria. En relación a lo dicho ha sostenido que

> por un lado, el requerimiento de informe es un trámite obligatorio del procedimiento administrativo y por lo tanto su omisión implica la afectación de un requisito esencial de la tramitación del mismo, no disponible para la autoridad que gestiona la dictación de la norma… y (b) por la otra, porque la ley -reconociendo que el valor de los informes sectoriales no es vinculantes para quien los solicita- obliga, sin embargo, a hacerse cargo de ellos en la respectiva motivación del acto administrativo. Al optar por la vía de la "motivación" reconoce una abundante jurisprudencia judicial y administrativa que entiende que cuando afecta el contenido de la misma-aunque el ejercicio de la competencia sea discrecional-se produce la invalidez de un acto administrativo (Cordero).

La discusión parlamentaria respecto de la incorporación de este artículo tuvo por objeto poner en la escena administrativa la necesaria coordinación regulatoria que debe existir entre los organismos sectoriales cuando estos dicten normas que puedan afectar el perímetro regulatorio en que actúa la CMF y viceversa. Busca, en definitiva, evitar la existencia de superposiciones regulatorias y las eventuales contradicciones que pudieran suscitarse.

Concluimos que la importancia del artículo en comento vino a reforzar lo regulado en el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOGCBAE) propendiendo a la unidad de acción, a la actividad coordinada, a evitar la duplicación de funciones y a respetar los ámbitos especializados.

2.3. Informe y deber de motivación: artículo 41° LBPA

Uno de los conflictos que analizaremos más adelante dice relación con la motivación del acto administrativo fundado en un informe y el carácter simbiótico que existe entre este y el acto administrativo terminal. Así, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 41° de la LBPA, que consagra el deber de motivación de las resoluciones administrativas, en su inciso sexto dispone que "la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma". Sostenemos entonces que el legislador, con el objeto de facilitar la labor de motivación de la Administración, ha estimado que es factible que esta

se efectúe por referencia a informes. En ese sentido se pronuncia el profesor Cordero al señalar que

> la resolución debe contener la decisión sobre las cuestiones planteadas y la motivación de la misma. Para facilitar el cumplimiento del deber de motivar, se permite que ella se realice por referencia informes o dictámenes, siempre y cuando se incorporen al texto de la resolución (Cordero, 2015, p. 407).

Entonces, si bien la ley dispuso el informe como una herramienta de motivación del acto administrativo, esto, creemos, no significa que el informe *per se* pueda ser el único antecedente de motivación del mismo —cuestión que en la práctica sucede— sino que en la resolución que resuelva sobre la cuestión, deberá dar cuenta pormenorizada de todos los antecedentes que se tuvieron en consideración, así como del valor que se otorga al informe mismo y el porqué de la convicción que su contenido es acertado. En igual sentido se pronuncia el profesor Arancibia al indicar que:

> De acuerdo a estos preceptos, entonces, los órganos administrativos deben incorporar todos los elementos del acto en un mismo texto, sin escisiones totales o parciales que puedan causar dilación o incertidumbre innecesaria a los destinatarios del mismo (Arancibia J. , 2014, p. 23).

3. El informe y sus problemáticas en la aplicación práctica

Hemos venido señalando que los informes, como tales, fueron concebidos por el Legislador como una herramienta que ayuda a iluminar el juicio de la Administración al momento de resolver sobre una cuestión sometida a su conocimiento. Desde esta perspectiva, los informes, más que ocasionar conflictos, debieran prever los mismos o solucionar los existentes, objetivo que creemos que en términos generales cumple. Así, un órgano de la Administración llamado a resolver respecto de una cuestión técnica de la cual no tiene el e*xpertise* necesaria podrá recibir el auxilio de un órgano especializado para estos efectos, el cual lo ilustrará, ya sea en materias técnicas u otras, de la forma más acabada posible.

Sin perjuicio de lo anterior, y de lo bondadoso de los orígenes del informe, resulta particular que la inclusión de éste dentro de un procedimiento administrativo traiga consigo un abanico de conflictos, los cuales, creemos, se deben única y exclusivamente a la imprecisión de su regulación. Tal como lo hemos anunciado, las leyes no se encargan de sistematizar el tratamiento de los informes, sino que únicamente los estatuyen dentro de uno u otro procedimiento, sin establecer su tratamiento a nivel legal global. De esta forma hemos detectado los siguientes conflictos en esta materia:

3.1. Acto administrativo se dicta prescindiendo de un informe cuya inclusión en el procedimiento administrativo se encuentra establecido por ley

Es sabido que existen informes que son obligatorios para la Administración, la cual, si bien puede prescindir de sus conclusiones, mas no del informe mismo.

El conflicto anunciado se suscita a raíz de la posibilidad que entrega la LBPA de proseguir con el procedimiento administrativo en caso de silencio por parte del órgano llamado a informar (Artículo 38° de la Ley N° 19880 sobre Bases de Procedimientos Administrativos) resguardando de este modo los principios de celeridad, de inexcusabilidad y de conclusión del procedimiento administrativo. En esta hipótesis, la falta de un informe no significaría la anulabilidad del acto administrativo, toda vez que es la propia ley quien autoriza a proceder de esta forma.

En relación al conflicto denunciado, sostenemos que la prescindencia de un informe de carácter obligatorio

se puede deber a dos motivos: (i) el órgano llamado a evacuar el informe no procede a su confección y envío y/o (ii) el órgano llamado a resolver sobre la cuestión no solicita el informe al órgano pertinente.

En el primero de los casos, es necesario distinguir respecto de la finalidad del informe. Si este, por ejemplo, es obligatorio, sostenemos, que aplicaría por disposición del artículo 64° de la LBPA el silencio administrativo positivo, conforme al cual, la autorización contenida en el informe debiese entenderse por otorgada. Hacemos presente, sin embargo, que la Corte Suprema ha desestimado esta hipótesis. En fallo Rol N° 26.176-2009 respecto a un procedimiento de inscripción de un bien inmueble ha sostenido que:

> El informe favorable del órgano administrativo es esencial y determinante para el acogimiento de la solicitud. En otras palabras, si no se cuenta con la anuencia de la Seremi de Bienes Nacionales, no es posible realizar la inscripción y, si ella se practica de todos modos, el acto es sancionado con nulidad.

No adherimos a esta postura, ya que creemos debe existir un remedio legal para la falta de informe no considerado esencial cuya solicitud fue debidamente cursada. De este modo, se evita la anulabilidad del acto administrativo ya que no nos encontramos frente a la hipótesis de falta de un informe obligatorio, pues incorporación al proceso se encuentra plenamente cumplida con los efectos del silencio positivo, el que creemos viene a reemplazar el informe faltante. La inactividad de la Administración no puede ser excusa para imputarle un perjuicio al administrado, toda vez que aquella se ve obligada a actuar cuando así se lo indica el mandato legal (artículo 24° LBPA), por lo que la sanción, si bien se estima que es la anulabilidad del acto, creemos que, en prudencia, se debiera aplicar el silencio positivo, que versaría a favor del administrado sin perjuicio de las responsabilidades administrativas correspondientes.

Así se encuentra consagrado en materia ambiental:

> En caso de que la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo, según corresponda, no pueda pronunciarse sobre la DIA en razón de la falta de otorgamiento de algún permiso o pronunciamiento sectorial ambiental, requerirá al organismo de la Administración del Estado responsable para que, en el plazo de diez días, emita el permiso o pronunciamiento. Vencido el plazo, el permiso faltante se tendrá por otorgado favorablemente (Artículo 58° Decreto N° 40 aprueba Reglamento de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental).

De este modo, respecto de la necesidad de un informe sectorial para efectos de la dictación de una RCA, y aun cuando la norma expresamente dispone que la falta de informe se estimará como otorgado favorablemente —operando en este caso la figura del silencio administrativo positivo—, la Corte Suprema ha estimado, por ejemplo, que el informe sectorial emanado del Consejo de Monumentos Nacionales resulta obligatorio para dictar la respectiva RCA, por lo que la prescindencia de este torna la resolución en ilegal (1462-2020 Excma. Corte Suprema).

En el segundo de los casos, esto es, la falta de informe por no haberlo solicitado el órgano llamado a resolver la cuestión, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido clara al señalar que la falta de informe obligatorio torna el acto administrativo en ilegal. Sobre el particular ha sostenido:

> A este respecto y según quedó claramente asentado por el fallo recurrido, la tramitación seguida por el Director de Obras Municipales no corresponde a la establecida por el legislador, desde que no podía denegar la solicitud de permiso de rotura de pavimentos sin antes pedir informe al SERVIU. Al no obrar de ese modo el funcionario reclamado debe concluirse necesariamente que la decisión administrativa es ilegal, por no prestar acatamiento al procedimiento previsto en el artículo 75° de la Ley N° 8.946 (10213-2011 Excma. Corte Suprema).

En un sentido más estricto, la Corte Suprema ha estimado que debe estarse a la gravedad que la falta de Informe produce en los hechos. Así, en relación a la solicitud de nulidad de derecho público de un contrato de compraventa emanado de un alcalde, si bien procedió a su anulación, dejó sentado el principio de que:

> no está demás señalar que no toda ilegalidad de un acto administrativo lleva aparejada su nulidad [esto en relación a la necesidad de un Informe], por cuanto uno de los principios que informan la nulidad de los actos administrativos es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial, como prescribe el inciso segundo del artículo 13° de la Ley N° 19.880 de 2003 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Subyacen a este axioma de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Es así como no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía atropelle las garantías de los administrados. (29317-2019 Excma. Corte Suprema) .

Nos parece curioso que la tendencia de la Corte Suprema, en ambos casos es equivalente, sosteniendo que independientemente de cuál sea el origen de la falta de informes, siempre su ausencia acarrea la sanción de nulidad del acto administrativo, sin considerar la actitud diligente del administrado.

En el caso de los informes técnicos y su ausencia, es necesario tener presente que la anulabilidad del acto administrativo es el único remedio, pues su falta acarrea que el acto conclusivo no se encuentre suficientemente motivado. En dicho sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República (CGR) la cual, respecto de la falta de un informe de consultoría, estimó que no era posible, en esas circunstancias, aprobar la liquidación final de las obras de construcción referidas, dejando pendiente su aprobación hasta la remisión del informe, previniendo así una posible anulabilidad (Dictamen 33420-2019 Contraloría General de la República).

3.2. Informe y fundamentación de los actos administrativos, deficiencia metodológica

En párrafos anteriores, tratamos la obligación de fundamentación de los actos administrativos y su relación con los informes emanados de la Administración. Si bien existe consenso respecto a que el acto administrativo muchas veces debe fundarse en el informe respectivo, surge la duda de las consecuencias para la validez del acto en caso de que el informe propiamente tal tenga deficiencias metodológicas. ¿Existe una comunicabilidad negativa de la falta de fundamentación del informe hacia el acto administrativo? Sobre el particular, la Corte Suprema ha estimado que "el solo hecho de atribuir una deficiencia metodológica al Informe de Inspección Antropológica, así como la supuesta falta de fundamentación del Oficio 634 de CONADI no satisface la adecuada fundamentación" (3971-2017 Excma. Corte Suprema).

En el caso en comento, el administrado había dado cumplimiento formal a todas las exigencias del Legislador (se habían cumplido todos los supuestos para otorgar la respectiva RCA), pero se consideró que el contenido de dos informes era defectuoso y, en consecuencia, la fundamentación del acto administrativo en sí adolecía de falta de motivación. Esto, creemos, se debió a la facultad que se irroga la Corte Suprema de revisar el fondo de la acción deducida. Nos parece improcedente que un tribunal de legalidad se atribuya la facultad de imputar el contenido de los informes basado en la falta de motivación del acto. Para esto existen, en nuestra legislación, procedimientos de impugnación especiales.

3.3. ¿Informe o peritaje?

Una de las cuestiones más relevantes cuando de informes se trata, es intentar definir y entregar las características propias que distinguen el informe de la prueba pericial. En términos sencillos, es intentar determinar cuáles son sus elementos especiales que permiten diferenciarlo de otro elemento técnico, como muchas veces son los informes de la Administración.

Sobre el particular, sostenemos que los informes de la Administración tienen un estándar menor respecto de un peritaje, el cual debe cumplir con una serie de requisitos estudiados latamente por la doctrina, tales como ser

validados bajo estándares científicos que permitan ser objeto de controles de calidad, describir minuciosamente el uso del procedimiento y metodología confiable y verificable, incorporar la tasa de error potencial de la técnica, la existencia de publicaciones sobre la materia para someterse a la revisión de pares y por último la existencia de un consenso general en la comunidad científica de referencia.

Entonces, si el informe será valorado bajo los estándares de una pericia, debe cumplir con los requisitos de este medio de prueba. Así, por ejemplo, en materia de otorgamiento de concesiones de radiodifusión, el artículo 13° A de la Ley General de Telecomunicaciones ha dispuesto que "todo Informe Técnico de la Subsecretaría tendrá el valor de prueba pericial" (Art. 13° A Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones). En ese sentido la CGR ha estimado que "los informes que aquella emite solo constituyen uno de los antecedentes que debe ser considerado por el Consejo para otorgar las concesiones, al que se le atribuye valor de prueba pericial" (Dictamen 1812-2011 Contraloría General de la República).

Así, si quisiéramos que un informe tuviese el valor de una pericia, debe cumplir con los requisitos de tal medio de prueba. Entonces, por disposición del artículo 3° del Código de Procedimiento Civil debiera cumplir con todos y cada uno de los requisitos del artículo 409° y siguientes, cuestión que en la práctica no opera.

3.4. Informes como antecedentes para configurar una sanción administrativa; caso de los organismos reguladores

Siguiendo la línea del rol del informe y los conflictos que suscita en los diversos ámbitos del actuar de la Administración, nos parece relevante exponer acerca del rol que cumple respecto de los organismos reguladores, donde adquiere una cualidad adicional, toda vez que su finalidad será la de "determinar la existencia de una infracción administrativa o el grado de cumplimiento de la normativa administrativa del presunto infractor" (Osorio, 2017, p. 405, p. 782) o, en su caso, su inexistencia.

Tal es el caso, por ejemplo, del informe emanado del Fiscal de CMF respecto de la posible apertura de un procedimiento sancionatorio. Este, de acuerdo con las atribuciones que le otorga la ley, y en caso de estimar que la investigación incoada no amerita la formulación de cargos, deberá emitir un informe fundado de dicha decisión, el cual será remitido al Consejo, que podrá aceptarlo o, en su caso, solicitar la ampliación de dicho informe o la presentación de antecedentes adicionales que justifiquen su decisión (Art. 45° Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero) De igual forma, el artículo 51° de la citada disposición legal, establece la obligación del Fiscal de la CMF de remitir un informe en conjunto con el expediente administrativo, una vez vencida la etapa de instrucción, que contenga su opinión fundada respecto de la configuración de la infracción imputada (Art. 51° Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero). La relevancia de este informe está en que de acuerdo a su mérito, el Consejo pondrá término al procedimiento sancionatorio a través de una audiencia en la cual se podrán realizar las alegaciones pertinentes. Así, nos parece que esta es la única instancia en que el presunto infractor podrá refutar el contenido y las conclusiones allegadas al informe.

De este modo, el informe autogenerado por el propio ente regulador, servirá como un antecedente para decidir o no el inicio de un proceso sancionador o para esclarecer los hechos en que se funda este, así como para definir la infracción imputada.

Por otra parte, el proceso sancionador consagra los informes como elementos determinantes al momento de fundar infracciones administrativas. Así, por ejemplo, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), haciendo uso de sus facultades fiscalizadoras respecto del incumplimiento de una RCA y mediando informe previo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), puede acreditar la configuración de infracciones a la respectiva RCA. (Art. 3° Ley N° 20.417 que crea el Servicio de Evaluación Ambiental). Por otra parte, en materia de la SMA, los informes constituyen un elemento de vital importancia en el momento en que las partes quieran hacer valer sus

pretensiones. Según ha indicado el profesor Osorio:

> Los medios probatorios de los cuales podrán valerse las partes corresponden a aquellos requeridos y admitidos por la SMA, por lo que la eventual iniciativa para hacer valer reportes a iniciativa de una parte resulta ambigua, pues se plantea la revisión de informes documentales, sin indicar si ellos incluyen dentro de la actividad fiscalizadora a solicitud de parte o como consecuencia de las potestades de la SMA para requerir información a los fiscalizados, confusión que redunda en un menoscabo de los derechos que los administrados pueden ejercer en un procedimiento extremadamente complejo ante un órgano con robustas potestades y que puede definir, por expresa disposición legal, la "pertinencia" o "conducencia" de las diligencias o medidas probatorias solicitadas, afectando el derecho a la igualdad de armas en un procedimiento de esta naturaleza (Osorio, 2017, p. 405).

Los ejemplos dados se fundan en la necesidad de los órganos fiscalizadores y sancionadores de contar con una herramienta que sea útil en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras y sancionadoras.

En el ámbito sancionatorio, los informes actúan como verdaderos medios de prueba o, al menos, como antecedentes que sirven de sustento o indicio para configurar diversos medios de prueba. La cuestión que nos parece compleja es que la facultad de solicitar dichos informes está entregada a la Administración y, tal como lo indica Osorio, esto perturba la igualdad de armas con que las partes se enfrentan en un procedimiento sancionatorio.

Hacemos presente, sin embargo, que en un esfuerzo de mejorar la legislación en materia sancionatoria, se presentó ante el Legislativo un proyecto de ley que pretendió regular el procedimiento sancionatorio como tal. En referencia a los informes existe un único artículo —el artículo 24°— que se refiere a esta institución el cual dispone:

> Realizadas las diligencias probatorias o una vez presentados los descargos o vencido el plazo para ello, según el caso, se recabarán los informes que correspondan conforme las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que lo exija o fundamentando la conveniencia de requerirlos, según corresponda. Salvo disposición legal expresa en contrario, los informes que se recaben serán facultativos y no vinculantes (Art. 24° Proyecto de Ley 3475 sobre Bases de Proyecto Administrativo Sancionatorio).

Lamentablemente el proyecto no llegó a discutirse en la Cámara, pero nos parece interesante analizar ciertos puntos al respecto:

(i) Opuesta con la LBPA, esta última consagra los informes de forma expresa, cuestión que se extraña en esta pretendida legislación. Nos parece que, atendido que la LBPA no establece una regulación minuciosa, esta sería una oportunidad de cubrir dicha falencia.

(ii) Por otra parte, se deja a la discrecionalidad (racional, por supuesto) de la autoridad, el solicitar o no los informes cuando la ley no lo disponga de forma preceptiva, pero nada se dice respecto de la posibilidad de un particular de recabar dicha información. Siguiendo a Osorio, esto rompe, entonces, con la igualdad de armas y, así, con el debido proceso.

(iii) Se elimina la referencia respecto a que la resolución final que ponga término al procedimiento puede motivarse en las conclusiones del informe o, en caso contrario, describir los motivos por los cuales dichos informes fueron desechados. Sobre este punto nos parece que su eliminación es del todo atingente, ya que un proceso sancionatorio, que debe empaparse de los principios del debido proceso en materia penal, no podría prescindir de la totalidad de las probanzas para emitir su pronunciamiento, y basarse principalmente en una. Esto atentaría de forma flagrante las garantías del investigado.

Atendida la naturaleza del procedimiento sancionatorio, y la evidencia de los distintos tratamientos que hoy las leyes especiales le otorgan, creemos que su regulación

debiera ser muchísimo más exhaustiva, como asimismo la legislación base, la cual es aplicable al procedimiento sancionatorio, necesariamente requerirá de una reglamentación sistemática de la institución de los informes que permita que las partes se enfrenten en igualdad de condiciones frente a una posible sanción administrativa.

3.5. El Informe como antecedente para la resolución de disputas: caso del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos

Nos parece relevante, a modo ejemplar, realizar un análisis respecto de los informes en jurisdicciones tan especializadas como la del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Así, de forma previa, es necesario recordar que el Panel de Expertos en materia eléctrica tiene por misión resolver las discrepancias o controversias relacionadas con la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. El razonamiento sobre el cual discurre el Panel entonces es de carácter eminentemente técnico cuyos dictámenes son vinculantes para las partes y no recurribles. Es importante considerar que, a pesar de la calidad de irrecurribles de sus decisiones, así como la discusión que existió respecto a su calidad de Tribunal o no, el Panel de Expertos y sus decisiones gozan de tal prestigio en la industria eléctrica por lo elevado de su nivel técnico, que sus decisiones pocas veces han sido impugnadas. Asimismo, cabe hacer presente que el Panel cumple con diversas funciones siendo en parte "un colaborador del regulador eléctrico en la implementación de políticas públicas de su competencia" (Arancibia & Romero, 2016, p. 490).

El informe, en esta sede, se contempla dentro de la audiencia pública posterior a la presentación de las discrepancias, como un antecedente útil para resolver. Respecto del objeto de la prueba es importante recalcar lo que indica Vergara Blanco: "de la revisión de casos podemos comprobar que en muy pocos de ellos serán disputados unos hechos, y usualmente la disputa recaerá en la interpretación de una normativa y la coherencia de ciertas decisiones técnicas con tal normativa" (La Prueba en la Litigación Pública, 2016, p. 489).

Es importante señalar que el Panel de Expertos tiene un reglamento de tramitación de discrepancias, que se refiere de forma sucinta a los informes. Sobre el particular, el artículo 36° indica que: "Los antecedentes y fundamentos de la discrepancia no podrán ser adicionados, rectificados o enmendados con posterioridad a su presentación, sin perjuicio de la facultad de Panel para requerir informes, antecedentes y documentos adicionales para ilustrar su dictamen" (Art. N° 32 Decreto N° 44 sobre Reglamento Panel de Expertos Servicios Eléctricos). En la práctica, y a pesar de dicha prohibición, el Panel ha aceptado la inclusión de documentos, antecedentes e informes de forma posterior.

En lo que dice relación a la toma de decisiones, es importante destacar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 211° de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), el Panel debe optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda optar por decisiones intermedias. Siendo el objeto de la prueba principalmente materias técnico/jurídicas, es habitu al que la prueba por excelencia sean los informes técnicos. En relación a estos, el reglamento del Panel de Expertos abre la posibilidad a que las partes de la discrepancia, así como el propio Panel, puedan acompañar diversos informes. Para la parte discrepante, estos están acotados al momento de presentar la discrepancia, para el recurrido, al momento de la audiencia pública, pero el Panel goza de mayores atribuciones. Así, este podrá requerir informes, antecedentes y documentos adicionales para ilustrar su dictamen, aun luego de realizada la audiencia (Arts. 36° y 38° Decreto N° 44 sobre Reglamento del Panel de Expertos de Servicios Eléctricos).

Por otra parte, y en lo que respecta a esta investigación, es importante señalar que el Panel tiene la facultad de producir su propia prueba, la cual se verá plasmada en el respectivo informe. Creemos que precisamente este es el mayor de los conflictos. El Panel toma los antecedentes presentados por las partes, y contando con personal propio y sobre la base de en base su apreciación personal de los antecedentes técnicos, elabora un informe interno

que finalmente será el fundamento de la resolución final, considerando aquel informe que más se acerque a lo investigado por el propio Panel.

Se ha dicho que en este caso no es necesario ilustrar al Panel, porque el Panel ya es un órgano ilustrado y en este entendido no requerirá de información externa que lo auxilie en el estudio de la cuestión sometida a su decisión. Siendo un informe técnico, de carácter interno, ¿cómo pueden las partes de la discrepancia refutar su contenido? ¿Pueden presentarse nuevos informes luego de evacuado el informe del Panel? Dejamos planteada la cuestión porque, si bien, como indicamos, las resoluciones del Panel gozan de prestigio, nos parece que tarde o temprano esta fórmula de resolución de controversias traerá grandes problemas para los agentes del mercado en cuestión.

3.6. Informes y el recurso de protección: un medio de defensa

Una cuestión particular ocurre con los informes en los denominados recursos constitucionales. Tanto respecto del recurso de protección, del recurso de amparo y del recurso de amparo económico, la ley establece que una vez interpuesto el recurso y acogidos estos a tramitación, la Corte respectiva solicitará un informe a los supuestos responsables del acto u omisión arbitraria o ilegal (o en su caso a quien supuestamente produjo la privación, perturbación o amenaza de la libertad personal o seguridad individual del amparado, o la infracción al inciso segundo del artículo 19 N° 2 de la CPR).

Este informe deberá exponer una relación de todos los hechos de acuerdo a la versión del informante, remitiendo los antecedentes que le sirvan de fundamento. Tal como lo señalan los profesores Mosquera y Maturana:

> en la práctica, el informante procede en su informe no solo a formular una relación de los hechos, sino que, a efectuar su defensa, señalando todos los fundamentos en virtud de los cuales procedería rechazar el recurso, ya sea por razones de admisibilidad o por falta de requisitos de procedencia (Mosquera & Maturana, 2010, p. 423).

En términos prácticos y dado lo concentradísimo de los procedimientos, el informe funciona en estos casos, muchas veces, como una "contestación de demanda" y "medio de prueba", siendo valorado conforme a las normas de la sana crítica.

Así, creemos debemos realizar una distinción respecto de las partes a quienes se les solicita un informe en estos procesos. Podemos distinguir, entonces, entre las partes del proceso propiamente tales (recurrido y recurrente) y los terceros, que sin ser parte en el proceso, porque no se les imputa ninguna conducta de carácter arbitrario, son llamados a informar conforme a su rol o a su labor técnica. Por medio de Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección (en adelante AA) la Corte de Apelaciones respectiva debe ordenar que informe "la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal" (Art. 3° del AA. N° 94-2015 Tramitación y Fallo Recurso de Protección, 2015) y, por otro lado, podrá solicitar "informe a los terceros que, en su concepto, pudiesen resultar afectados por la sentencia de protección" (Art. 3° del AA. N° 94-2015 Tramitación y Fallo Recurso de Protección, 2015).

Respecto al informe emanado de una de las partes del proceso, y siendo este un órgano de la Administración, uno de los conflictos que podría suscitarse en la materia dice relación con la intuitiva defensa que el órgano de la Administración realizará respecto de los actos u omisiones arbitrarios o ilegales. No resulta extraño, entonces, que al momento de informar, un órgano de la Administración pretenda agregar información que no fue incorporada en un momento anterior, con el objeto de subsanar su conducta.

Otro asunto conflictivo puede suscitarse a raíz de los informes emanados de organismos administrativos que actúan como terceros en el procedimiento cautelar. En el caso de que la Corte tenga dudas o al menos sospechas respecto de lo indicado por las partes en el proceso, podrá solicitar la intervención de un tercero, el cual, a través de

un informe tenderá a zanjar la controversia. Entonces, nos encontramos con una desviación en la toma de decisiones que podría provocar una "suplantación" de la decisión de la respectiva Corte.

3.7. Informes como ejercicio de la potestad preventiva regulatoria: caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) es especial en cuanto a informes se trata. De acuerdo con sus potestades preventivas regulatorias, puede y debe emitir informes conforme lo dispone el artículo 18° N° 7 del D.L. N° 211, de acuerdo al cual, dentro de sus atribuciones y deberes se encuentran "las demás que le señalen las leyes", incorporándose en esta facultad todas las leyes sectoriales que requieren de un pronunciamiento de este tribunal, para efectos de la concreción de ciertas operaciones o del resguardo *ex ante* de la libre competencia.

Entre las normas sectoriales que requieren de la intervención del TDLC mediante informe, podemos citar, entre otras, las siguientes: (i) Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, (ii) Ley N° 19.542 Establece Normas sobre Modernización del Sector Portuario Estatal, (iii) DFL N° 4/20.181 Ley General de Servicios Eléctricos, (iv) DFL N° 323 de 1931, de Interior, Ley de Servicios del Gas, (v) DFL N° 382 de 1988, de Obras Públicas, (vi) Ley General de Servicios Sanitarios y (vi) Código de Aguas.

Todas estas normas tienen como común denominador la participación del TDLC para regular el mercado y sus tarifas, así como la certeza para los intervinientes en diversas operaciones, de que estas no afectarán la libre competencia. En este orden de ideas, el informe toma el rol de regulador de la actividad económica.

En términos generales, los informes del TDLC actúan como elementos de validez de los actos u operaciones sometidos a su control, sin cuya participación dichos actos no podrían ejecutarse, y se emiten de forma preventiva, para evitar que se produzcan alteraciones a la libre competencia en un mercado determinado. El conflicto surge, entonces, cuando, solicitada la intervención del TDLC, este niega su autorización mediante un informe desfavorable a la operación. En este entendido, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31° del D.L. 211, los informes solo pueden ser objeto de recurso de reposición atendido su carácter de acto trámite, conclusión a la que arribamos considerando el tenor literal del articulado.

Es así como en virtud de la citada disposición legal, se restringe la posibilidad del administrado de impugnar el contenido del informe, toda vez que solo se permite recurrir ante el mismo tribunal que lo dictó. Consideramos que el informe debiese ser objeto del recurso de reclamación en atención a las garantías del debido proceso, en especial el derecho recursivo, siempre que se cumplan con las siguientes condiciones:

(i) La naturaleza jurídica del informe debe compartir las características de una sentencia definitiva, esto es que ponga fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del procedimiento no contencioso.

(ii) Asimismo, debe tratarse de una sentencia declarativa que dé certeza respecto de una situación jurídica determinada, y no solo se limite a "ilustrar al órgano administrativo" respecto a una materia en específico.

(iii) Debe tratarse de una resolución de término que ponga fin a una instancia determinada. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al señalar que: "Cuarto: Que, a mayor abundamiento, en relación a las resoluciones susceptibles de recurso de reclamación en aquellas materias reguladas por el D.L. N° 211, se ha resuelto: "no se atiende a su contenido de fondo como criterio para definir los recursos procedentes, bastando que ponga término al procedimiento, sea que fije o no condiciones" (10557-2014; 265-2013 Excma. Corte Suprema).

Es importante señalar que en dos de los últimos informes evacuados por el TDLC se ha suscitado la problemática en cuestión, llegando incluso a cuestionarse

la constitucionalidad del artículo 31° del D.L. N° 211 en relación a la improcedencia del recurso. Si bien la cuestión aún no ha sido fallada, es importante tener en consideración que la problemática ya está instalada, y será el Tribunal Constitucional el cual entregará las pautas al respecto (Ingreso N° 9559-2020 en Tribunal Constitucional).

3.8. Informes y el carácter vinculante de su contenido caso de la Comisión de Libertades Provisionales

En el mismo sentido, un caso que ha estado en la mira del escrutinio público dice relación con la valoración de los informes cuando sus conclusiones no son vinculantes. Así, por ejemplo, se ha dado la problemática respecto de los informes emanados de Gendarmería de Chile, en casos de otorgamiento de libertades condicionales, cuando estos informes, si bien son desfavorables, no son considerados de forma vinculante al momento de otorgar el beneficio.

Tal es el caso de lo ocurrido en el polémico caso Ámbar que dio paso incluso a una acusación constitucional contra la juez presidente de la Comisión de Libertades Condicionales. De acuerdo con los requisitos dispuestos por el Decreto Ley 321 que regula las libertades condicionales y que se encontraba vigente en ese momento, cumplidos los requisitos formales y objetivos dispuestos en dicha norma legal, es posible acceder a la libertad condicional como un derecho de los condenados.

El informe que hace Gendarmería, entonces, si bien es parte del proceso, no es vinculante respecto de la decisión de la Comisión de Libertades Condicionales, ya que solo aporta antecedentes integrales sobre la vida del condenado. Su carácter de no vinculante se justifica ya que, de serlo, la decisión respecto del otorgamiento o no de una libertad provisional la tomaría entonces Gendarmería, y no una comisión de jueces, por lo que esta última carecería de sentido. Sin perjuicio de ello, y a pesar del carácter no vinculante del mismo, en caso de que la comisión se enfrente a un informe desfavorable, debe fundamentar y explicitar en su resolución por qué, pese al contenido del informe, es pertinente otorgar el beneficio de la libertad condicional.

Sostenemos que existiendo un organismo técnico, "equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile", que debe elaborar el informe cuya característica es que "permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad" y que, además, deberá contener "los antecedentes sociales y las características de la personalidad de la persona condenada dando cuenta de la conciencia de la gravedad del delito del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos", resulta, al menos, curioso que quien en definitiva decida sean terceros ajenos al sistema penitenciario. Sin perjuicio de ello, el argumento vertido en torno a la suplantación de la decisión judicial nos parece del todo razonable. Si bien es cierto que el organismo técnico que más conoce respecto de los condenados es precisamente Gendarmería, una decisión jurisdiccional de esta envergadura no puede quedar en la decisión de un órgano administrativo, sino que necesariamente debe ser entregada a una comisión de jueces que, además de valorar el cumplimiento de los requisitos legales, pueda valorar de forma armónica las consecuencias del delito cometido y la gravedad de su ejecución en conjunto con la solicitud de libertad solicitada.

La solución, entonces, pasa justamente por la modificación legal que se tuvo en vista el año 2019. Así, lo que el legislador plasmó, cuestión que creemos debiera inspirar al resto de la legislación sobre la materia, es que, a los informes, a pesar de no ser vinculantes, debe dotárseles de requisitos y contenidos mínimos que hagan que sus conclusiones y fundamentos sean válidos al momento de ponderar el mismo en conjunto con otros factores. Así, la nueva disposición si bien no le entregó al informe un carácter determinante, si lo dotó de contenido y, por tanto, de la obligación de la Comisión de Libertades Condicionales, de hacerse cargo de sus fundamentos, uno a uno, en estrecha vinculación con el artículo 41° de la LBPA.

Así, la nueva normativa viene a reforzar el rol del informe en materia de libertades, exigiendo sobre su respecto especiales requisitos (Art. 11° letra B Decreto

Ley N°321 sobre Libertad Condicional), sin perjuicio de lo cual se mantiene la facultad de la Comisión de Libertades de otorgar o no el beneficio, independiente del resultado o conclusiones de dicho informe. Ante la sensibilidad de la materia de que se trata, sostenemos que debe aplicarse una solución intermedia. Así, existiendo un informe psicosocial del órgano técnico llamado a informar, que sea desfavorable respecto del otorgamiento del beneficio, creemos que este no puede ser prescindible a la luz de lo sucedido en el caso Ámbar.

4. Conclusiones

Luego del análisis de los informes, en su concepto, características, efectos y otros, tanto en la legislación administrativa común como en la sectorial, no cabe sino concluir ciertas premisas que saltan a la vista.

1. Como cuestión preliminar, sostenemos que efectivamente y sin duda, dada la falta de conceptualización de los informes, su tratamiento en las diversas normas sectoriales y la ausencia por completo de disposiciones que reglamenten su adecuado uso y generación, los informes, hoy, forman parte de la denominada "Literatura Gris", barrera que impide en innumerables ocasiones tener acceso a los mismos, así como, también, tener certeza respecto de la autoría de estos. Así se evidencia que se requiere de forma perentoria una regulación sobre la materia.

2. En segundo lugar, existe una evidente falta de precisión en la regulación que torna la tarea de sistematización en una compleja labor. Dicha ausencia de sistematización produce que los informes tengan un tratamiento, efectos y formas de incorporarse en los procedimientos administrativos muy casuística, por lo que deberá estarse a cada caso particular para precaver sus efectos.

3. En tercer término, sostenemos que la falta de definición en cuanto a su naturaleza jurídica implica que no exista consenso respecto de los efectos jurídicos provenientes de su falta de incorporación en un proceso administrativo. Sostenemos, a diferencia de la doctrina mayoritaria, que un informe podrá ser calificado como acto administrativo terminal o de mero trámite, dependiendo de los fines para los cuales fue previsto y los efectos que este produce.

4. Como cuarta cuestión es importante mencionar que la ausencia de un informe en procedimientos cuya exigencia está prevista en la ley, debida a un actuar imputable o al menos negligente de la propia Administración, no puede acarrear el efecto de anulabilidad del acto una vez que esta haya otorgado el acto favorable. De este modo, la confianza legítima y la buena fe con que actúa el administrado son razones suficientes para no alterar el contenido de la resolución.

5. Respecto de los informes preceptivos, cuando estos deben ser evacuados por un órgano diverso a aquel que resolverá respecto del fondo del asunto, su carácter simbiótico queda tan de manifiesto que difícil es distinguir respecto de la labor que cada uno de estos organismos está llamado a cumplir. Sostenemos, así, que no puede desviarse el verdadero sentido de los informes técnicos preceptivos, que, si bien vienen a ilustrar al órgano resolutor, no pueden bajo pretexto de mejoras técnicas, suplantar la decisión del órgano administrativo llamado a resolver. Por más técnico y preceptivo que el informe sea, la resolución de la cuestión debe ser ponderada tomando en consideración todos los elementos que se alleguen al proceso.

6. Toda vez que no existe en nuestra legislación un estándar normativo respecto de la metodología que debe utilizarse en los informes técnicos, creemos que no es

factible que se persista en la idea de utilizar estos como si fuesen verdaderas pruebas periciales, que finalmente se tornan inalterables para el sentenciador u órgano resolutor. Responsables de estos son tanto el Legislador —que muchas veces equipara ambos institutos— como el sentenciador, el cual, sobre la base de una deferencia técnica, termina por reemplazar la labor judicial.

7. Como última cuestión, nos parece que la vía por la cual se optó en el caso de las Libertades Condicionales, debiera ser la idea central o matriz que inspire al resto de la legislación en cuanto a informes se trata. Si dotamos a los informes de contenido, de manera tal que sea posible individualizar e identificar tanto sus fuentes, así como su metodología, conclusiones y registros utilizados para su confección, será posible entonces valorar los mismos conforme a parámetros y criterios objetivos, lo que permitirá abandonar, entonces, su carácter de literatura gris.

Referencias

Arancibia, J. (2014). La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. En E. Soto Kloss (Coord.). *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (pp. 21-33). Santiago de Chile: LegalPublishing.

Arancibia, J. y Romero, A. (2016). *La prueba en la litigación pública.* Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.

Cordero V., L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed. corregida). Santiago de Chile: Legal Publishing.

González N., F. (1966). *Los Informes Administrativos como Actos de Instrucción del Procedimiento Administrativo.* España: DA Estudios.

Mosquera, M. y Maturana, C. (2010). *Los recursos procesales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Navarro B., D. (2002). La naturaleza del informe como tipología documental: Documento gris, documento jurídico y documento de archivo. *Anales de Documentación, 5*, 287-302. Recuperado de: https://revistas.um.es/analesdoc/article/view/2091 [fecha de consulta: 17 de agosto de 2020].

Osorio, C. (2017). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador: Parte General* (2ª ed. revisada y actualizada). Santiago de Chile: Legal Publishing.

Parejo, L. (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo* (5ª ed. revisada y actualizada). Valencia: Tirant lo Blanch.

Reyes, M. Á. (2015). *La prueba en los procedimientos administrativos.* Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.

Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Normas

Ley N° 19.880, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Decreto Supremo N° 430 de septiembre de 1991, que fija el Texto Refundido, Coordinador y Sistematizado de la Ley N° 18.892 de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura.

Ley N°18.834 Estatuto Administrativo.

D.F.L. 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, septiembre 2005, Ministerio de Salud.

Ley N° 19.968 de 2004, que crea los Tribunales de Familia.

D.L. 2.186 que aprueba la Ley Orgánica de Procedimientos de Expropiaciones.
Decreto Supremo N° 518 de 22 de mayo de 1998 que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.
Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero.
Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
Proyecto de Ley N° 3475-06 sobre las Bases de los Procedimientos administrativos sancionatorios.
Decreto N° 44 del Ministerio de Energía que establece el Reglamento del Panel Expertos en materia eléctrica.
Decreto N° 900 del 31 octubre 1996, Ley MOP y Concesiones Obra Pública.
Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
Decreto Ley N° 211 que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia.
Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones.
Autoacordado N° 94/2015 de la Corte Suprema sobre Tramitación y fallo del recurso de Protección de garantías constitucionales.
D.L. 321 del Ministerio de Justicia que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de Libertad.

Sentencias Corte Suprema

Corte Suprema, Rol 1.462-2020.
Corte Suprema, Rol 10.213-2011.
Corte Suprema, Rol 29.317-2019.
Corte Suprema, Rol 3.971-2017.
Corte Suprema, Rol 10.557-2014.
Corte Suprema, Rol 265-2013.

Dictámenes Contraloría General de la República

Dictamen CGR N° 33.420 de 2019.
Dictamen CGR N° 1.812 de 2011.

Procesos ante el Tribunal Constitucional

Proceso Rol N° 9.559-20.

Hernán Corral Talciani
Universidad de los Andes, Chile
hcorral@uandes.cl

Pandemia, obligaciones y contratos: nuevas soluciones para nuevos problemas*

El título del seminario "El Derecho Civil en tiempos de crisis", nos trajo a la mente el lugar común que señala que en chino la palabra "crisis" se compone de dos fonemas: uno que alude a un riesgo o peligro, y otro que habla de oportunidad. En este sentido, nos parece que la pandemia del coronavirus ha constituido una oportunidad para el Derecho en general y para el Derecho Civil en particular, ya que hemos debido enfrentar nuevos problemas jurídicos y frente a ellos han surgido nuevos criterios para solucionarlos de un modo que sea lo más justo y adecuado, dadas las circunstancias de este tiempo de restricciones y confinamientos.

Muchos problemas han necesitado que se dicten leyes especiales o de emergencia. Pero en su mayoría los problemas contractuales se han debido resolver con novedosos criterios interpretativos de las normas de nuestro Código Civil que ha demostrado la suficiente plasticidad para hacer frente a controversias y conflictos que se dan a casi 170 años de su entrada en vigor.

Veamos, en primer lugar, las soluciones legislativas.

* El texto reproduce la conferencia que diera el autor en el marco del Seminario "El Derecho Civil en tiempos de crisis", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca y que tuviera lugar el día 25 de marzo de 2021.

1. Las soluciones legislativas

1.1. Leyes de ayudas económicas

Por cierto se han dictado leyes para apoyar a las personas que han perdido el empleo, para proporcionar subsidios y ayudas a quienes han visto mermado sus rentas: ley Nº 21.230 sobre Ingreso Familiar de Emergencia, luego extendido por otras leyes; ley Nº 21.229, sobre Fondo de Garantía para Pequeños y Medianos Empresarios, FOGAPE, ley N° 21.232, sobre acceso al subsidio de desempleo; ley N° 21.260 sobre extensión del posnatal de emergencia; y ley Nº 21.240, que da facilidades a usuarios finales de servicios sanitarios, electricidad y gas.

Hasta se ha llegado a aprobar reformas constitucionales para eludir la iniciativa exclusiva de ley del Ejecutivo y permitir retiros de fondos previsionales, pero también para autorizar sesiones telemáticas en el Congreso, o materias referidas a elecciones y proceso constituyente.

1.2. Normas sobre prescripción en la ley Nº 21.226

En materia civil, en la ley Nº 21.226, de 2 de abril de 2020, que estableció normas sobre la tramitación de los juicios en pandemia, se consideró una norma especial sobre la prescripción.

El art. 8 de dicha ley dispuso que "[d]urante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe... se entenderá interrumpida la prescripción de las acciones por la sola presentación de la demanda, bajo condición de que esta no sea declarada inadmisible y que sea válidamente notificada dentro de los cincuenta días hábiles siguientes a la fecha del cese del referido estado de excepción constitucional... o dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que la demanda fuere proveída, lo que suceda último.– No será aplicable lo dispuesto en el inciso anterior para el ejercicio de las acciones penales.– Asimismo, no aplicará lo dispuesto en el inciso primero de este artículo para el ejercicio de las acciones laborales y de competencia de los juzgados de policía local, en cuyo caso se entenderán prorrogados los plazos de prescripción y de caducidad respectivos, hasta cincuenta días hábiles contados desde la fecha de cese del estado de excepción constitucional de catástrofe...".

La ley distingue tres situaciones: prescripción de las acciones civiles, prescripción de las acciones penales y prescripción o caducidad de las acciones de competencia de los tribunales del trabajo y de policía local.

Para estas últimas, laborales y de policía local, se prorrogan los plazos de prescripción y de caducidad hasta cincuenta días hábiles contados desde el cese del estado de excepción.

Las acciones penales, en cambio, no son afectadas en cuanto a su prescripción por esta ley y seguirán su curso normal.

Por último, las acciones civiles no ven prorrogado el plazo de prescripción, de manera que conservarán los plazos que les asigna la ley. Lo novedoso es que la ley dispone que para que se interrumpa civilmente la prescripción bastará que se interponga la demanda, obviamente mediante el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial.

Este efecto, sin embargo, queda supeditado a varias condiciones que deben considerarse resolutorias: primero, que sea notificada legalmente en el plazo de 50 días hábiles desde que cese el estado de catástrofe, si la demanda ha sido proveída con anterioridad a ese cese o, en caso contrario (si es proveída después de haber cesado dicho estado) en el plazo de 30 días hábiles desde la fecha de la resolución que la provee. Se exige además que la demanda no sea declarada inadmisible. En ambos casos, la interrupción se tendrá por acaecida en la fecha en la que se presenta la demanda.

Se puede discutir si esta ley ha venido a reforzar la tesis de que la interrupción de la prescripción se produce en la fecha en que se interpone la demanda a condición de que sea luego notificada legalmente. Algunos podrían sostener que esta norma excepcional confirma que la interpretación correcta de las normas del Código Civil (arts. 2518 y 2503) es que la interrupción sólo se produce desde que se practica la notificación, dado que fue necesario dictar una ley especial para disponer lo contrario. Pero se trata de un argumento no determinante, porque también puede explicarse la norma especial con la idea de que en estos casos el efecto interruptivo se mantiene pendiente durante todo el estado de excepción, pero siempre que en un determinado plazo se practique válidamente la notificación.

Otras dudas que surgen son de carácter práctico. La ley habla de "la prescripción de las acciones", por lo que parece referirse sólo a la prescripción extintiva, y quedaría fuera la interrupción de la prescripción adquisitiva. Nos parece que esto no es así, y que también deben incluirse los plazos de prescripción adquisitiva, ya sea del dominio o de otros derechos reales, ya que nuestro Código Civil dispone que "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho" (art. 2517).

Pareciera que se contemplan como interrupción, conforme a la interpretación jurisprudencial del art. 2003 del Código Civil, no sólo la demanda propiamente tal, sino las solicitudes por las que se inician gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, como el reconocimiento de firma, confesión de deuda, o notificación de un protesto de cheque, letra de cambio o pagaré.

Finalmente, también puede plantearse la interrogante sobre qué sucede con las demandas que fueron presentadas antes de que entrara en vigencia la ley Nº 21.226, es decir, antes del 2 de abril de 2020, ya que el legislador no estableció reglas de transición respecto de gestiones judiciales iniciadas en forma previa a su entrada en vigor. Si miramos la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes tenemos dos normas que podrían aplicarse: una relativa a la substanciación de los procesos (art. 24) y otra relativa a la prescripción (art. 25); pero ninguna de ellas se aplica a la ley Nº 21.226 que se limita a dar normas sobre la interrupción de la prescripción de las acciones civiles sin intervenir en la extensión de los plazos. La misma ley señala que este régimen de interrupción se aplica si se presenta la demanda "durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por decreto supremo Nº 104, de 18 de marzo de 2020...". Así, es claro que las demandas presentadas entre el 18 de marzo y el 2 de abril de 2020, quedan incluidas en el régimen de excepción, si es que no se habían alcanzado a notificar.

1.3. Otros proyectos de ley

Sobre el proyecto que proponía introducir un art. 1546 bis (Boletín 13.474-07) no nos extenderemos porque ha sido criticado de manera generalizada, básicamente por dos razones: por no aplicarse a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor, y porque permitía, siguiendo en esto la reforma de contratos francesa de 2016, que se eludiera fácilmente la norma al condicionarla a que la parte no haya aceptado el riesgo del cambio de circunstancias.

Han existido otros proyectos que finalmente no han prosperado como el que proponía la suspensión del pago de aranceles pero sólo en instituciones de educación superior, si bien ordenaba que pasada la emergencia sean pagados aunque sin multas ni intereses (Boletín Nº 13378-04). Ha sido un proyecto extensamente criticado ya que hubiera perjudicado enormemente a las Universidades que en gran parte dependen del pago de los aranceles, y que debido a la pandemia han debido soportar el crecimiento de la moratoria en el pago de estos aranceles.

2. Las soluciones de la doctrina

2.1. Literatura abundante

Durante todo el año 2020, hemos visto que muchos profesores y autores de derecho civil han abordado los principales problemas en materia de contratos, a través de comentarios, columnas, artículos e incluso libros. Destaco la tercera edición del libro sobre caso fortuito de Mauricio Tapia (2020) que contiene un capítulo especial sobre la pandemia del coronavirus[1], la monografía *Contrato y caso fortuito* de Álvaro Vidal e Íñigo de la Maza (2020), el libro del joven profesor Sebastián Campos (2020) que lleva por título *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos* y la recopilación de las ponencias de un seminario editado por Gabriel Hernández (2020) que lleva por título *Covid-19 e incumplimiento contractual,* de diciembre del 2020, y en el que colaboran varios autores jóvenes como Erika Isler, Pablo Cornejo, Hugo Cárdenas, Rodrigo Parra y Juan Luis Goldenberg, además de profesores de mayor trayectoria como el mismo editor y Mauricio Tapia. Deben añadirse algunos artículos de libro colectivo editado por Cristián Lepin (2020), sobre el caso fortuito en el Derecho que contiene algunos estudios referidos a los contratos en Derecho Civil[2].

En general, los problemas novedosos que se ha debido enfrentar dicen relación con temas clásicos pero que contienen nuevos desafíos y se proponen soluciones alternativas.

2.2. El análisis del caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la obligación

Varias cuestiones se han presentado en el tratamiento jurídico del caso fortuito. Entre ellas si es la pandemia en sí un caso fortuito o más bien lo son las órdenes de la autoridad que restringen la movilidad de las personas. En general, se sostiene que se trata de este último caso: "actos de autoridad ejercidos por un funcionario público" como reza uno de los ejemplos del art. 45 del Código Civil. Pero, como apunta Sebastián Campos, es posible que la misma pandemia pueda ser considerada un caso fortuito en cuanto imposibilidad moral de no poner en riesgo la integridad física personal o de la familia.

También se ha debido discutir qué efectos produce el caso fortuito que da lugar a una imposibilidad temporal. En general, se ha afirmado —lo que ya se encontraba en la monografía de la profesora María Graciela Brantt (2010)[3]— que no extingue la obligación pero sí suspende su exigibilidad.

Otro problema que se ha suscitado es si puede aplicarse el caso fortuito a las obligaciones dinerarias, como sucede con la obligación de pagar la renta en los arrendamientos de inmuebles destinados a la habitación. La idea general es que dado que el dinero es un género que no perece no hay imposibilidad de cumplir, por lo que el Estado debiera ayudar a estas personas que por pérdida del empleo u otras circunstancias derivadas no han podido cumplir con sus obligaciones dinerarias. De hecho la ley Nº 21.299, de 2020, regula la postergación de cuotas de créditos hipotecarios y crea la garantía estatal para caucionar cuotas postergadas.

Se discrepa respecto de los efectos que produce para las obligaciones de la contraparte, lo que nos lleva al problema del riesgo en los contratos.

2.3. El riesgo contractual

Lo más importante, nos parece, que se ha estudiado es la suerte de los contratos bilaterales si una de las

[1] El capítulo IX se refiere al Covid-19 como caso fortuito (pp. 137-258).
[2] Los estudios referidos a contratos son los de Carmen Domínguez Hidalgo, M. Fernanda Vásquez, Jaime Lorenzini y Alex Zúñiga.
[3] La monografía es resultado de la tesis doctoral que elaboró bajo la dirección del profesor Álvaro Vidal.

obligaciones se suspende por caso fortuito, es decir, si suspendida una obligación por caso fortuito sigue o no vigente la obligación correlativa. Es lo que se ha planteado respecto de los arrendamientos de contratos de locales comerciales, en que el arrendador se ve impedido de cumplir con su obligación de mantener la cosa arrendada para el objeto por el que fue arrendada, por las órdenes de la autoridad que impiden o restringen la apertura de este tipo de negocios. ¿Debe el arrendatario seguir pagando la renta o esta obligación también se suspende? Lo mismo se plantea con los contratos de construcción en que se ordena la paralización de faenas y en los contratos de prestación de servicios educacionales.

En general, como es sabido, la regla expresa del Código Civil trata de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto y en ese supuesto señala que el riesgo pertenece al acreedor, es decir, si se extingue la obligación de dar una cosa por pérdida fortuita subsiste la obligación correlativa, por ejemplo de pagar el precio en el caso de la compraventa (art. 1550 y 1820 del Código Civil). Pero hemos de entender que se trata de una norma de excepción y que en otros casos el riesgo debe recaer en el deudor, por lo que si una obligación se extingue o suspende por caso fortuito, la obligación correlativa también se extingue o suspende.

Algunos profesores siguiendo las ideas del llamado Derecho Uniforme de los Contratos han intentado restringir la causa de extinción de la obligación por pérdida fortuita de la cosa debida sólo a la obligación de dar un cuerpo cierto, lo que implicaría que en las demás obligaciones el caso fortuito no extinguiría la obligación sino que sólo liberaría al deudor de responsabilidad y habría incumplimiento. Siendo así, y si se trata de un incumplimiento grave o esencial, procedería que la parte de la obligación correlativa demande la resolución del contrato u oponga la excepción de contrato no cumplido.

Otros opinan que estos casos pueden solucionarse por la fórmula anglosajona de frustración del fin del contrato, lo que sería equivalente entre nosotros a la desaparición sobrevenida de la causa del contrato.

La discusión no sólo se ha dado en Chile. Dos grandes juristas españoles con la vehemencia hispánica que los caracteriza, han sostenido un debate sobre si lo que se da en estos casos es un problema de riesgo ante la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito de la obligación del arrendador de mantener la cosa en el estado para el que fue arrendada (Carrasco Pereda) o en realidad se trata de un caso de variación de las circunstancias que requiere revisión judicial o legislativa: *cláusula rebus sic stantibus* (Pantaleón)[4].

Por nuestra parte, hemos sostenido que entre nosotros no es necesario tomar partido por alguna de estas posiciones, ya que es perfectamente aplicable el art. 1932 del Código Civil que dispone que “el arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento... si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada... aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario”, a lo que se agrega que si el impedimento para el goce es parcial, el juez puede conceder una rebaja de la renta.

2.4. Cumplimiento por equivalencia

Otro asunto que ha llamado la atención y sobre el cual ha habido demandas y recursos de protección, es el de la sustitución de la enseñanza presencial por la educación *on line* a través de diversas plataformas (Zoom, Canvas, Teams). Se señala que habría a lo menos un incumplimiento imperfecto y que por tanto correspondería reducir los aranceles o incluso suspenderlos.

Esta controversia ha puesto en el tapete la cuestión de si puede cumplirse el interés del acreedor con un medio equivalente al que se ha estipulado en el contrato.

[4] Sobre esta polémica ver Corral Talciani (2020).

Por nuestra parte hemos propuesto que, tratándose de arrendamiento de servicios a los que se aplican las reglas del mandato, debiera considerarse aplicable el cumplimiento por equivalencia que establece el art. 2134 del Código Civil. Esta norma señala que la recta ejecución del mandato comprende la sustancia del negocio encomendado y los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo; pero luego dispone: "se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato". Nos parece que este regla es perfectamente aplicable a nuestro caso: existe una necesidad imperiosa (la suspensión de clases presenciales por el peligro de contagio del coronavirus), se emplean medios equivalente (clases *on line* en vez de presenciales) y se obtiene el objeto esencial del mandato (que los alumnos aprendan los contenidos que corresponden a sus asignaturas). Por cierto, el colegio o universidad debiera apoyar a los alumnos cuyas familias no tengan los medios para seguir estas clases telemáticas.

Otros autores (Vidal y De la Maza, 2020) han intentado ir más lejos y adaptar a nuestro Derecho Civil, la categoría usada por el Derecho estadounidense que se denomina "*commercially reasonable substitute performance*", que está contemplada en el *Uniform Commercial Code*, y que traducen como "sustituto comercialmente razonable". Según esta teoría en estos casos no habría una lesión al principio de identidad del pago, sino que un cumplimiento posible que satisface por equivalencia el interés del acreedor. Por lo mismo, sostienen que el art. 1569 del Código Civil, al disponer que el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, podría interpretarse para entender que una sustitución de la prestación comercialmente razonable es la misma cosa. Es lo que sucedería en la educación superior que está dando cumplimiento a sus deberes contractuales mediante clases *on line*, aunque no se aplicaría a la educación escolar porque los autores opinan que los colegios tienen además una obligación de custodia de los alumnos que no podría ser sustituida.

La sustitución comercialmente razonable debe conectarse con la irresistibilidad del caso fortuito, de modo que si hay una sustitución disponible para el deudor, este deberá ejecutarla sin que el acreedor pueda negarse a aceptarla, aunque en algunos casos podría pedir la rebaja del precio. Vemos aquí una cierta inconsistencia porque si hay cumplimiento, aunque sea por equivalente, no puede haber reducción del precio.

2.5. Imprevisión, frustración del contrato y deber de negociar

Por cierto, estos desequilibrios contractuales han llevado a reeditar en nuestro ámbito la vieja polémica sobre si la teoría de la imprevisión o alguna de sus versiones como la excesiva onerosidad sobreviviente o la frustración del fin del contrato pueden ser aplicados sin necesidad de un texto legal que así lo establece. Varios profesores como De la Maza, Momberg, Alcalde, Campos y Tapia, siguiendo a juristas antiguos que así lo han planteado, piensan que sobre la base del principio de la buena fe o sobre el decaimiento de la causa o por una condición resolutoria implícita, podría pedirse la revisión o la terminación de un contrato que por el cambio de las circunstancias económicas producidas por la pandemia han devenido gravemente perjudiciales para una de las partes.

En general, sin embargo, se señala que la consecuencia de la demanda debería ser la obligación de las partes de negociar una adaptación del contrato o su terminación, ya que se estima inconveniente que sea un tercero, el juez, el que reescriba el pacto contractual.

Ahora bien, nos parece que esto es lo que ha estado sucediendo, sin necesidad de orden judicial, en la mayor parte de los casos. Vemos, por ejemplo, que los malls han llegado a acuerdo con sus locatarios para suspender o reducir la obligación de pagar por sus locales, que las empresas de turismo llegan a acuerdos con los pasajeros ya sea para trasladar los viajes o compensarlos de otras maneras, que los bancos han posibilitado la renegociación de los créditos hipotecarios (con ayudas del Estado), etc. Y es que es claro que si una parte observa que la otra está teniendo dificultades para cumplir el contrato, incluso el interés económico de mantener un cliente le llevará a

hacer también un sacrificio en sus intereses pensando en que después de la pandemia el cliente recuperará su solvencia.

Estas negociaciones de carácter espontáneo nos parecen más razonables que aquellas que se imponen por medio de un mandato judicial, porque si las partes han llegado a un juicio es porque han fracasado en las negociaciones previas, por lo que difícilmente llegarán a acordar algo en el contexto de la lucha desatada de un litigio.

2.6. Algo sobre los actos de consumo

Sobre los actos de consumo debe destacarse la labor que ha hecho el Servicio Nacional del Consumidor haciendo uso de la facultad del art. 58, letra b), de la Ley Nº 19.496, introducida por la Ley Nº 21.081, que le permite dictar resoluciones interpretativas de la ley.

Tres de estas Circulares Interpretativas pueden ser destacadas: la Circular sobre resguardo de la salud de los consumidores y de medidas alternativas de cumplimiento, suspensión y extinción de las prestaciones frente a la pandemia provocada por el Coronavirus (Resolución Nº 371, de 23 de abril de 2020), la Circular sobre suspensión de plazos de las garantías legales, voluntarias y de satisfacción durante la crisis sanitaria derivada de COVID-19 (Resolución Nº 340, de 9 de abril de 2020) y la Circular sobre contratación a distancia durante la pandemia provocada por el COVID-19 (Resolución Nº 326, de 6 de abril de 2020).

Como han hecho ver los profesores Juan Ignacio Contardo y Jaime Carrasco (2021), en general el Servicio ha demostrado proactividad para adaptar medidas que protejan la salud, la información y los derechos de los consumidores. Si bien en algunas casos más que interpretar la ley ha ido más allá y ha impuesto reglas que son de competencia del legislador. Así por ejemplo el SERNAC determinó que los plazos de las garantías legales y voluntarias se suspenden durante todo el Estado de Emergencia Constitucional lo que sin duda es un exceso dado que con las prórrogas de dicho estado vamos llegando a más de un año.

No obstante, y pese a estas posibles críticas, debe agradecerse que el Servicio Nacional del Consumidor haya adaptado la ley Nº 19.496 a las exigencias propias de una crisis tan impredecible como incierta.

3. Una conclusión provisional

Hemos hecho un apretado resumen de los principales aportes y de las soluciones, no siempre uniformes, que se han ideado para resolver los problemas que ha traído la pandemia sobre las obligaciones y contratos.

Este esfuerzo por poner al Derecho Civil a tono con la actualidad debe ser considerado uno de los efectos positivos de esta catástrofe sanitaria que nos ha traído tantos males. Creemos que podemos estar optimistas respecto del estado de nuestra disciplina que se observa dinámico y sobre todo auspicioso por la incorporación de plumas de profesores jóvenes que parecen asegurar que las nuevas generaciones seguirán cultivando incluso con más fuerza y creatividad la dogmática civil contractual.

Referencias

Brantt Zumarán, M. G. (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y alcance del caso fortuito en el Código Civil chileno.* Santiago de Chile: Abeledo Perrot.

Campos Micin, S. N. (2020). *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos.* Santiago de Chile: Ediciones DER.

Contardo, J. I. & Carrasco, J. (2021). Circulares interpretativas del Sernac: a dos años del estreno de su nueva facultad. *El Mercurio Legal.* Recuperado de: https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2021/02/09/Circulares-interpretativas-del-Sernac-a-dos-anos-del-estreno-de-su-nueva-facultad.aspx [fecha de consulta: 13 de abril de 2021].

Corral Talciani, H. (2020). Un quiltro entre perros grandes: sobre los efectos del covid-19 en los contratos de arrendamiento de locales comerciales. *El Mercurio Legal.* Recuperado de: https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/05/08/Un-quiltro-entre-perros-grandes-sobre-los-efectos-del-covid19-en-los-contratos-de-arrendamiento-de-locales-comerciales.aspx [fecha de consulta 13 de abril de 2021].

De la Maza Gazmuri, Í. & Vidal Olivares, Á. (2020). *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Hernández Paulsen, G. (coord.) (2020). *Covid-19 e incumplimiento contractual.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Lepin Molina, C. (ed.) (2020). *Caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho. Estudios a partir de la pandemia del Covid-19.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Tapia Rodríguez, M. (2020). *Caso fortuito o Fuerza Mayor* (3ª ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Revista Jurídica Digital UANDES 4/1 (2020), 139 - 145

Carolina Helfmann M.
Pontificia Universidad Católica de Chile
chelfma1@uc.cl

La publicidad de los actos urbanísticos municipales: comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 175-2020 (Inmobiliaria San Carlos S.A. con Ilustre Municipalidad de Las Condes)

Publicity of municipal urban planning acts: comment on the Supreme Court's Judgment No. 175-2020 (Inmobiliaria San Carlos S.A. with Ilustre Municipalidad de Las Condes)

Resumen: Este comentario tiene por propósito comentar una sentencia de la Corte Suprema referida a la publicidad de los actos urbanísticos municipales. Se trata de una sentencia relevante ya que permite apreciar los dos momentos que hasta la fecha ha tenido la jurisprudencia judicial en relación con esta importante materia, y plantear algunos desafíos a la jurisprudencia venidera. Así, en un primer momento, la Corte Suprema identifica la problemática referida a una categoría de actos administrativos que no serían objeto de notificación respecto de todos los interesados ni de publicación en el Diario Oficial, sosteniendo que, para los efectos de la impugnación, la fecha relevante es la fecha de dictación del acto. En un segundo momento, la Corte Suprema señala que es posible que ciertos permisos de edificación deban publicarse en el Diario Oficial, dadas sus especiales particularidades que se relacionan con el interés general de la comuna. Sin embargo, la Corte Suprema no ha resuelto con claridad cuáles son esas particularidades Por lo anterior, este comentario finaliza con una propuesta acerca del contenido de un posible tercer momento de la jurisprudencia.

Palabras clave: notificación; publicación; interesados; permisos; edificación.

Abstract: This commentary refers to a recent Supreme Court ruling on the publicity of municipal urbanistic acts. The latter is a relevant ruling since it allows us to appreciate the two moments that judicial jurisprudence has had to date regarding this important matter and to pose some future jurisprudential challenges. Firstly, the Supreme Court identified the problem referred to a category of administrative acts that would not be notified to all interested parties or published in the Official Gazette, arguing that for the challenge, the relevant date is the date of issuance of the act. Secondly, the Supreme Court deems it possible that certain building permits must be published in the Official Gazette, given their particularities due to particular circumstances related to the commune's general interest. However, the Supreme Court has not determined these particular circumstances; thus, this commentary ends with a proposal regarding the content of a possible case law's third stage.

Keywords: notification; publication; interested parties; permits; building.

1. Antecedentes de la sentencia de la Corte Suprema

1.1. Hechos

Los hechos de este caso se remontan al año 2016 cuando la I. Municipalidad de Las Condes otorgó los siguientes actos administrativos: Permiso de Edificación Nº114/16 de 12 de diciembre de 2016 y Resolución Sección 2ª Nº 41 de 30 septiembre de 2016 mediante la cual se autorizó una rectificación al permiso Nº114/16 relativa a la superficie del terreno. Frente a la dictación de este último acto (que habría permitido justificar técnicamente las obras aprobadas), terceros solicitaron la invalidación de ambos actos.

Durante la tramitación del procedimiento de invalidación, el cual fue rechazado el 24 de octubre de 2018, la Dirección de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Las Condes ("DOM") otorgó la recepción definitiva (Nº552 de 8 de octubre de 2018), acto que fue publicado en la página web de la Municipalidad con fecha 26 de noviembre de 2018.

A causa del rechazo del procedimiento de invalidación y de la emisión del acto de recepción final, los terceros interpusieron un reclamo de ilegalidad municipal para impugnar la legalidad de los tres actos administrativos mencionados: permiso de edificación, rectificación de este y recepción definitiva.

1.2. Historia procesal

El reclamo de ilegalidad fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol Nº 60-2019) por considerar que era extemporáneo dado que: i. respecto de los actos emitidos el año 2016 los reclamantes tuvieron conocimiento de los mismos al menos el 24 de agosto de 2018, fecha en la cual solicitaron la invalidación en sede administrativa y, por ende, el plazo se encontraba vencido; y ii. respecto del certificado de recepción final, atendida la fecha de publicación del mismo en el sitio web de la I. Municipalidad de Las Condes.

Los reclamantes interpusieron recurso de casación en el fondo, esgrimiendo que el reclamo de ilegalidad fue presentado dentro de plazo, pero sin hacer mención a las ilegalidades reprochadas a los actos administrativos, razón por la cual —y atendido al carácter estricto del recurso de casación en el fondo— este fue rechazado. Sin embargo, y para lo que interesa a este comentario, la Corte Suprema se pronunció acerca de la publicidad de los actos urbanísticos municipales.

1.3. Cuestiones sometidas al conocimiento de la Corte Suprema a través del recurso de casación

La Corte Suprema se debía pronunciar acerca de la extemporaneidad del reclamo de ilegalidad municipal. Para ello, correspondía analizar la interpretación realizada por la Corte de Apelaciones en cuanto a la fecha a partir de la cual se empezó a computar el plazo para que los reclamantes interpusieran el reclamo. Ello depende de la decisión que se adopte en cuanto a la regla de publicidad a la que se encuentran sujetos estos actos. Así, la discusión de fondo versaba sobre la necesidad de publicar en el Diario Oficial los actos urbanísticos municipales y, por ende, determinar la aplicación del artículo 48 de la Ley Nº19.880 sobre Bases de los Procedimientos que Rigen los Actos de la Administración del Estado, en tanto norma supletoria a la normativa urbanística.

2. Aspectos relevantes de la sentencia de la Corte Suprema

2.1. Relevancia de la sentencia

La sentencia en comento es relevante ya que se trata de un pronunciamiento reciente de la Corte Suprema en relación con la publicidad de los actos urbanísticos municipales, manteniendo anteriores criterios y, por esto, dando cuenta de las líneas jurisprudenciales que se han desarrollado en los últimos diez años en esta materia.

2.2. Consideraciones en cuanto a la extemporaneidad del reclamo de ilegalidad municipal y la publicidad de los actos urbanísticos municipales

La sentencia en comento reitera el criterio sostenido por la Corte de Apelaciones, sin embargo, agrega ciertas complejidades asociadas a la publicidad de los actos municipales urbanísticos. Son estas complejidades las que serán analizadas en este comentario por su transcendencia.

La Corte Suprema —citando dos fallos anteriores[1]— sostiene que el reclamo de ilegalidad municipal plantea el problema de saber qué ocurre con los actos administrativos que no se notifican a los interesados y que tampoco son de aquellos que se publican. De acuerdo con la jurisprudencia citada:

> En este evento, en relación con actos no publicados ni notificados, la solución es que el plazo de treinta días debe contarse desde la dictación del acto, lo que no puede ser de otra manera, ya que, y salvo que se rechace la posibilidad de accionar, la única otra solución sería que el plazo se cuente desde que se tuvo conocimiento del acto, lo que resulta contradictorio con la naturaleza misma del reclamo de ilegalidad y la certeza jurídica necesaria. Respalda esta aseveración la necesidad jurídica de que la presunción de legalidad que consagra el artículo 3° de la Ley N° 19.880 se fije con claridad, de modo que las actuaciones administrativas, municipales en este caso, no queden sujetas a la posibilidad de una revisión indefinida (considerando décimo).

A continuación, la sentencia agrega:

> Que, si bien esta Corte ha señalado que determinados permisos de edificación deben publicarse en el Diario Oficial, aquello se ha fundado en sus particularidades, toda vez que tienen ciertas características específicas vinculadas a su magnitud y ubicación, se relacionan con el interés general de la comuna. Sin embargo, los antecedentes de hecho del presente caso no dejan establecida ninguna particularidad que haga procedente la aplicación excepcional de la normativa municipal o subsidiaria de la Administración, para establecer la obligatoriedad de la publicación en el Diario Oficial, hito desde el cual se pretende se compute el plazo para recurrir de ilegalidad (considerando undécimo).

Así, esta sentencia recoge pronunciamientos anteriores y que corresponden a lo que se identifica más adelante como los dos momentos jurisprudenciales. Desde ya es posible adelantar que un primer momento se caracteriza por una postura de simplificación en cuanto a señalar que por regla general los actos municipales urbanísticos no se encuentran sujetos a ningún tipo de publicidad y, por ende, los plazos para presentar reclamaciones en relación con los mismos se cuentan desde su dictación. En cuanto al segundo momento, este recoge el mismo criterio anterior y lo plantea como la regla general. Así, da cuenta que ello puede variar motivado por ciertas particularidades que emanan de la edificación y su relevancia en la comuna.

[1] Correspondientes a los Roles 4384-2008 y N° 377-2012.

3. Consideraciones generales respecto de la publicidad de los actos urbanísticos municipales y comentarios a la sentencia de la Corte Suprema

3.1. Consideraciones generales en cuanto a la publicidad de los actos urbanísticos municipales

No existe en la normativa urbanística un mandato imperativo en cuanto a la publicidad de los actos urbanísticos, sino solo una norma que establece una posibilidad para los destinatarios de tales actos (artículo 116 bis C de la Ley General de Urbanismo y Construcciones[2]). Por lo mismo, la Corte Suprema ha recurrido a las normas supletorias contenidas en la Nº19.880 sobre Bases de los Procedimientos que Rigen los Actos de la Administración del Estado.

Esta última realiza una distinción en cuanto a los actos de efectos individuales —los que son objeto de notificación en conformidad con los artículos 45 a 47— y otro grupo de actos que deben ser publicados en el Diario Oficial, de acuerdo al artículo 48. Dentro de este segundo grupo, se encuentran aquellos actos que "miren al interés general" así como aquellos "que interesen a un número indeterminado de personas". La pregunta que debe realizarse es si los actos urbanísticos municipales corresponden al primer o al segundo grupo.

Responder esta pregunta es relevante ya que la notificación o publicación —según sea el caso— constituye un elemento de eficacia del acto administrativo y además determina el momento a partir del cual se empiezan a contabilizar los plazos para la interposición de los diversos medios de impugnación previstos por el ordenamiento jurídico.

A continuación, se dará cuenta de las líneas jurisprudenciales que la Corte Suprema ha desarrollado en los últimos años y los desafíos que siguen pendiente y que probablemente deben ser abordados por jurisprudencia venidera.

3.2. Las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema

a. El primer momento: la detección del problema y la simplificación de la respuesta

Tal como identifica el fallo en comento —incluso citando la jurisprudencia relevante: Roles Nº 4384-2008 y 377-2012— el primer momento jurisprudencial viene dado por la identificación de la problemática referida a una categoría de actos administrativos que no serían objeto de notificación respecto de todos los posibles interesados ni de publicación (considerando duodécimo, décimo tercero y décimo sexto respectivamente).

[2] "Aprobado por el Director Obras Municipales un anteproyecto u otorgada una autorización para subdividir, o un permiso de edificación, de urbanización o de cambio de destino de un edificio existente, el propietario podrá informar al público sobre dicha gestión administrativa, para lo cual deberá comunicar por escrito a la Dirección de Obras Municipales que se acoge al procedimiento de publicidad que regula este artículo.
La Ordenanza General establecerá la forma, plazo y condiciones mediante las cuales se podrá informar al público, al concejo y a las juntas de vecinos de la unidad vecinal correspondiente de la aprobación a que alude el inciso anterior. Entre dichas medidas, se considerará la instalación de un letrero visible en el lugar de la obra, la comunicación por escrito a los vecinos afectados y la comunicación a través de algún medio masivo, como radio o periódico, de acuerdo a las características de los proyectos. En todo caso, se deberá contemplar, como último trámite, la obligación de publicar un aviso en el Diario Oficial, el cual dará a conocer a la comunidad las características esenciales de la actuación de que se trate, la que se presumirá de derecho conocida desde la publicación del mencionado aviso.
Transcurridos treinta días desde la publicación a que se refiere el inciso anterior, la Municipalidad, a petición de parte, emitirá un certificado en que deje constancia que, hasta la fecha de su emisión, no han ingresado reclamos ni se le han notificado judicialmente recursos que recaigan sobre la gestión publicitada".

En ambos casos citados, la Corte Suprema detecta una problemática y la resuelve de la siguiente manera: el plazo de ejercicio del reclamo de ilegalidad municipal se cuenta desde la dictación del acto. Sostiene que esa es la única posibilidad, ya que contabilizar el plazo desde que se tuvo conocimiento del acto resulta contradictorio con la naturaleza del reclamo de ilegalidad y la certeza jurídica necesaria.

b. El segundo momento: la incorporación de un elemento de interpretación

Un segundo momento jurisprudencial viene dado con dos fallos posteriores —en este caso no citados por la sentencia en comento: Roles Nº 47.610-2016 y 4.163-2019— que demuestran un avance en la reflexión de la Corte Suprema al introducir un elemento de interpretación.

En la primera sentencia (que a su vez cita a la sentencia de la Corte Suprema Rol 3.918-2012)— referida al caso Punta Piqueros (hotel ubicado en la zona costera de la Quinta Región)— se confirma un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y se reproduce lo siguiente:

> … en este caso específico resultaba exigible a la autoridad edilicia la notificación de este permiso de edificación a través del mecanismo que el ordenamiento jurídico reserva para los actos administrativos más relevantes y trascendentes para la comunidad, cual es, su publicación en el Diario Oficial (considerando noveno).

En la segunda sentencia, dictada en el mes de enero de este año, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente:

> En tal sentido y refiriéndose a los permisos de edificación esta Corte Suprema ha precisado, además, basada no ya en la legislación urbanística, sino la municipal y subsidiaria de aplicación general, que es posible que ciertos permisos de edificación deban publicarse en el Diario Oficial, dadas sus particularidades que por circunstancias específicas se relacionan con el interés general de la comuna." (considerando quinto). En este caso en particular, y tratándose de un edificio ubicado en la comuna de Las Condes, la Corte sostuvo que "Los antecedentes de hecho del presente caso, no dejan establecida ninguna particularidad que permita colegir ciertas especificidades que hagan procedente la aplicación de la normativa municipal o subsidiaria de la Administración, como consecuencia de lo cual tampoco ha sido transgredida por los jueces de la instancia (considerando quinto).

Así, la Corte Suprema parece avanzar hacia un criterio consistente en que la publicidad de los permisos de edificación emana de un análisis que debe ser realizado para cada caso en particular, pues dependerá de las características de cada uno de ellos. Ciertamente ello no aporta certeza jurídica. Lo que requiere es la configuración de criterios que permitan determinar cuáles son esas particularidades que hacen necesaria la publicación de un permiso de edificación y sus actos relacionados, lo que, por supuesto, no implica restar importancia al análisis que igualmente deberá ser realizado para cada caso en específico.

c. ¿Un posible tercer momento? La configuración de las particularidades que tornan necesaria la publicación de actos urbanísticos municipales

Hasta el momento, la Corte Suprema ha detectado el problema y ha propuesto dos soluciones, sin perjuicio de que una de ellas requiere mayor desarrollo. Los efectos prácticos son evidentes. Por lo mismo, resulta urgente que la Corte Suprema ahonde en cuáles son esas "particularidades" que hacen exigible la publicación de un permiso de edificación o bien que esta problemática sea solucionada a nivel legislativo. Sin perjuicio de que esto último podría ser de mucha utilidad, ello no resta relevancia al objeto de este comentario, ya que además de los actos urbanísticos, existen muchos otros actos respecto de los cuales pueden existir eventuales interesados que al no ser los destinatarios de los mismos no sean objeto de notificación, lo que plantea, por ende, situaciones similares a las de los actos urbanísticos municipales.

Qué se debe entender por particularidades ciertamente no es fácil de determinar. En su acepción regular, particularidad consiste en una "singularidad, especialidad, individualidad" (Real Academia Española, 2021, definición 1) o bien "cada una de las circunstancias o partes menudas de algo" (Real Academia Española, 2021, definición 3). Como se señaló anteriormente, se trata de un análisis que requiere ser realizado caso a caso y que, por lo tanto, impone a la Administración un deber de analizar y determinar si los hechos y el contexto en el cual un acto administrativo es emitido permite configurar alguna de las circunstancias del artículo 48 de la norma supletoria en materia de procedimiento administrativo.

En el caso de los actos urbanísticos municipales, tal determinación puede estar vinculada a la relevancia que tiene el proyecto en la comuna, ello por ejemplo en relación con posibles efectos medioambientales o patrimoniales. En este sentido, existe un caso pendiente ante la Corte Suprema donde aquello podría ser abordado. Se trata del caso de Parque Pumpin[3].

Sin duda configurar esas particularidades es complejo. Sin embargo, ello resulta urgente para efectos de permitir cumplir con el principio de control de las actuaciones administrativas en materia urbanística, lo que solo es posible si los interesados toman conocimiento de este. Por lo mismo, es de esperar que la Corte Suprema avance en su línea jurisprudencial.

4. Conclusiones

La normativa urbanística no contiene una norma imperativa relativa a la publicidad de los actos urbanísticos municipales. Por eso, se debe recurrir a la norma supletoria y a la interpretación judicial. A partir de la sentencia en comento, es posible distinguir dos momentos jurisprudenciales. En un primer momento, la Corte Suprema identifica la problemática referida a una categoría de actos administrativos que no serían objeto de notificación a los interesados ni de publicación, sosteniendo que para los efectos de la impugnación la fecha relevante es la fecha de dictación del acto. En un segundo momento, la Corte Suprema, aplicando normativa supletoria a la urbanística, señala que es posible que ciertos permisos de edificación deban publicarse en el Diario Oficial, dadas sus especiales particularidades las que se relacionan con el interés general de la comuna. Sin embargo, a la fecha no se ha pronunciado acerca de cuáles son aquellas particularidades. Por esta razón, se trata de un tema que aún requiere mayor desarrollo por parte de la jurisprudencia. Justamente esta pretensión debiese dar lugar a un tercer momento en la jurisprudencia.

A través de este tercer momento jurisprudencial, la Corte Suprema debiese ahondar en la determinación de tales particularidades para efectos de dotar de mayor certeza a los privados, pero especialmente a la actuación administrativa. Como fue señalado, en el caso de los actos urbanísticos municipales, tal determinación dependerá de elementos tales como: relevancia que tiene el proyecto para la comuna, efectos ambientales o patrimoniales, entre otros.

[3] Actualmente pendiente ante la Corte Suprema: Roles Nº 59.585-2020 y 75.434-2020. Ambas causas estuvieron suspendidas hasta marzo de 2021. Si bien retomaron su actividad, a la fecha de entrega del presente comentario ni registran novedades.

Referencias

Real Academia Española. (2010). *Diccionario de la Lengua Española* (23a ed.). Recuperado de: https://dle.rae.es/ [fecha de consulta: 6 de abril de 2021].

Normativa

Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.
Ley Nº 19.880 sobre Bases de los Procedimientos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.
Ley General de Urbanismo y Construcciones contenida en el DFL Nº 458 de 1975.

Jurisprudencia

Corte Suprema. Juan Carlos Ossandón Valdés contra Alcalde Municipalidad de Concón. Sentencia de fecha 02 de mayo de 2013. Rol 3.918-2012.
Corte Suprema. Hotelera Somontur S.A. contra alcalde subrogante Municipalidad de Chillán. Sentencia de fecha 19 de mayo de 2010. Rol N° 4.384-2008.
Corte Suprema. Lautaro Ríos Álvarez contra I. Municipalidad de Viña del Mar. Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013. Rol N° 377-2012.
Corte Suprema. Inmobiliaria Punta Piqueros contra Contraloría Regional de Valparaíso. Sentencia de fecha 04 de octubre de 2016. Rol N° 47.610-2016.
Corte Suprema. Dalgarrando Brito Alberto con Lavín Infante Joaquín. Sentencia de fecha 13 de enero de 2020. Rol N° 4.163-2019.
Corte Suprema. Inmobiliaria del Puerto SpA con Ilustre Municipalidad de Valparaíso. Rol N° 29.585-2020.
Corte Suprema. Inmobiliaria del Puerto SpA con Ilustre Municipalidad de Valparaíso. Rol N° 75.434-2020.

José Luis de Marchena Vidal
jldemarchena@munitaabogados.cl

Solicitud de declaración de existencia de relación laboral entre un repartidor o *rider* y una plataforma electrónica (Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 5 de octubre de 2020. Rit M-724-2020)

Request for declaration of the existence of employment relationship between a delivery person or rider and electronic platform (Judgement of Labor Court of Concepción, October 5, 2020, No. M-724-2020)

Resumen: El presente comentario busca analizar los argumentos dados por el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción para declarar la existencia de relación laboral entre un repartidor y una plataforma electrónica.

Palabras clave: plataformas; relación laboral; indicios; ajenidad.

Abstract: This comment seeks to analyze the arguments given by the Labor Court of Concepción to declare the existence of an employment relationship between a delivery person and an electronic platform.

Keywords: platforms; employment relationship; evidence; working for an employer.

Entre las partes —repartidor y empresa— se suscribió un contrato de prestación de servicios civiles. Una vez extinguido este contrato por decisión de la empresa, el repartidor presentó una demanda ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Sostuvo en su demanda que, en la práctica, se habría desempeñado bajo supervisión y dependencia de la plataforma, por lo que de acuerdo al principio de realidad y por el carácter consensual del contrato de trabajo (arts. 6 y 7 del Código del Trabajo de Chile), entre las partes habría existido una relación de carácter laboral.

Concluye solicitando que así sea reconocido por el tribunal y que, en consecuencia, se le concedan todas las prestaciones propias del término de contrato de trabajo, además de la nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales. Para fundar sus alegaciones señala que, en la especie, concurren múltiples indicios de laboralidad.

Negando los hechos, la empresa demandada argumentó la existencia de una relación civil a honorarios entre las partes, controvirtiendo el vínculo de subordinación y dependencia alegado por el demandante. Explicó que los repartidores o *riders* son trabajadores independientes, que ejercen sus funciones sin tener obligación de exclusividad en la prestación de los servicios, sin jornada de trabajo y sin obligación de registrar su asistencia. Detalló que tienen libertad para conectarse o no a la plataforma, como también para aceptar o no encargos. Finalizó argumentando la inexistencia de supervisión y dependencia entre el *rider* y la empresa.

Se rindió prueba por ambas partes, principalmente testimonial.

1. La decisión del tribunal

El tribunal acogió la demanda en todas sus partes, estableciendo que la relación habida entre las partes era de naturaleza laboral. Estimó la sentenciadora que, en los hechos, se dan por establecidos una serie de indicios de laboralidad, todos los cuales llevan a concluir que la relación no era civil sino laboral, con todo lo que ello implica.

Los indicios establecidos en la sentencia, que se citan de manera textual, fueron los siguientes:

a) Que, para llegar a prestar servicios para la demandada, el actor debió pasar por un proceso de selección, en el que debió acompañar una serie de antecedentes requeridos por la demandada tales como certificado de antecedentes, hoja de vida del conductor, entre otros...

b) Que los servicios prestados por el actor consistían en el reparto de productos adquiridos por terceros.

c) Para el reparto de productos, el actor debía usar un uniforme consistente en casaca, mochila y poleras, todos con el logo de la demandada.

d) El control que la demandada ejercía sobre el actor se materializaba a través de las calificaciones.

e) El actor prestaba sus servicios en turnos, los que eran variables y determinados por la aplicación, es decir, la demandada.

f) El actor no tenía libertad para elegir cualquier turno ni para alterar este, pues el actor solo podía elegir dentro de los turnos que le propusiera la demandada, elaborando ésta el horario de cada turno y asignándolos según la calificación que efectuara del actor.

g) [De igual forma, los testigos de la demandante fueron contestes en indicar que] si tenía asignado un turno, este no se podía modificar, es decir no existe libertad.

h) Cada repartidor tiene asignada una zona, la que se determina por la demandada.

i) El inicio de la jornada laboral se realizaba ingresando al sitio de conexión. Una vez ingresando a dicho sitio, que correspondía a la zona de reparto, el actor debía activar su aplicación para que le comenzaran a asignar pedidos, controlándose así la ubicación del actor.

j) [E]xiste un registro de las horas que el actor se mantuvo conectado a la aplicación.

k) El control de la jornada se realizaba, además de la forma señalada en el numeral anterior, a través de la supervisión de los pedidos que el actor tomaba, pues si este se negaba a tomar un pedido la demandada dejaba de asignarle funciones por un tiempo...

l) El actor no tenía libertad para fijar el valor de su reparto.

m) El actor se limitaba a efectuar los repartos, asumiendo la demandada la responsabilidad frente a problemas de este o inconvenientes con los clientes.

En definitiva, el tribunal acogió la demanda, uniendo los clásicos indicios de laboralidad de la doctrina con algunos más recientes y que se dan únicamente en el marco de estas nuevas relaciones vía plataformas electrónicas. Dichos indicios llevaron a la jueza a estimar que entre las partes existió una relación laboral regida por las normas del Código del Trabajo. Como consecuencia de lo anterior, otorgó al demandante las prestaciones propias de una relación de esta naturaleza.

2. Comentario de la sentencia

Resulta relevante el fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, pues se trata de la primera sentencia condenatoria dictada en esta materia, en donde se discute la existencia o no de relación laboral entre un repartidor y una plataforma electrónica[1].

Al respecto debemos destacar la conjugación que realiza la magistrada de indicios clásicos de laboralidad, como por ejemplo el uso de uniforme corporativo y la existencia de turnos, con los llamados nuevos indicios de laboralidad (Mercader, 2018) que han nacido a raíz de estas nuevas formas de trabajo.

Es interesante el planteamiento respecto al significado que le asigna a las calificaciones que los usuarios del sistema les dan a los repartidores, que se vinculan —según la sentenciadora— a un control de parte de la plataforma. Esto es lo que ha sido llamado por la doctrina "trazabilidad digital del encargo" (Mercader, 2018, p. 163), que implica la asignación de los mejores turnos a los mejor calificados repartidores, lo que corresponde a la denominada "coordinación algorítmica" (Mercader, 2018, p. 164).

[1] Véase también Causa Rit O-1388-2015 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Además, se le asigna la calidad de indicio al hecho de que los repartidores se conectan en una determinada área, recibiendo pedidos solo de esa área, lo que permitiría —a juicio de la sentenciadora— un mayor control de parte de la aplicación.

Por último, llama la atención el desarrollo que realiza la sentencia respecto a la ajenidad del servicio a que nos referimos en las letras l) y m) precedentes, argumento novedoso en nuestra jurisprudencia coincidente con un reciente fallo del Tribunal Supremo Español , que le asigna gran importancia a este indicio.

Referencias

Mercader Uguina, J. R. (2018). La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad. En Adrián Todolí Signes & Macarena Hernández-Bejarano (dir.). *Trabajo en Plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (pp. 155-176). Pamplona: Aranzadi.

David Alejandro Rodríguez Guerra
david.rodriguezg@mail.udp.cl

La relación entre buena fe, expectativas razonables, disposiciones especiales o generales, finalidad del contrato y desequilibrio importante, en la letra g) del artículo 16 de la Ley N°19.496: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 22 de agosto de 2019, dictada en autos Rol N° 9816-2019

The relationship between good faith, reasonable expectations, special or general provisions, purpose of the contract and significant imbalance in the letter g) of the article 16 of the Law N° 19.496: Comment to the sentence of the Supreme Court dated August 22, 2019, n° 9816-2019

Resumen: La letra g) del artículo 16 de la Ley N° 19.496 contempla una serie de conceptos que tienen una relevancia mayúscula al momento de evaluar si una cláusula es o no abusiva. En caso de que una cláusula inserta en un contrato de adhesión no pueda ser anulada en virtud de los literales que van desde el a) hasta el f), ineludiblemente el juzgador deberá enfrentarse a estos conceptos. En el presente trabajo se analiza cómo la Corte de Apelaciones de Arica y la Corte Suprema se han aproximado a ellos, ligándolos entre sí, de manera tal que se evidencia que una cláusula que atenta contra la buena fe produce, así mismo, un desequilibrio importante y viceversa.

Palabras clave: buena fe; expectativas razonables; disposiciones especiales o generales; finalidad del contrato; desequilibrio importante.

Abstract: The letter g) of the article 16 of the Law N° 19.496 contemplates a series of concepts that have a great relevance at the moment of evaluate if a term is or not abusive. In case that a term that is inserted in an adhesion contract cannot be annulled according the literals that goes from literal a) to the f), the judge must inescapably face these concepts. This paper analyzes how the Arica's Court of Appeals and the Supreme Court have approached to them, linking them to each other, in such a way that it is evident that a term that violates good faith, also produces a significant imbalance and vice versa.

Keywords: good faith; reasonable expectations; special or general provisions, purpose of the contract, significant imbalance.

La Ley N°19.555 que modificó la N°19.496 (en adelante "la Ley"), estableció una cláusula genérica al final del listado *numerus clausus* del artículo 16 (De la Maza, 2004, p. 57). Esta cláusula genérica quedó establecida en el literal g) de dicho artículo, en los términos que siguen:

> (No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:)
> En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales (De la Maza, 2004, p. 58).

Como puede apreciarse claramente, los conceptos fundamentales de los que se compone la letra g) son la buena fe en sentido objetivo y el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones. Y como criterios para identificar este último, se debe atender a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen (De la Maza, 2004, p. 64).

El presente trabajo tiene por objeto analizar estos conceptos e identificar si entre ellos existe alguna relación de la cual puedan valerse los jueces para fundamentar sus fallos al momento de conocer y juzgar si determinada cláusula impuesta en un contrato de adhesión es o no abusiva en virtud del artículo 16 letra g) de la Ley. La importancia de identificar dicha relación proviene de que del tenor de la norma, para declarar abusiva una cláusula por aplicación del literal g), parece que ambos requisitos, el atentado a la buena fe y el desequilibrio importante, deben concurrir copulativamente. Si el desequilibrio importante ha de ser analizado para efectos de declarar abusiva una cláusula, debe, entonces, analizarse la finalidad del contrato y las disposiciones que lo rigen.

Para dichos efectos se analizará cada uno de los conceptos, es decir, la buena fe, el desequilibrio importante, la finalidad del contrato y las disposiciones que lo rigen, a la luz de lo expuesto por la doctrina de los autores y se examinará si se encuentran conceptualmente relacionados, todo en virtud de un caso fallado por la Corte Suprema conociendo de un recurso de queja, el cual se comentará a continuación.

1. Antecedentes del caso

Los hechos que se tuvieron por acreditados en virtud de los antecedentes probatorios acompañados al proceso son los siguientes: la querellante y demandante civil compró tres pasajes para viajar entre las fechas 13 y 18 de diciembre de 2017 en la línea aérea Latam por medio de la página Despegar.com. Sin embargo, la querellante compró los pasajes con los destinos invertidos. En virtud de aquello, solicitó a las empresas corregir el error o en su defecto, la devolución del dinero pagado o poder hacer uso del segundo tramo. Todas las opciones le fueron negadas.

A su vez, quedó debidamente acreditado con los mismos antecedentes y con las "[c]ondiciones aplicables al contrato de transporte aéreo de pasajeros y equipaje" agregado al proceso, que las condiciones que regían el pasaje aéreo adquirido por la actora, conforme al boleto comprado, no permitían cambio ni devolución. Además, incluía una cláusula la cual indicaba que en caso de no volar en el primer trayecto del viaje, se cancelaba automáticamente el segundo trayecto, sin derecho a reembolso alguno.

La relación entre buena fe, expectativas razonables

El Segundo Juzgado de Policía Local de Arica, en causa Rol N° C-806-2018, en el fallo de primer grado, rechazó la querella infraccional y demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de Latam Airlines Group S.A. y Despegar.com Chile SpA.

La parte demandante y querellante apeló de esta sentencia para ante la Corte de Apelaciones de Arica, solicitando se revoque la referida sentencia y se acoja la querella y demanda civil de indemnización de perjuicios. La querellante y demandante civil fundó su recurso atendido que se le negó ocupar el segundo tramo del viaje y le denegaron el embarque indicando que se debía cumplir con el itinerario, si no, se perdía el derecho a embarcar en el segundo tramo. Sostiene, así mismo, que el sentenciador de primer grado transgredió su deber constitucional de fundamentar debidamente su decisión. Sostiene la querellante que la sentencia de primera instancia tan solo se reduce al hecho de la equivocación en la compra de los pasajes aéreos. Sin embargo, el hecho de haberse equivocado no justifica que le impidan embarcar en alguno de los tramos comprados, los que en dicho momento ya se encontraban pagados en su totalidad. De manera tal que, en su opinión, era injustificable la denegación de embarque a uno u otro recorrido bajo la condición de que se debía usar ambos tramos seguidamente, lo cual en su opinión constituye una cláusula abusiva.

La Corte de Apelaciones de Arica consideró que, si bien la querellante aludió a la negativa de las empresas querelladas de acceder al cambio de pasaje o devolución del precio, centró su apelación en la prohibición de la empresa Latam de utilizar el segundo tramo comprado. En virtud de aquello analizó la cláusula a la luz del artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496.

La cláusula era la 2.9 del contrato de transporte aéreo, que rezaba específicamente lo siguiente:

> Los vuelos o tramos que componen el itinerario deberán volarse en el orden consecutivo indicado. El transportista, sujeto a las condiciones previstas en la legislación aplicable, podrá negar el embarque a un pasajero que no cumpla con el orden del itinerario antes referido o si el pasajero no ha volado alguno de los tramos indicados en su pasaje. El pasajero entiende que si no se vuela alguno de los tramos indicados en el itinerario, éste se cancelará en su totalidad, sin previo aviso, no procediendo ningún tipo de reembolso salvo que las condiciones de la tarifa de su Billete lo permitan. A modo de ejemplo y sin que esta condición se limite a este caso en específico, si el pasajero no vuela el primer tramo que se especifica en el itinerario (entendiéndose como ida), este no podrá volar ningún otro (entendiéndose como vuelo de escala o de vuelta).

La Corte de Apelaciones acogió el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y declaró que la cláusula 2.9 antes transcrita, era abusiva.

La querellada y demandada civil recurrió de queja en contra de los integrantes de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Arica, debido a que, en su concepto, habrían incurrido en graves faltas y abusos en el pronunciamiento del fallo de segunda instancia. Sustentó su recurso indicando que se le condenó en lo contravencional y en lo civil, no obstante que en los razonamientos del fallo, los sentenciadores dejaron establecido que las infracciones e incumplimientos en que se fundamenta, provinieron de un error propio de la consumidora, desviando su razonamiento hacia una cláusula del contrato que declararon abusiva. En virtud de aquello solicitó se deje sin efecto la sentencia y se dicte en su reemplazo una ajustada a derecho.

La Corte Suprema conociendo del recurso de queja manifestó que:

> la decisión de los recurridos, contrastada con las argumentaciones de la quejosa, claramente representa una legitima diferencia en la determinación de sí [sic] los hechos establecidos en el fallo configuran las infracciones denunciadas por la consumidora, diferencia interpretativa que no llega a constituir una falta o abuso graves que amerite la interposición de un recurso de la naturaleza de que se trata, según constante jurisprudencia de esta Corte.

En virtud de aquello, se rechazó el recurso de queja interpuesto. En definitiva, quedó firme la decisión de la Corte de Apelaciones de Arica de declarar abusiva la cláusula 2.9 del contrato de transporte aéreo.

2. Buena fe y expectativas razonables

La buena fe no se encuentra definida en términos generales en nuestra legislación (Eyzaguirre y Rodríguez, 2013, p. 141), sin embargo, es bien sabido que esta se encuentra consagrada sin requerir de dicha definición (Peñailillo, 2006, p. 52). Si bien es cierto que el examen sobre la buena fe ha ameritado largos estudios, es usual recurrir a la misma fórmula general para definirla, y en virtud de la cual mencionar que "la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad" (López, 1998, p. 391).

Sin embargo, estos conceptos son más bien cíclicos y sinónimos. Por ello, tiene relevancia lo manifestado por López Santa María, quien citando al juez español Jaime Santos Briz indica que "[p]artiendo de esta base ha de aspirarse a un justo equilibrio de los intereses de las partes" (López, 1998, p. 396). Siguiendo aquella misma línea, en materia de protección al consumidor, Tapia y Valdivia han arribado a la idea de no defraudación de las expectativas de las contraparte expresando que esta, "entendida en su sentido objetivo, es decir, como la obligación de no defraudar la confianza depositada en el redactor, tiene en materia de control del contrato por adhesión una relevancia extraordinaria, por cuanto puede restringir la inserción de estipulaciones que no respeten equilibradamente los intereses de ambas partes" (Tapia y Valdivia, 2002, p. 86). Junto con aquello, De la Maza ha distinguido entre lealtad como filantropía y lealtad como no traición, indicando que:

> En el primero [concepto] —denominémoslo lealtad como filantropía—, lealtad significaría 'un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte'. En el segundo —que podemos llamar lealtad como no traición—, significa simplemente no defraudar las expectativas razonables del otro negociante (De la Maza, 2008, p. 52).

De lo dicho, parece razonable no argumentar tan solo a base de conceptos como lealtad, rectitud, y corrección, ya que estos conceptos son demasiado generales, ambiguos (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 152), y de difícil precisión. Por su parte, las expectativas razonables de los contratantes pueden inferirse del contrato, de manera tal, que una infracción a la buena fe, entendida como la frustración de aquellas expectativas, se presenta como una situación más aterrizada, constatable e identificable.

Por tanto, recurriendo a lo manifestado por los autores antes citados, es posible manifestar que mencionar la buena fe es evocar la idea no defraudación de las expectativas razonables del otro negociante y la no defraudación de la confianza legítima depositada en el redactor del contrato.

3. Desequilibrio importante, disposiciones especiales o generales y finalidad del contrato

Al igual que con la buena fe, definir de forma precisa lo que es un desequilibrio importante no resulta sencillo. Tapia y Valdivia, al referirse a la equivalencia entre las prestaciones, manifiestan que:

> Esta noción conduce a sostener que en la distribución de los derechos, obligaciones, responsabilidades y riesgos que efectúa, el redactor del contrato por adhesión debe abstenerse de alterar desproporcionadamente e

> injustificadamente el equilibrio entre las prestaciones, que no es una exigencia de equivalencia aritmética, sino de reciprocidad razonables entre éstas (Tapia y Valdivia, 2002, p. 79).

Pero por su parte, De la Maza ha manifestado que:

> Que sea un desequilibrio importante es algo que, como en el caso europeo, no resulta susceptible de reducirse a una formula general. Hacerlo implicaría únicamente decir lo mismo, pero con otras palabras. Como ha sugerido Llamas para el caso español, resulta inevitable que el empleo de la expresión 'desequilibrio importante' provoque un amplio margen de discrecionalidad judicial (De la Maza, 2004, p. 64).

Por tanto, no parece razonable aspirar a una definición clara y precisa de desequilibrio importante, ya que aquello parece que solo podrá ser percibido al momento de resolver un caso concreto. Lo que parece más razonable es atender a los criterios que el legislador le concedió al juzgador para evaluar el desequilibrio importante (De la Maza, 2004, p. 64). Estos parámetros son las disposiciones especiales o generales que rigen el contrato y la finalidad del mismo.

De la Maza ha dicho que "[r]especto de las disposiciones generales y especiales que lo rigen, el legislador se está refiriendo a las normas de derecho objetivo que disciplinan al contrato" (De la Maza, 2004, p. 65) y que "la presunción se justifica si se asume que las normas supletorias que entrega el legislador para los contratos intentan satisfacer equilibradamente los intereses de las partes, por lo mismo, debe mover sospecha el hecho de que el predisponente las altere" (De la Maza, 2004, p. 65). Patricio Carvajal por su parte, ha manifestado que en Italia

> la causa como función económico-social implica que las cláusulas que alteren la reglamentación de un contrato según se establece en la ley (típicas), o las cláusulas de un contrato en sí atípico, deben someterse a un 'juicio de méritos' para poder ser exigibles [y en Chile] cada vez que se presenten cláusulas que, mirando estas disposiciones, aparezcan distintas en su contenido (lo cual produce grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes), éstas deben ser sometidas a ese juicio de méritos al que se refiere el legislador italiano (Carvajal, 2011, p. 448).

Es decir, el contenido de estas disposiciones es sumamente relevante para identificar con mayor claridad la existencia de un desequilibrio importante, ya que estas funcionan como un sistema de alarma. Si el juzgador, analizando el contrato, identifica que las cláusulas que el redactor incluyó en él producen efectos diversos a las normas que el legislador estableció en la Ley, aquello debiese mover sus sospechas y evaluar desde allí la posible desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes, toda vez que el consumidor espera que el redactor se ajuste a la Ley. Por lo tanto, las disposiciones operan como un baremo de comparación abstracto con el que el legislador equipó al juez, bajo la orden de prestar atención a las cláusulas que produzcan efectos diversos al que él ha establecido, para identificar posibles e injustificados desequilibrios.

Por otra parte, sobre la finalidad del contrato, De la Maza ha manifestado que "el legislador se está refiriendo al objetivo típico que un consumidor promedio busca satisfacer a través de la celebración del contrato y que el predisponente debe considerar al momento de celebrar el contrato" (De la Maza, 2004, p. 65). En esa misma línea, el autor mencionado indica que

> Sobre la redacción de las cláusulas se ha sugerido que el proveedor debe considerar los intereses del consumidor absteniéndose de defraudar sus expectativas razonables. Se trata, en definitiva, de prescindir de aquellas cláusulas que contratantes normales, debidamente informados y en condiciones de paridad negocial, no hubiesen pactado, toda vez que impiden que el contrato realice la finalidad que un consumidor normal busca en la celebración de ese tipo de contrato según la apariencia creada por el proveedor (De la Maza, 2004, pp. 61-62).

De manera tal que la finalidad del contrato se encuentra

ligada con la no defraudación de las expectativas razonables que el consumidor tenía al contratar.

Vidal, al definir lo que es un contrato, manifiesta que "hoy se impone una noción más realista que atiende sobre todo al interés de las partes" (Vidal, 2009, p. 226), y citando a Antonio Manuel Morales Moreno, indica que el contrato debe ser entendido "como un medio para organizar los particulares sus propios intereses" de manera tal que el contrato "primero que todo, se ocupa de la organización, regulación y la ulterior satisfacción de los intereses de las partes" (Vidal, 2009, p. 226). De manera tal que la finalidad del contrato está relacionada indisolublemente con la satisfacción del interés que el consumidor tenía al momento de celebrar el contrato (Carvajal, 2011, p. 446). Por tanto, el legislador equipó al juez con este parámetro de evaluación para que identifique en virtud de él, si existe un desequilibrio importante o no. En otros términos, el legislador ordenó al juez que evalúe si en virtud de las cláusulas impuestas por el redactor, el consumidor puede o no satisfacer sus intereses. Y por supuesto, que dentro de las expectativas razonables del consumidor está poder satisfacer dichos intereses y, por tanto, obtener la finalidad del contrato.

Junto con aquello, se manifestó que también el consumidor espera que el redactor se ajuste a la Ley. De manera tal que dicho ajuste a la Ley también forma parte de la satisfacción del interés del consumidor. Aquello es razonable, toda vez que, para poder obtener y cumplir con la finalidad del contrato, debe estarse a las disposiciones que lo rigen.

En suma, las disposiciones especiales y generales dotan al juzgador de una herramienta de comparación abstracta, en virtud de la cual, si las cláusulas impuestas alteran los normales efectos que el legislador le dio a determinadas normas, entonces, aquello debe mover sospechas y despertar las alarmas del juzgador. Por otra parte, si en virtud de aquellas cláusulas, el consumidor se ve impedido de obtener la satisfacción de sus intereses y, por tanto, la finalidad del contrato, que fue lo que lo motivó a contratar, entonces es posible que aquellas sean cláusulas que potencialmente produzcan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes y que derivan del contrato. En caso de ser cierto que el contrato es una herramienta en virtud de la cual las partes regulan los mecanismos con los cuales pretenden satisfacer determinados intereses y el consumidor no los satisface o no obtiene la finalidad prevista al momento de contratar, es posible manifestar que las cláusulas que componen el contrato generan un desequilibrio importante.

4. Relación entre buena fe, expectativas razonables, disposiciones especiales o generales, finalidad del contrato y desequilibrio importante

En conformidad con lo que aquí se ha expresado, el concepto de buena fe debe ligarse con el de respeto, atención y no defraudación a las legítimas expectativas razonables que tiene el consumidor. Sin embargo, la protección de las expectativas del consumidor tiene, a su vez, relación con la satisfacción de su interés en virtud del contrato de adhesión y, como hemos dicho, la protección del interés del consumidor abarca la obtención de la finalidad del contrato y la observancia de las disposiciones especiales o generales que lo rigen, las cuales son los parámetros dejados por el legislador para que el juez evalúe la existencia de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Aquello implica una relación indisoluble y consustancial entre todos estos conceptos. Hablar de buena fe implica

hablar de expectativas razonables, y esto supone hablar de la satisfacción del interés, lo que trae aparejado hablar de la finalidad del contrato y de las disposiciones que lo rigen, lo que al mismo tiempo significa hablar de desequilibrio importante. O, dicho de otra manera, una defraudación de las expectativas razonables del consumidor conlleva un atentado a la buena fe, el que se traduce en la no obtención de la finalidad del contrato, lo que a su vez pudo haber significado modificar los efectos de las disposiciones que lo rigen, los que paralelamente son los parámetros con que el legislador armó al juez para evaluar si hay o no desequilibrio importante.

Esta relación ha sido advertida por la doctrina y ha relucido en el fallo en comento. Por parte de la doctrina, De la maza ha expresado que "[e]ste estrecho vínculo justifica que la existencia de un desequilibrio importante pueda utilizarse, como ha sugerido algún autor, como base de una presunción de mala fe por parte del predisponente" (De la Maza, 2004, p. 59). Momberg por su parte, manifiesta que:

En relación con el 'desequilibrio importante' entre las contraprestaciones, se dice que debe ser efecto de la contravención a la buena fe objetiva. Si bien su determinación queda entregada a la discreción del juez, la norma entrega dos criterios que deben tenerse en cuenta: - La finalidad del contrato, y – Las disposiciones generales y especiales que lo rigen. Ambos pueden refundirse en la necesidad que el contrato responda efectivamente al objeto típico que satisfaga las expectativas razonables que el consumidor pretende realizar con su celebración (Momberg, 2013, p. 16).

Si bien el vínculo es estrecho, los conceptos son distintos, De la Maza asume que "es posible que una cláusula de aquellas no contempladas entre las letras a) y f) respete las exigencias de la buena fe objetiva y, sin embargo, produzca un desequilibrio importante en los términos de la letra g)" (De la Maza, 2004, p. 59), por ello, conclusivamente Diez-Picazo expresa que:

Especialmente difícil resulta la conjugación de los dos requisitos, la buena fe y el justo equilibrio. La manera más sencilla de entenderlo y la más apegada al texto es la que propone la yuxtaposición del doble requisito, de manera que un desequilibrio por importante que sea no conduce a la abusividad sino cuando hay contravención de la buena fe. Puede comprenderse sin dificultad que se trata de una lectura reductora. Por eso, importantes sectores doctrinales han defendido la autonomía y la alternatividad de los requisitos, entendiendo que el desequilibrio que es lo básico, se presenta como una concreción de la contravención de buena fe, si el peso se quiere hacer recaer sobre el desequilibrio; o bien que todo desequilibrio significativo implica una contravención de la buena fe si el centro de gravedad se coloca en esta última (Diez-Picazo, 2002, pp. 71-72).

La Corte de Apelaciones y, finalmente, la Corte Suprema al conocer del recurso de queja, hicieron hincapié en esta relación. La Corte Suprema manifestó que los sentenciadores de la Corte de Apelaciones revocaron el fallo de primera instancia y condenaron a la querellada y demandada civil y que,

Para ello tuvieron en consideración que la querellada infringió la buena fe objetiva, que importa comportarse en el tráfico comercial de una manera correcta y leal con la contraparte al momento de establecer las condiciones del contrato, evitando establecer de parte del transportista cláusulas que se alejen de las expectativas razonables del consumidor o con la finalidad normal del contrato, como ocurre en la especie, puesto que la expectativa sensata del querellante al contratar un transporte de ida y vuelta, era la posibilidad cierta de efectuar ambos viajes, independientemente que razones personales le permitieran efectuar uno de ellos, teniendo presente que la finalidad del contrato de transporte es precisamente la realización del transporte aéreo contratado, conforme se desprende de los artículos 133 y siguientes del Código Aeronáutico, y la omisión por parte del querellado de un actuar de buena fe, provoca en el contrato una manifiesta falta de reciprocidad en las

> obligaciones y derechos de ambos contratantes, con un desequilibrio importante para una de ellas, desde que sin comprobar una justificación técnica se exime de cumplir con la obligación contratada de transporte, lo que impide la existencia de un justo equilibrio de las contraprestaciones, generando en consecuencia una cláusula abusiva a la que debe privarse de validez, en cuanto ella supone el pago de una prestación que no se realiza, provocando un enriquecimiento sin causa contrario al ordenamiento jurídico, motivo por el cual resulta irrelevante que esa cláusula fuera informada, dado que se inserta en un contrato de adhesión donde la ley ha facultado su examen en los términos ya explicados, por encontrarse disminuida capacidad de negociación de una de las partes, en este caso del consumidor.

La cita es larga pero corresponde transcribirla ya que en ella, tanto la Corte de Apelaciones como la Suprema manifestaron explícitamente que comportarse de acuerdo a la buena fe objetiva implicaba evitar la imposición de cláusulas que atentaran contra las expectativas razonables del consumidor o con la finalidad del contrato. Asimismo, ambas Cortes identificaron la finalidad del contrato, el cual era el transporte de ida y vuelta con la posibilidad cierta de efectuar ambos viajes con independencia de las razones personales que le impidieran tomar tan solo uno de ellos.

Seguidamente ligaron esta finalidad con el artículo 133 y siguientes del Código Aeronáutico, el cual es, sin duda, una de las disposiciones que rige el contrato, aunque quedaría por evaluar si esta es una disposición especial o general. Dicho artículo se refiere a la denegación de embarque y sus consecuencias. En específico reza lo siguiente:

> Denegación de Embarque. En el evento que el transportador prevea que tendrá que denegar el embarque de uno o más pasajeros por sobreventa, los cuales se hubieren presentado oportunamente y cuyo billete de pasaje estuviere previamente confirmado en un vuelo determinado, deberá pedir en primer lugar que se presenten voluntarios que renuncien a sus reservas a cambio de determinadas prestaciones y reparaciones que se acuerden entre los voluntarios y el transportador. Si el número de voluntarios es insuficiente para que los restantes pasajeros con billetes confirmados puedan ser embarcados en el respectivo vuelo, el transportador podrá denegar el embarque a uno o más pasajeros contra su voluntad, para lo cual deberá…

Acto seguido el artículo expresa qué opciones existen para resarcir al pasajero que habiéndose presentado oportunamente y habiendo confirmado su asistencia, no podrá volar.

En este punto, es claro que las empresas querelladas le denegaron el embarque a la querellante sin darle ninguna opción para resolver dicha situación, de manera tal, que se hace evidente que dichas empresas modificaron los efectos establecidos en el artículo 133 del Código Aeronáutico, ya que en términos normales, las empresas debieron dar opciones a los pasajeros, las cuales van desde el embarque en el siguiente vuelo hasta el reembolso total del valor del billete más la indemnización de perjuicios. Sin embargo, en el presente caso, las querelladas impusieron una cláusula en virtud de la cual podían negarse a otorgar el vuelo, sin reembolsar el valor del billete y sin indemnización de ningún tipo, lo cual, según hemos visto, levantó las sospechas de los jueces en cuanto a que no se estaba cumpliendo con la finalidad del contrato.

Luego, los sentenciadores recurrieron a estos antecedentes para fundar la existencia de una falta de reciprocidad en los derechos y obligaciones de los contratantes, es decir, la existencia de un desequilibrio importante.

Sin lugar a dudas, este fallo aborda de forma clara y precisa la relación e interdependencia que existe entre todos estos conceptos y cómo puede transitarse desde la buena fe hacia el desequilibrio importante recurriendo a ellos. Los sentenciadores abordaron estos conceptos

desde la buena fe hacia las expectativas razonables, luego, la finalidad del contrato, las disposiciones especiales o generales y, finalmente, el desequilibrio importante.

Ahora bien, el hecho de que estos conceptos estén interrelacionados no implica que los jueces estén excusados para prescindir de ellos, recurriendo a tan solo uno para justificar la abusividad de una cláusula. Autorizada doctrina indica que los conceptos de buena fe y desequilibrio importante son distintos, y que, como se indicó, deben concurrir copulativamente (Momberg, 2013, p. 16). Por tanto, se debe justificar y argumentar la concurrencia de ambos. Sin embargo, en virtud de la estrecha vinculación que los liga, la concurrencia de uno puede servir de fundamento para la concurrencia del otro, lo cual fue notoriamente identificado por ambas Cortes en este caso.

5. Conclusión

La letra g) del artículo 16 de la Ley se vale de conceptos ambiguos y de difícil precisión, pero aquello no implica que estos no puedan aterrizarse en un caso concreto. El tratamiento de la buena fe ha suscitado un vínculo con las expectativas razonables y legitimas de los consumidores y lo que estos esperan obtener en virtud del contrato de adhesión que están suscribiendo. Por su parte el legislador proveyó al juzgador de ciertos elementos para evaluar el concepto de desequilibrio importante, estos son la finalidad del contrato y las disposiciones especiales y generales que lo rigen.

En el caso en comento, la Corte de Apelaciones y con posterioridad la Corte Suprema, visualizaron explícitamente la relación entre buena fe y expectativas razonables, pero no tan solo aquello, sino que ligaron estos conceptos con la finalidad del contrato, definiendo esta finalidad, y con el artículo 133 del Código Aeronáutico, el cual es, sin duda, una disposición que rige el contrato de transporte aéreo.

Finalmente, valiéndose tanto de la buena fe, como de las expectativas razonables, de la finalidad del contrato de transporte aéreo y del artículo 133 y siguientes del Código Aeronáutico, la Corte encuentra fundamento suficiente para declarar que ha existido una infracción a la buena fe objetiva y un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes y, por tanto, la cláusula fue declarada nula.

Se concluye, así, que en la sentencia comentada se reconoce la relación indisoluble e interdependiente que existe entre estos conceptos, de manera tal, que fundamenta la estrecha vinculación entre buena fe y desequilibrio importante en el ámbito de la protección del consumidor. Tanto así, que puede recurrirse a uno de ellos para fundamentar argumentativamente la concurrencia del otro, lo que ha sido a su vez advertido por los autores citados, quienes han planteado que la concurrencia de un desequilibrio importante es concreción de la contravención a la buena fe o viceversa.

Referencias

Carvajal, P. (2011). Tipicidad contractual y derecho de los consumidores, artículo 16, letra g), de la ley nº 19.496. En F. Elorriaga de Bonis, *Estudios de Derecho Civil VII* (pp. 441-448). Santiago: Editorial Legal Publishing.

De la Maza, I. (2004). El control de las cláusulas abusivas y la letra G). *Revista Chilena de Derecho Privado*, (3), 35-68.

De la Maza, I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda: A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (11), 43-72.

Diez-Picazo, L. (2002). Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución). En A. Menéndez y L. Diez-Picazo, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (pp. 61-73). Madrid: Civitas Ediciones.

Eyzaguirre, C. y Rodríguez, J. (2013). Expansión y límites de la buena fe objetiva: a propósito del "Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos". *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri,* (21), 137-216.

López Santa María, J. (1998). *Los contratos: Parte General. Tomo II* (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho (Valdivia),* 26(1), 9-27.

Moreso, J. y Vilajosana, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho.* Madrid: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Peñailillo, D. (2006). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Tapia, M. y Valdivia, J. (2002). *Contrato por adhesión Ley N° 19.496.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Vidal, A. (2009). La noción de incumplimiento esencial en el "Código Civil". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32, 221-258.

Normativa

Ley Nº 19.496, de 1997, Normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de* 7 de marzo de 1997.

Ley N°19.555, de 2004, Modifica la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de* 14 de julio de 2004.

Patricio Ponce Correa
Universidad de Tarapacá, Chile
pponce@academicos.uta.cl

Proporcionalidad en la aplicación de sanciones por faltas graves a la probidad administrativa. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles, rol 18823-2019, 2 de marzo de 2020

Proportionality on the application of sanctions for a major violation of administrative probity. Comment of the Supreme Court's judgment Leal Condeza with Junta Nacional de Jardines Infantiles, No. 18823-2019, March 2, 2020

Sumario: El presente trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema "Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles", de 2 de marzo de 2020, y discurre acerca de la necesidad de que la Administración se sujete a criterios de proporcionalidad en la determinación concreta de la sanción disciplinaria que se debe aplicar frente a una infracción calificable como una transgresión grave al principio de probidad administrativa. Lo anterior, en oposición a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República para la que tales infracciones forzosamente deben ser sancionadas con destitución, al estimar que reconocer circunstancias atenuantes que permitan la eventual aplicación de una sanción disciplinaria menos gravosa en favor del funcionario involucrado, resulta inadmisible.

Palabras clave: destitución; probidad administrativa; proporcionalidad; sanciones disciplinarias.

Abstract: This work comments on the Supreme Court's judgment Leal Condeza with Junta Nacional de Jardines Infantiles of March 2, 2020. It discusses the need to subject the Administration to a proportionality criteria in determining the disciplinary sanction for cases of an offense classified as a major violation of the principle of administrative probity. In opposition to the administrative jurisprudence of the Comptroller General of the Republic, the aforementioned is inadmissible. Under the latter's criteria, such infractions must necessarily be sanctioned with dismissal, considering that the recognition of mitigating circumstances favors the official involved, allowing the eventual application of a sanction less burdensome disciplinary.

Keywords: Dismissal; administrative probity; proportionality; disciplinary sanctions.

La causa en comento corresponde a un recurso de protección deducido por una funcionaria de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, sobre la decisión de tal servicio de rechazar la apelación formulada en contra de la resolución que, impuso a la recurrente la medida de destitución en un sumario administrativo, por estimarla ilegal y arbitraria.

La acción reprocha la ilegalidad de haber sancionado disciplinariamente a la recurrente, estando prescrita la responsabilidad administrativa. A la vez, sería arbitraria a causa de una imprecisa formulación de cargos e inadecuada valoración de la prueba, así como por la aplicación desmesurada de la sanción de mayor gravedad, cuyos efectos conllevan la desvinculación de la trabajadora, así como su inhabilidad para desempeñar otros cargos administrativos.

La sentencia de primera instancia rechazó la acción por estimar que la actuación administrativa estaba correctamente fundada, que el propósito perseguido por la recurrente excedía los límites de esta garantía constitucional, pues por ella se pretendía analizar el mérito de la actuación administrativa y no su legalidad o arbitrariedad, y por estimar que la responsabilidad administrativa no había prescrito (Sentencia C.A. de Santiago rol 26992-2018).

Elevada en apelación, la sentencia fue revocada por la Corte Suprema, la cual acogió la acción y ordenó dejar sin efecto la destitución impuesta a la funcionaria recurrente, sustituyéndola por una multa del 20% de su remuneración mensual, con anotación de demérito de cuatro puntos en el factor de calificación, lo que representa una medida disciplinaria sustancialmente inferior.

Si bien la Corte Suprema acogió la prescripción alegada por la defensa, esta última alcanzó solo a diez de los doce cargos formulados por la Administración, de modo que subsistieron dos imputaciones que el Tribunal estimó acreditadas y calificables como faltas graves a la probidad administrativa. Luego, este comentario gira precisamente en torno a esta última consideración y los motivos que llevaron a la Corte a desestimar la aplicación de la medida de destitución.

1. Marco normativo de la probidad

La probidad es un principio transversal consagrado en términos amplios por el inciso 1° del artículo 8° de la Constitución y la Ley 20880, que rige a todo servidor público en el desempeño de su función o cargo . Se halla especialmente previsto para el personal de la Administración en el Título III de la Ley 18575 y, además, en el caso específico de los funcionarios sujetos al Estatuto Administrativo, en el literal g) del artículo 61 de esta última norma.

Para el análisis resulta relevante atender a la definición de probidad contenida en el inciso 2° del artículo 52 de la Ley 18585, similar a la del inciso 2° del artículo 1° de la Ley 20880 y literal g) del artículo 61 del Estatuto

[1] Sobre este punto conviene precisar que, si bien se ha sostenido que en su consagración normativa la probidad impone a los servidores públicos un deber conductual que se extiende tanto al ejercicio de sus cargos o funciones, como a sus "comportamientos particulares" (Barra, 2007, p. 31), en nuestra opinión, más allá de la amplitud normativa, como obligación funcionarial, dicho deber solo es extensible al ámbito que concierne directamente al desempeño de la función pública.
Así, tal principio no sería jurídicamente exigible en lo relativo a aspectos propios de la vida privada del funcionario, sino, excepcionalmente, solo en la medida en que dichas circunstancias revistan tal entidad que trasciendan de lo estrictamente particular, y afecten directa y objetivamente el desempeño de la función o cargo (dictámenes CGR 11964-1998 y 42372-2010).

Administrativo. Por este se impone a los servidores públicos la obligación de actuar conforme a los intereses y fines públicos que están llamados a servir, bajo prohibición de favorecer los propios o los de terceros (Cordero, 2015, p. 119).

La definición legal contenida allí está construida en oposición al concepto de corrupción (Osorio y Vilches, 2020, p. 439), para lo cual el legislador se vale de términos jurídicamente indeterminados, tales como "intachable", "honesto" y "leal", cuyo sentido va más allá del derecho. Así, determinar las conductas contrarias a este principio ofrece no pocas dificultades que se incrementan con la noción amplia de interés personal empleada por la Ley 20880, no limitada a lo económico.

A fin de concretar la aplicación de este principio, el artículo 62 de la ley 18575 identifica algunas conductas específicas como contravenciones "especiales" al principio de probidad, entre las que considera, por ejemplo, "emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros" (N° 3). Esta última disposición fue la invocada por el acto administrativo sancionatorio impugnado, como fundamento de la medida aplicada en el caso comentado.

El inciso 2° del artículo 125 del Estatuto Administrativo, aplicable en la especie, sanciona con destitución las conductas funcionarias que vulneren gravemente el principio de probidad. No obstante, la misma ley previene en el inciso final del artículo 121 que la aplicación de una medida disciplinaria debe considerar la gravedad de la falta, así como las atenuantes o agravantes concurrentes al caso.

2. Prohibición de graduar la sanción por falta grave a la probidad administrativa, según la jurisprudencia de la CGR

El artículo 125, recién mencionado, ha sido permanentemente interpretado por la Contraloría General de la República en orden a estimar que la norma legal constriñe al sancionador disciplinario, obligándolo a destituir al sumariado si constata que este último incurrió en una falta de probidad calificada como grave.

De acuerdo a dicha jurisprudencia administrativa, de verificarse la ocurrencia de una falta grave a la probidad, la única sanción procedente es la destitución del funcionario responsable sin que resulte admisible aplicar una medida disciplinaria menos gravosa ni aun en caso de concurrir circunstancias atenuantes. Bajo esta premisa, la regla de graduación prevista en el inciso final del artículo 121 del estatuto no tendría aplicación.

Así, la Contraloría ha sostenido que:

> …si bien el inciso final del artículo 121 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto administrativo, establece que las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta -la gravedad de la falta y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes, tal disposición sólo rige para las infracciones que pueden ser sancionadas con cualquiera de las medidas que en dicho precepto se señalan, pero no respecto de aquellas faltas administrativas que sólo pueden ser castigadas con una sanción específica fijada por la ley (Dictamen CGR 49465-2006).

Este criterio va a ser reiterado permanentemente por el órgano contralor para lo cual podemos mencionar, entre otros, los dictámenes 47.412-2007, 5.212-2009, 53.223-2012, 60701-2012, 34840-2013, 29682-2014, 24591-

2015, 16567-2017, 28929-2017. En 2019 sostuvo la misma conclusión, en términos aún más explícitos:

> …en lo relativo a que no se ponderaron las atenuantes que le favorecerían, cabe señalar, acorde con lo sostenido en el dictamen N° 16.567, de 2017, de esta procedencia, entre otros, que al estar asignada por la ley una sanción específica respecto de quienes incurren en infracciones graves al citado principio de probidad administrativa -como aconteció en este caso-, la autoridad se encuentra en el imperativo de disponer la destitución, sin que pueda aplicar otra medida, ni analizar las circunstancias que podrían aminorar la responsabilidad de aquellos (Dictamen CGR 16570-2019).

Ahora, la importancia de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría radica en la extensión de sus efectos, los que resultan vinculantes para todos los órganos administrativos sancionatorios, para los cuales se impone como un verdadero *stare decisis* (Phillips, 2020, p. 152). De este modo, cabe considerar que este criterio no solo impera al interior del órgano contralor, sino que corresponde ser aplicado por toda la Administración.

3. Distinción entre sanción asignada en la ley y sanción aplicable al caso concreto

Diversos problemas han surgido en torno a la sanción administrativa por la falta de probidad. Los primeros surgen en torno a la necesidad de determinar el contenido de los elementos subjetivos específicos que integran este principio: honestidad, lealtad e interés personal (Barra, 2007, p. 29).

A ello se añaden las discusiones generales en relación a la sanción administrativa. Desde determinar si la imputación exige la concurrencia de un elemento subjetivo o se construye a partir de la simple inobservancia normativa (Barrientos, 2020, p. 64), hasta la necesidad de precisar la naturaleza de la sanción administrativa y su relación con el derecho penal (Cordero, 2014, p. 254; Salinas 2019, p. 176, entre otros).

No obstante, a nuestro entender, la sentencia aporta en otra discusión reiteradamente planteada por la doctrina nacional, en especial durante los últimos años, la necesaria proporcionalidad en la determinación de la sanción administrativa (Arancibia, 2014, p. 134; Cárcamo, 2014, p. 158; Cordero, 2014, p. 254; Enteiche, 2017, p. 60; Salinas, 2019, p. 290, entre otros).

¿Procede reconocer criterios concretos de ponderación de la sanción administrativa que hayan de aplicarse en casos calificados como una infracción grave al principio de la probidad? Según vimos en el acápite anterior, la interpretación administrativa sostiene que no. Para esta última, el artículo 125 constituye una hipótesis reglada en forma absoluta que impone al sancionador la obligación de destituir al funcionario infractor.

La sentencia comentada va expresamente en la línea contraria a la sostenida por la Contraloría. La Corte Suprema, luego de exponer las normas antes citadas y concluir que la recurrente incurrió en dos faltas a la probidad que, incluso, pudieran resultar subsumibles en el N° 3 del artículo 62 de la Ley 18575, razona en orden a considerar que la tipicidad prevista a este respecto no excluye la aplicación de atenuantes: “De este modo, una contravención especial del principio de probidad administrativa implica una vulneración grave de la misma, que acarrea, idealmente, mas no necesariamente, la destitución del infractor” (Considerando 9°).

Sobre esta base, la Corte estima que la tipificación normativa plantea, tal como en el marco penal, una pena ideal atribuible a la infracción, pero que debe ser ponderada por las circunstancias fácticas propias del caso concreto. De esta forma, extiende al ámbito administrativo sancionatorio la clásica distinción entre pena asignada y pena aplicada.

> …aun cuando esta Corte considere que tales conductas vulneran la probidad administrativa, esa sola circunstancia no determina necesariamente la aplicación automática de la medida disciplinaria de destitución, toda vez que la autoridad administrativa debe ponderar la gravedad de la conducta, la existencia de otros factores que mitiguen o excluyan la responsabilidad, de manera tal que de ser así, ella se encontrará en el imperativo de aplicar una sanción proporcional a la falta cometida y a sus circunstancias concomitantes (Considerando 10°).

Es importante destacar que esta sentencia no es la primera que dicta la Corte en este sentido, pues similar criterio fue sustentado en causa de protección fallada meses antes (rol CS18729-2019 *Sáez Romero con Ministerio de Obras Públicas*). No obstante, su importancia radica en que tiende a consolidar una línea que se aparta de los criterios anteriores sostenidos por dicho tribunal.

En efecto, por la vía de diferenciar el *ius puniendi* en su faz administrativa del ámbito propiamente penal, dicho tribunal había concluido anteriormente la improcedencia de revisar en sede jurisdiccional los aspectos de mérito y ponderación de la decisión administrativa sancionatoria (rol CS 14091-2019 *Muñoz Márquez con Servicio de Salud de Valdivia,* rol CS 76379-2016 *Lagos Astorga con I. Municipalidad de Limache*, entre otros).

En nuestra opinión, la sentencia comentada aporta coherencia en la tarea de construir una teoría de la sanción disciplinaria, en orden a resaltar la necesidad de establecer criterios de ponderación de los elementos particulares concurrentes en cada caso y sentar criterios de proporcionalidad en la sanción administrativa que se ha de aplicar, sea en la determinación y reconocimiento de elementos atenuantes o agravantes de la responsabilidad.

Lo anterior, en clara oposición a la interpretación particularmente acotada que ha tenido el órgano contralor en relación a la aplicación del artículo 125 del Estatuto Administrativo, frente a casos de infracciones graves al principio de la probidad administrativa.

Ello resulta especialmente relevante si advertimos la amplitud con la que ha sido recogido el principio de probidad en nuestro sistema y, sobre todo, la descripción exigua de las conductas que, a juicio del legislador, lo infraccionan especialmente, pues la interpretación literal de tales enunciados puede llevar a que casi cualquier incumplimiento funcionario sea calificado como una falta a la probidad.

Es habitual la existencia de márgenes de discrecionalidad administrativa en el ámbito sancionatorio, pues la potestad punitiva administrativa integra tanto elementos reglados como no reglados (Gómez, 2020, p. 201), pero dicha discrecionalidad exige, precisamente, el establecimiento de criterios de razonabilidad y proporcionalidad frente al peligro de tornar en arbitraria la aplicación de sanciones.

Interpretar los artículos 56 de la Ley 18575 y 125 del Estatuto Administrativo como elementos reglados absolutos, sostener su aplicación con prescindencia de la valoración de elementos subjetivos y plantear la imponderabilidad de eventuales atenuantes o agravantes, conlleva, por cierto, este riesgo que corre especialmente en perjuicio del sancionado.

Esto resulta aún más complejo de tolerar si se advierte que la infracción al deber de probidad está sancionada con la medida más gravosa que contempla nuestro ordenamiento disciplinario: la destitución. Esta última conlleva el término de la relación funcionarial, así como la inhabilidad sobreviniente para desempeñar cargos públicos.

Involucra una afectación de derechos fundamentales, como la libertad de desempeñar cargos públicos, el derecho a la seguridad social o a la propiedad, entre otros, lo que exige someter su aplicación a un mayor estándar de proporcionalidad, razonabilidad y, por cierto, control. No por nada, en el caso de autoridades públicas como alcaldes, concejales y consejeros regionales, es aplicada por un órgano jurisdiccional.

Todo lo anterior nos lleva a insistir en la necesidad de una racional interpretación de la normativa sancionatoria, rechazando los excesos a que nos puede llevar una excesiva literalidad, especialmente en la aplicación de medidas altamente gravosas, como la destitución, cuestión que, en nuestra opinión, se produce con la jurisprudencia administrativa antes expuesta, que tolera una ponderación solo cuando se trata de medidas disciplinarias de menor entidad.

En efecto, a juicio del órgano contralor, mientras el sancionador se halla dotado de una amplia discrecionalidad para reconocer atenuaciones y agravantes de la responsabilidad en los casos más leves, cuando se trata de la sanción más gravosa, que incluso afecta considerablemente una serie de derechos fundamentales del funcionario, tal discrecionalidad, en cambio, desaparecería, cuestión esta última que es desestimada por la sentencia comentada, criterio que nos parece más acertado.

Referencias bibliográficas

Arancibia, Jaime (2014). El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio.* En J. Arancibia y P. Alarcón (Eds.). *¿Sanciones Administrativas - X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo?*, 129-147. Santiago: Thomson Reuters.

Barra, Nancy (2017). *Probidad administrativa: Aproximación a la ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa.* Santiago: Legalpublishing.

Barrientos, Elías (2020). *La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador.* Santiago: Der Ediciones.

Cárcamo, Alejandro (2014). La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: fundamentos, alcances y aplicaciones. En J. Arancibia y P. Alarcón (Eds.). *¿Sanciones Administrativas- X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo?*, 149-165. Santiago: Thomson Reuters.

Cordero, Eduardo (2014). *Derecho administrativo sancionador: bases y principios en el derecho chileno.* Santiago: Thomson Reuters.

Cordero, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo.* Santiago: Thomson Reuters.

Enteiche, Nicolás (2017). *Las sanciones administrativas: el problema de la proporcionalidad.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez, Rosa (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Revista Ius et Praxis.* Año 26, (2), 193-218. Recuperado de http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1474/686 [fecha de consulta 8 de agosto de 2020].

Osorio, Cristóbal y Vilches, Leonardo (2020). *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos y Principios.* Santiago: Der Ediciones.

Phillips, Jaime (2020). La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República: Una regla chilena de *stare decisis. Revista de Derecho Administrativo Económico,* (31), 149-176. Recuperado de http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/16203 [fecha de consulta: 25 de julio de 2020].

Salinas, Carlos (2019). *Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado: bases para la comprensión autónoma del derecho sancionador regulatorio en Chile.* Santiago: Thomson Reuters.

Jurisprudencia judicial

Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles (2020). Corte Suprema, rol 18823-2019.

Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles (2019). Corte de Apelaciones de Santiago, rol 26992-2018.

Sáez Romero con Ministerio de Obras Públicas (2019). Corte Suprema, rol 18729-2019.

Muñoz Márquez con Servicio de Salud de Valdivia (2019). Corte Suprema, rol 14091-2019.

Lagos Astorga con I. Municipalidad de Limache (2017). Corte Suprema, rol, rol CS 76379-2016.

Jurisprudencia administrativa

Dictamen 49465-2006. Contraloría General de la República.

Dictamen 47.412-2007. Contraloría General de la República.

Dictamen 5.212-2009. Contraloría General de la República.

Dictamen 53.223-2012. Contraloría General de la República.

Dictamen 49465-2006. Contraloría General de la República.

Dictamen 60701-2012. Contraloría General de la República.

Dictamen 34840-2013. Contraloría General de la República.

Dictamen 29682-2014. Contraloría General de la República.

Dictamen 24591-2015. Contraloría General de la República.

Dictamen 16567-2017. Contraloría General de la República.

Dictamen 28929-2017. Contraloría General de la República.

Dictamen 16570-2019. Contraloría General de la República.

Ignacio Letelier Jofré
iletelierj@gmail.com

El resurgimiento de la teoría de la imprevisión como un asunto de *lege ferenda* en tiempos de pandemia y la apertura de la Corte Suprema para acogerla: comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 28.122-2018

The resurgence of the Theory of Unpredictability as a matter of *lege ferenda* in times of pandemic and the opening of the Supreme Court to embrace it (commentary of the sentence of the Supreme Court, Role number 28.122-2018)

Resumen: El presente texto pretende ilustrar cómo en tiempos de pandemia la Corte Suprema de Justicia realiza —a través de una sentencia que versa sobre un incumplimiento contractual en materia de servicios financieros— un llamado implícito a la regulación de la teoría de la imprevisión en Chile, con tal de traer justicia material a nuestro derecho de contratos y así regular una realidad latente en nuestro país: la imposibilidad de continuar con el cumplimiento de obligaciones por una excesiva onerosidad sobreviniente.

Palabras clave: imprevisión; revisión judicial de los contratos; contratos; pandemia.

Abstract: The following text pretends to ilustrate how the Supreme Court of Justice carries out —throughout a sentence that deals with a contractual breach in financial services— an implicit call to the regulation of the theory of unpredictability in Chile, in order to bring material justice to our contract Law and therefore regulate a latente reality in our country: the impossibility of continuing with de fulfillment of obligations due to an excessive unforeseen burden.

Keywords: unpredictability; judicial review of contracts; contracts; pandemic.

En el juicio de la referencia y como un primer acercamiento al asunto sometido a la decisión jurisdiccional, es menester dar cuenta que versó sobre el aparente incumplimiento de contrato por parte del demandado Sr. Víctor Godoi Thenoux (en adelante, "Godoi") respecto de la empresa demandante ForexChile S.A. (en adelante, "Forex"), el que regulaba la compra de —entre otros— contratos de derivados en el mercado extrabursátil. Luego de haberse rechazado la demanda en primera instancia, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó el fallo, deduciendo la demandante un recurso de casación en la forma y en el fondo en contra de esta sentencia, por infracción de lo dispuesto en el artículo 170, números 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil, al no contener —en su opinión— la debida fundamentación.

En el detalle, la principal alegación consiste en que Forex acusó al Sr. Godoi de no cumplir con su obligación contractual de asumir un perjuicio de CLP$72.900.885,68, originado por una serie de transacciones realizadas por este a través de la plataforma a la que tenía acceso como cliente de la demandante, en operaciones que dependen del valor de la acción de la compañía Netflix Inc. y que tuvo como resultado una pérdida operacional de CLP$172.785.882,5. De este modo, debía reembolsar a Forex el perjuicio indicado.

A modo de ilustración, los instrumentos en los que el Sr. Godoi invirtió son los denominados "contratos por diferencias" (*contracts for difference*) los que en términos financieros son operaciones sobre activos subyacentes (acciones, índices bursátiles, *commodities*, etc.) en las que las partes acuerdan —en concreto— el intercambio de la diferencia entre el precio de compra y el de venta a cierto vencimiento sin realizar la entrega física de estos.

El Sr. Godoi alegó haber desconocido los instrumentos financieros a través de los cuales Forex habría invertido su dinero, creyendo —de acuerdo a su versión— que en el fondo se trataba de la compra de acciones de la compañía Netflix Inc. y fondos mutuos, y no así estos contratos por diferencias, que —como indicamos— son en definitiva aquellos instrumentos a través de los cuales se transa sobre la especulación en el valor de un activo y no así en el activo mismo. En otras palabras, no se adquieren acciones, sino que se invierte en su valor especulativo.

Pues bien, la demanda fue rechazada en primera y segunda instancia. La premisa bajo la cual se falló en este sentido, principalmente parte de la base que el demandado no habría sido correctamente informado de los efectos de las cláusulas cuyo incumplimiento se alega, por lo que desconocería los riesgos asumidos al suscribir el contrato; el que además al tratarse de uno de adhesión, se interpretó en beneficio de la parte más débil (como lo sería el Sr. Godoi, en este caso).

En definitiva, el criterio anterior fue revertido por la Excma. Corte Suprema al dar aplicación a la teoría de los actos propios: esto por cuanto invirtió con total normalidad entre los meses de agosto y septiembre del año 2014, obteniendo incluso ganancias, lo que llevó a los jueces del fondo a concluir que estaba en pleno y cabal conocimiento de sus derechos y deberes como inversionista.

Justamente y en lo que nos interesa, nuestro máximo Tribunal trajo a colación la doctrina de los actos propios para justificar la inaplicabilidad de la "teoría de la imprevisión" en este caso. Centrándonos en lo que motiva el presente artículo, la referencia a esta teoría se manifiesta en los siguientes términos:

> "Que, así las cosas, establecido que ha sido el incumplimiento del contrato, corresponde resolver si éste es imputable al deudor, es decir, si se trata de un incumplimiento voluntario por dolo o culpa, o de uno que se debe al caso fortuito o fuerza mayor, eximentes de responsabilidad que, por cierto, no han sido invocadas por el demandado y que, por lo tanto, no serán analizadas. Ahora bien, resulta necesario abordar que el hecho sobreviniente y verificado con posterioridad a la celebración del contrato, consistente en la importante disminución del precio del instrumento financiero derivado de las acciones de la compañía Netflix y que generó la pérdida de la inversión total

del demandado —al extremo de superar los fondos depositados en su cuenta— es un hecho ajeno a la voluntad de las partes y ha producido un desequilibrio tal en sus prestaciones que el cumplimiento de la obligación por parte del cliente inversionista importa ahora un desembolso exagerado./ Esa situación, se podría enmarcar en lo que la doctrina denomina teoría de la imprevisión, doctrina de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviviente. En efecto, Abeliuk (Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, año 1993, p. 699) define la imprevisión como la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación excesivamente onerosa Sin embargo, de conformidad con el artículo 1560 del Código Civil y el tenor de las declaraciones del Sr. Godoi en torno a conocer los riesgos de invertir en el mercado informal extrabursátil y su comportamiento anterior al hecho sobreviniente durante los meses de junio a septiembre de 2014, excluyen en el caso de autos la aplicación de la imprevisión".

1. La teoría de la imprevisión

Abeliuk, tal como lo señaló la Excma. Corte Suprema en la sentencia en comento, definió a la teoría de la imprevisión como "la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa" (Abeliuk, 2009, p. 841), y en los hechos constituye un presupuesto de justicia civil.

La teoría de la imprevisión aplicaría solo cuando el hecho sobreviniente no alcanza la magnitud necesaria que imposibilite de un modo insalvable la ejecución de lo pactado. Pues, como es sabido, son otras las instituciones que se hacen cargo de la situación cuando el hecho impide al deudor el cumplimiento de la obligación con un carácter absoluto, estas son la fuerza mayor y el caso fortuito.

El Código Civil en su artículo 45 define la fuerza mayor y la equipara al caso fortuito con la conjunción o, estableciendo que es aquel imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. Sin embargo, la doctrina no los hace sinónimos como el legislador, sino más bien, entiende que el caso fortuito responde a hechos de la naturaleza mientras que la fuerza mayor a los actos de autoridad (Rodríguez, 2012, p. 180; Barcia, 2010, p. 96).

Con todo, los requisitos que la doctrina ha establecido para que califique un hecho sobreviniente como tal, dicen relación —al menos— con tres elementos: (i) que sea ajeno a la voluntad de las partes, (ii) que sea imprevisible y (iii) que sea insuperable o irresistible (Abeliuk, 2009, p. 829; Barcia, 2010, p. 96).

Sin embargo, cuando el hecho sobreviniente no alcanza la magnitud necesaria que imposibilite de un modo insalvable la ejecución de lo pactado, pero sí que convierta el contrato en excesivamente oneroso para el deudor, de tal forma que le irrogue un grave perjuicio, no existiría solución legal. Por ende, y para la mitigación o la extinción de estos efectos, se ha desarrollado la teoría de la imprevisión o *rebus sic stantibus.*

Para configurar una hipótesis de imprevisión, Ramón Meza Barros ha sugerido algunos requisitos: (i) que el hecho condicionante deba ser imprevisible, (ii) ajeno a la voluntad de las partes, (iii) que cause una perturbación grave en las condiciones económicas y en el desarrollo de los negocios, (iv) debe hacer considerablemente más oneroso el cumplimiento de la obligación para el deudor, causándole un grave daño, y (v) debe tratarse

de un contrato de tracto sucesivo o ser de aquellos que establezcan obligaciones de ejecución diferida o en cierto plazo (Meza, 2009, pp. 127-128).

De una forma más simplificada, Rodrigo Barcia ha reducido estos requisitos a tres: (i) que se trate de un contrato de tracto sucesivo o sujeto a modalidad, excluyendo aquellos de ejecución instantánea, (ii) que provenga de un imprevisto sobreviniente, no imputable a alguna de las partes, y (iii) que el imprevisto haga el cumplimiento excesivo de la obligación (Barcia, 2010, p. 100; y en el mismo sentido, Abeliuk, 2009, pp. 844-845).

En la sentencia en comento, la Excma. Corte Suprema hace suyo el argumento fáctico de que la disminución relevante del precio del instrumento financiero, derivado de las acciones de Netflix, constituye un hecho que cumple con los requisitos de la teoría de la imprevisión (pues es de carácter sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes y ha producido un desequilibrio de relevancia en la prestación, transformándose en un desembolso exagerado), pero que en este caso, su aplicación no sería posible al haberse acreditado que el demandado tenía pleno conocimiento de los riesgos y que siguió invirtiendo hasta un mes antes del hecho que acusa como sobreviniente, lo que implica que no queda exento de responsabilidad, en aplicación de la teoría de los actos propios.

2. Jurisprudencia hasta ahora uniforme sobre la materia

No es primera vez que nuestro máximo Tribunal se refiere a la teoría de la imprevisión en alguna sentencia. A decir verdad, ya lo hizo en el año 2008 en causa Rol 2651-2008 (caratulada "South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso"), sobre cobro de honorarios, en la que discurrió en cómo la demandada alegó que su obligación se transformó en más onerosa al haber cambiado las condiciones que tuvo a la vista al momento de suscribir un primer contrato con la demandante, lo que la llevó a concluir que el caso si bien calificaba para la aplicación de esta teoría, esta no es admisible en nuestro ordenamiento jurídico por las siguientes consideraciones: (i) la ley del contrato, lo pactado obliga; (ii) la interpretación del contrato de acuerdo al artículo 1560 del Código Civil no solo debe atender al hecho que el deudor no tuvo en miras el obligarse a un cumplimiento excesivamente gravoso, sino que también a que el acreedor pretende justamente que se cumpla la obligación; y, (iii) la buena fe contractual del artículo 1546 del Código Civil no alcanza a la situación jurídica del acreedor cuando éste no intervino en el hecho que dio origen a la onerosidad excesiva, pues se trata como bien dice la teoría, de un imprevisto[1].

[1] Dice la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, en su considerando décimo: "Esa situación, se enmarca en lo que en doctrina se llama «Teoría de la Imprevisión» o «doctrina de la imprevisión» o «excesiva onerosidad sobreviviente». Para este análisis seguiremos al jurista René Abeliuk Manasevich, que en el tomo II de su obra «Las Obligaciones» (Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, año 1993) define la imprevisión como la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación excesivamente onerosa. (ob. cit. pág. 699); y sostiene que la institución no está expresamente contemplada, por obvias razones de época y los principios y preceptos de carácter general. Es por eso que no puede instalarse la imprevisión como tal ya que se estrellaría irremediablemente contra lo estatuido. Fundamentalmente es el Art. 1.545 del Código Civil el que la excluye, pues el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, —los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado, y nadie les ha dado la de modificar las convenciones—. Así se ha fallado. (ob.cit. pag, 705)./ No obstante, una parte de la doctrina ha argumentado que la teoría de la imprevisión está acogida en el artículo 1560 del Código Civil señalando que en la interpretación del contrato debe buscarse la intención de las partes, y evidentemente el deudor no pudo haber tenido la de obligarse en forma que el cumplimiento le sea exageradamente gravoso. Esta tesis olvida que el precepto se refiere a la intención de ambos contratantes, y naturalmente la voluntad del acreedor es que se cumpla la obligación./ Finalmente se invoca el artículo 1546, que exige el cumplimiento del contrato de buena fe, y se dice que el acreedor si acosa a su deudor para que cumpla, aunque ello le signifique un perjuicio desconsiderado, no está de buena fe. Pero desde luego en autos, el acreedor no ha intervenido en el imprevisto que hace más gravoso el cumplimiento, y si realmente lo hubiera hecho no necesitaría el deudor la imprevisión para defenderse. Por último, el Código explica también que: «el contrato obliga, además de lo que se expresa, a lo que le pertenece por su naturaleza, por la ley o por la costumbre; y en ninguna de ellas aparece la imprevisión» (ob.cit. pág.705-706)".

Este fallo es el primer pronunciamiento expreso de la Corte Suprema en esta materia. Su relevancia jurídica se refleja en la materialización de un criterio jurisprudencial que nace en una sentencia de 1925, en la que el máximo Tribunal indica claramente que "los tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad o bien de costumbres o reglamentos administrativos" (citada en Momberg, 2010).

En otra sentencia de fecha 9 de julio de 2002, la Corte Suprema dispuso que la fuerza obligatoria de la convención debe ser cautelada por los jueces del fondo, debiendo privilegiarse la intención de los contratantes al pactarla para su aplicación (SCS, Rol 2493-2001).

A decir verdad, hasta la dictación de esta sentencia, la respuesta de la Corte Suprema a la aceptación de la teoría de la imprevisión en Chile era negativa. ¿Cómo debemos interpretar este fallo entonces?

3. Una tímida apertura a la aplicación de la teoría de la imprevisión

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, es llamativo que la Excma. Corte Suprema haya traído nuevamente a colación, sin que las partes lo hayan alegado ni expresa ni tácitamente, la teoría de la imprevisión. Se entiende como un elemento de la sentencia totalmente fuera de contexto desde ese punto de vista, pese a que se trate de un caso en el que pudo discutirse su aplicación.

A entender de este autor, el motivo por el cual ha sido invocada esta teoría se traduce más en un "tímido" llamado de la judicatura del máximo Tribunal de nuestro país a abordar la imprevisión como una materia necesaria de incorporarse a nuestro derecho, sea por la vía jurisprudencial, convencional o bien legislativa, especialmente al pronunciarse al respecto durante un periodo de excepción constitucional durante la pandemia "Covid-19", que ha traído numerosos incumplimientos de obligaciones de tracto sucesivo que han importado un sensible detrimento en aquellos deudores que se han visto afectados por el propio curso de los hechos y actos de autoridad.

Por lo demás, son llamativos los términos en los que esta apertura ha sido planteada. El Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la teoría de la imprevisión, pero no por el hecho que esta no tenga cabida en nuestro Derecho, tal como lo ha resuelto anteriormente, sino que, a causa de la aplicación de otra teoría, como la de los actos propios, que se basó en la conducta anterior del demandado (Sr. Godoi), lo que hizo presumir fundadamente su conocimiento de los riesgos. No me parece que esto constituya un tecnicismo o una omisión involuntaria, sino que este "detalle" puede significar una gran oportunidad para un desarrollo jurisprudencial sobre la materia. Pero quienes creemos en la necesidad de su reconocimiento: ¿seguiremos aferrándonos a ello?

4. Una regulación necesaria

El llamado a una regulación expresa de la teoría de la imprevisión no es nuevo. Ya en el año 1933, Lorenzo De la Maza esgrimió las exigencias morales, de justicia y socioeconómicas que así lo justifican, con la prevención de que debe haber una correcta armonía entre el principio *pacta sunt servanda* expresado en nuestro artículo 1545 del Código Civil y la materia que nos convoca (De la Maza, 2009, pp. 751-756). Asimismo, desde un prisma de derecho moderno, Rodrigo Momberg ha justificado de forma muy precisa la conveniencia de un texto expreso que regule la imprevisión, dando ejemplos de sus efectos positivos en el derecho comparado[2], procurando explicar, además, que la poca confianza depositada en la judicatura justificaría —entre otros argumentos de los que bien se hace cargo— que a la fecha no se haya tomado la decisión de legislar al respecto, mas indica —con razón— que hacerlo otorgaría una mayor seguridad jurídica a los sujetos obligados, que si seguimos amparados en los principios generales del derecho (Momberg, 2010).

Actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, la teoría de la imprevisión se basa en una extensión del principio de buena fe contractual, recogido en el artículo 1546 del Código Civil y en la regla de interpretación de los contratos de los artículos 1560 y siguientes del mismo cuerpo legal. Lo anterior, no obstante pugnar con la "ley del contrato", lo que para una justicia nacional del tipo exégeta hace muy compleja su aceptación de una forma más amplia. De hecho, no existe a la fecha sentencia alguna de la Excma. Corte Suprema en la que esta haya aplicado la teoría de la imprevisión para resolver el conflicto jurídico.

Parece relevante "recoger el guante" y legislar sobre la materia, tal como recientemente lo hizo Francia al aprobar el año 2016 una reforma al Derecho de contratos que introdujo un texto expreso que regula la imprevisión, a través de su artículo 1195, y que en el informe sometido a conocimiento del presidente de la república para la justificación de este, se dio cuenta de que el país no estaba a la vanguardia en el reconocimiento de esta institución, que permite luchar contra los desequilibrios contractuales que pudieran ocurrir durante su ejecución como corolario de la justicia civil, sin que necesariamente sea una institución indisponible para las partes, lo que refuerza el principio de autonomía de la voluntad[3].

El artículo 1195[4] del Código Civil francés establece que, ante un cambio de circunstancias de carácter imprevisible a la época de celebración del contrato, que transforma su ejecución en excesivamente costosa para la parte que no aceptó correr el riesgo, podrá esta solicitar a la contraria renegociar el contrato, debiendo continuar con el cumplimiento de su obligación en el intertanto. Si la renegociación fracasare, las partes pueden acordar el término del contrato en las condiciones y plazo que estimen o bien, solicitar al juez de mutuo acuerdo que proceda a su adaptación. Finalmente, si no se arribare a

[2] Enumera el autor: Holanda, art. 6:258 *BW* de 1992; Alemania, §313 del *Bücherliches Gesetzbuch* (BGB) ref. 2002; Grecia, Código Civil de 1946; Portugal, Código Civil de 1967; Bolivia, Código Civil de 1976; Perú, Código Civil de 1984; Paraguay, Civil de 1987; y Brasil, Código Civil de 2002; Colombia, Código de Comercio de 1971; UK *Law Reform (Frustrated Contracts), Act* 1943; USA *Uniform Commercial Code* art. 2 sec. 615; Principios UNIDROIT, PECL y DCFR; etc.

[3] *Rapport relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (Recuperado de: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte [Fecha de consulta: 8 de abril de 2020]).

[4] Art. 1195: "Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation./ En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

un acuerdo dentro de un plazo razonable, podrá el juez a petición de parte, revisar el contrato o darle término, en la fecha y condiciones que así lo decida.

Esta norma, si bien puede servir de base para avanzar a una regulación necesaria de la institución objeto de este comentario, carece de certeza jurídica al dejar al arbitrio de la jurisprudencia lo que deba entenderse por "plazo razonable" para llevar a cabo la renegociación antes de que alguna de las partes decida someterlo al conocimiento de un juez, lo que en nuestro ordenamiento jurídico podría dar lugar a diversas interpretaciones sobre lo que deba entenderse como tal.

Al efecto, para nuestra realidad nacional, la norma podría permitir situaciones que incluso podrían alterar el sentido de la buena fe a la que apunta la norma, como —por ejemplo— un deudor podría ingresar una presentación al tribunal al día siguiente de iniciadas las negociaciones como estrategia de presión para impulsar un acuerdo que haga primar sus intereses por sobre los que realmente correspondan. Por su parte, será óptimo conocer cómo será su tratamiento procesal, pues —por ejemplo— un acreedor podría dilatar el proceso utilizando herramientas de tramitación conocidas por quienes litigamos, con tal de evitar el cambio de circunstancias. Una buena solución para el primer caso, sería establecer un término que garantice que las partes deban negociar de buena fe, y no dando curso a acciones que no respeten este término; y para el segundo, a través de la inclusión de medidas provisionales que regulen de cierta manera el contrato mientras se sustancie el proceso.

5. Una luz de esperanza: El Proyecto de Ley que reconoce la teoría de la imprevisión

Recientemente, con fecha 5 de mayo de 2020, un grupo de Senadores ingresó un proyecto de Ley bajo el Boletín 13474-07 que recoge —prácticamente de forma textual— lo dispuesto por el artículo 1195 del *Code*, revisado en el párrafo precedente, agregando un nuevo artículo 1546 bis a nuestro Código Civil[5]. Creo que es un paso en el sentido correcto, por el cual el Legislador estaría aprovechando una gran oportunidad para incorporar a nuestro Derecho de contratos una clara manifestación de justicia civil.

El fundamento del proyecto indica principalmente que a pesar de la consagración en nuestra legislación de lo que conocemos como *pacta sunt servanda*, existen principios que justificarían acoger a la Imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico: tales son, la responsabilidad, la equidad y la buena fe.

El proyecto solo aporta un atisbo sobre cómo estos principios confluyen para lograr el reconocimiento de la teoría en comento, así —por ejemplo— los dos últimos sirven para expresar una idea recogida en la doctrina, que da cuenta de lo injusto que es el hecho de que el acreedor exija el cumplimiento íntegro de la obligación, si por causas externas al deudor desde el punto de vista volitivo, ésta devenga en un sacrificio exagerado

[5] Dice el texto propuesto: "Artículo 1546 bis: Si un cambio fundamental de circunstancias imprevisibles al tiempo de la suscripción del contrato convierte su cumplimiento en excesivamente oneroso para una de las partes, que no había aceptado ese riesgo, ésta puede solicitar a su contraparte la renegociación del contrato. Durante la renegociación, las partes continúan obligadas a cumplir sus obligaciones./ Si la renegociación no es aceptada o fracasa, las partes pueden poner término al contrato, en las condiciones y en el plazo que decidan, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o ponerle término, en las condiciones y en el plazo que él determine".

(Abeliuk, 2009, p. 841). Por su parte, para hablar de la responsabilidad, el proyecto cita el artículo 1558 del Código Civil[6], el cual bajo una lectura *a contrario sensu* de su texto literal, obliga al deudor de buena fe en un contrato, a responder solo de los perjuicios previstos.

A decir verdad, bien aprecian los impulsores de la iniciativa que la jurisprudencia ha sido vacilante en la materia, por lo que se hace necesaria una regulación expresa de esta institución. Con todo, esta norma sería aplicable para aquellos contratos suscritos con posterioridad a su publicación, lo que si bien no ayudará a mitigar el impacto que la pandemia Covid-19 ha causado en nuestras relaciones contractuales, sí permitirá hacer frente a futuros cambios circunstanciales que se devenguen en este mundo tan dinámico.

Tal como lo hace el texto del *Code*, el proyecto reconoce la autonomía de la voluntad. De hecho, insta a que las partes decidan renegociar el acuerdo original, adaptándolo a lo necesario para su subsistencia o incluso darle término, con total libertad. La necesidad de concurrir a la justicia ordinaria se limitaría al fracaso de esta instancia, constituyendo —por una parte— una especie de *ultima ratio* para la parte perjudicada con el cambio de condiciones, y —por la otra— un incentivo para la razonabilidad de las partes en sus negociaciones, lo que debería lograr una apertura por parte de ellas para rediseñar los términos de lo acordado. Los comentarios a los alcances del texto ya fueron expuestos al hablar del artículo 1195 francés que —como ya lo vimos— lo replica.

En definitiva, el proyecto es una buena señal para entregar más justicia a nuestro Derecho civil, no obstante que debe adaptarse a nuestra realidad procesal. Es de esperar que éste encuentre la voluntad política y académica necesarias, para que el llamado de nuestra Excma. Corte Suprema no constituya un pronunciamiento aislado.

Referencias

Abeliuk, R. (2009). *Las Obligaciones. Tomo II* (5ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Barcia, R. (2010). *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo III: De la Teoría de las Obligaciones.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

De la Maza, L. (2009). *Doctrinas esenciales. Obligaciones. Tomo I: La Teoría de la Imprevisión II* (originariamente publicado en 1933). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Meza, R. (2009). *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Momberg, R. (2010). Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado* (15), 29-64.

Rodríguez, P. (2012). *Responsabilidad Contractual* (reimpresión de 1ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

[6] Dice el artículo: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

Álvaro Quezada Vidal
alvaroquezadavidal@gmail.com

Prescripción extintiva de los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público: crítica a la actual postura mayoritaria de la tercera sala de la Corte Suprema

Extinctive prescription of the patrimonial effects derived from the public law nullity action: Criticism to the current majority posture of the third room of the Supreme Court

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto criticar la postura actual y mayoritaria de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema en lo que dice relación a la aplicación de las normas de prescripción extintiva contenidas en el Código Civil chileno a los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de los actos de la Administración del Estado, más conocida como nulidad de derecho público.
Palabras clave: nulidad; prescripción; supletoriedad.

Abstract: The purpose of this paper is to criticize the current and majority position of the Third Chamber of the Supreme Court in relation to the application of the rules of extinguishing prescription contained in the Chilean Civil Code to the patrimonial effects derived from the nullity action of the acts of the Administration of the State, better known as nullity of public law.
Keywords: nullity; prescription; supplementary.

Prescripción extintiva de los efectos patrimoniales

Es sabido que la acción de nulidad de los actos de la Administración del Estado, más conocida como acción de nulidad de derecho público, no está consagrada expresamente como tal en nuestro ordenamiento jurídico. Esta acción, concebida actualmente como un mecanismo de control externo de la Administración del Estado, fue una creación doctrinal que enlazó normas de rango constitucional ante la necesidad de que los actos de la Administración del Estado se ejecutaran previa investidura regular de quien actuaba por el órgano, dentro de su competencia y en la forma que estableciera el Legislador. En este sentido, y refiriéndose al inciso 3.o del artículo 7.o de la Constitución, Jorge Bermúdez ha señalado que

> Esta norma es básica para entender el sistema de nulidad de Derecho Público que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha montado a partir de él. No obstante, y en estricto rigor, de aceptar que se está estableciendo una nulidad de Derecho Público, sus causales estarían claras y taxativamente establecidas en la propia norma, ya que la nulidad se atribuye sólo respecto de las infracciones al propio artículo 7, es decir: falta de competencia, falta de investidura y falta de formalidad, y aplicable a toda actuación de cualquier órgano del Estado, no solo de la Administración (Bermúdez, 2008, p. 280).

A su vez, Ricardo Concha ha sostenido que

> fuera de este precepto constitucional no se encuentra un régimen reglamentado a nivel legislativo de la nulidad de derecho público en lo que se refiere a los actos de la Administración del Estado. Ahora bien, a falta de una reglamentación, la dogmática publicista se ha encargado de perfilar un régimen jurídico para la nulidad administrativa. Todo ese desarrollo dogmático y jurisprudencial constituye la propia teoría de la nulidad en el derecho público chileno (Concha, 2013, p. 101).

No se discute en doctrina que el procedimiento aplicable para ejercer esta acción, y a falta de procedimiento especial, es el procedimiento ordinario de mayor cuantía consagrado en el Código de Procedimiento Civil, y si tiene interés el Fisco de Chile deviene en un juicio de Hacienda que, en definitiva, es un procedimiento ordinario con matices en el que se manifiestan los privilegios procesales de los que goza este último. En este sentido, José Miguel Valdivia sostiene que

> La acción de nulidad de derecho público está sujeta a la tramitación propia del juicio ordinario, que es la regla general de ritualidad procesal para las acciones que no tengan asignado un mecanismo diverso. Pero como es frecuente que la nulidad sea pedida con el propósito instrumental de perseguir pretensiones pecuniarias (restituciones o indemnizaciones), la acción de nulidad de derecho público puede necesitar someterse a la tramitación propia del juicio de hacienda (Código de Procedimiento Civil, Libro III, título XVI), en cuanto las resultas del juicio puedan afectar el interés fiscal (Valdivia, 2009, p. 869).

Con el transcurso de los años, se han discutido dos temas importantes relativos a esta acción. El primero referente a si la acción de nulidad de derecho público es o no prescriptible, situación que en teoría está resuelta, ya que actualmente la jurisprudencia la considera imprescriptible, concordando en este punto con la teoría clásica que aborda esta materia. El segundo relativo a si a los efectos patrimoniales derivados de dicha acción se les aplican o no las normas de prescripción consagradas en el Código Civil chileno. Este trabajo se enfocará principalmente en la segunda discusión, criticando la doctrina actual y en forma mayoritaria seguida por la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema, que hace aplicables las normas de prescripción extintiva contenidas en el Código Civil chileno, a los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de los actos de la Administración del Estado.

Para seguir un orden lógico, se darán a conocer algunas posturas doctrinarias referentes a la prescripción extintiva de los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público, continuando con la posición actual, tanto mayoritaria como minoritaria, de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema, finalizando con uno de los puntos centrales de la discusión, que sería si son aplicables a esta materia las normas de prescripción contenidas en el Código Civil.

1. Algunas posturas en materia de prescripción extintiva de los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público

La doctrina nacional no es pacífica en cuanto a la posibilidad de prescripción de los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público. En este sentido, se explicará brevemente las posturas más relevantes e influyentes en esta materia.

1.1. Postura de Eduardo Soto Kloss.

Sin dejar de tener presente la postura de Mario Bernaschina, quien en su obra Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas, del año 1949, sostenía, a la luz de la normativa de la Constitución del año 1925, que la nulidad de los actos administrativos era imprescriptible, Eduardo Soto Kloss sostiene, ya vigente la Constitución del año 1980, que la acción de nulidad de derecho público opera de pleno derecho, es insanable e imprescriptible. En relación a la última característica, sostiene que

> se trata de una nulidad perpetua e imprescriptible, vale decir imposible de sanearse por el transcurso del tiempo. ¿De dónde deriva esto? Si esta nulidad de derecho público es en buenas cuentas un impedimento radical para que nazca a la vida del Derecho un acto jurídico que ha sido emitido o dictado por un órgano del Estado con infracción a la Constitución, dicho acto en razón de dicha infracción carece de realidad jurídica, es inexistente, no existe ab initio en el ordenamiento jurídico y si no existe, jamás el tiempo y su transcurso podrá darle validez o sustento jurídico a algo que carece de ser, que no existe como realidad jurídica, como algo real en el ordenamiento. Así como lo que no existe no puede sanearse porque esto supone algo que existe, pero de un modo irregular o imperfecto/viciado, así también lo que no existe no puede existir y nacer a la vida del Derecho por el simple transcurso del tiempo. El tiempo carece del poder de creación; lo que no es, no es, aunque transcurran mil años (Soto, 1990, pp. 22-23).

Al respecto, Julia Poblete explica esta postura en los siguientes términos:

> la acción de nulidad de derecho público operaría de pleno derecho, procedería "ipso iure" y, por lo tanto, no requiere de declaración judicial; a su vez, el acto entendido como nulo carecería de efectos y su vicio lo invalida como acto, no formando parte del ordenamiento jurídico, por lo que dicho acto no podrá ser convalidado y carecerá de cualquier efecto. En caso de recurrirse a los tribunales, la sentencia que se pronuncie sobre tal punto tendrá carácter declarativo, de constatación de realidad preexistente. Todo lo anterior conduce a entender que esta acción es imprescriptible, que no se extingue por el transcurso del tiempo, y que puede invocarse en cualquier momento y por cualquier persona lesionada en sus derechos. Así, la nulidad de derecho público se comprende en sus características como de pleno derecho, insaneable, imprescriptible, como la norma de clausura para la actuación de la administración, ineludible para ella ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias (Poblete, 2013, p. 341).

En este sentido, se aborda el tema de la nulidad de derecho público que no prescribe sin hacer una distinción en cuanto a sus efectos. Se basa en que el acto administrativo jamás nació a la vida del derecho por haber sido dictado con infracción a la Constitución y, conforme a lo anterior, no puede aplicarse el transcurso del tiempo para crear y dar validez a un acto administrativo que nunca existió.

1.2. Postura de Urbano Marín.

Urbano Marín sostiene en general que la acción de nulidad de derecho público no operaría de pleno derecho y, en consecuencia, no sería imprescriptible como lo sostiene parte de la doctrina. En sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 02 de octubre del año 2003, caratulada "Henry Ríos Edgardo con Universidad de Atacama" en la que se rechazó un recurso de casación en el fondo, se expresa su postura en el siguiente sentido:

> Décimo: Que en relación con este punto, debe anotarse que la tesis que sostiene que la nulidad que contempla el inciso final del artículo 7° de la Constitución Política de 1980, operaría de pleno derecho es sustentada solamente por algunos autores de la especialidad, (Mario Bernaschina G., Eduardo Jara M., Eduardo Soto K., etc.), pues otra parte importante de la doctrina la rechaza (Enrique Silva C., Patricio Aylwin A., Pedro Pierry A., Domingo Hernández E., etc.) y que sólo excepcionalmente el ordenamiento jurídico nacional asigna tales efectos a los vicios de que puede adolecer un acto o contrato, como ocurre, v. gr. en las situaciones previstas en el inciso final del artículo 83 de la misma Carta Política, en el artículo 356 del Código de Comercio y en el artículo 6°A de la ley N°18.046;
>
> Undécimo: Que, en este sentido, los elementos de juicio que aporta el proceso de generación de la Constitución de 1833, cuyo artículo 160 corresponde al último inciso del artículo 7° del texto constitucional vigente, demuestran que la frase "nulo de pleno derecho", que figuraba en el voto particular de Egaña, no se incorporó a ese precepto, sino al artículo 158 del cuerpo constitucional de 1833, que sancionaba con "nulidad de derecho" toda resolución "que acordara el Presidente de la República, el Senado o la Cámara de Diputados a presencia o requisición de un ejército, de un general a la frente de fuerza armada o alguna reunión de pueblo, que ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades". Este último precepto pasó con otra redacción a ser el artículo 23 de la Constitución Política de 1925 y no se reprodujo en la Carta de 1980, la que dispone en el inciso final de su artículo 83, que "en los casos de los números 5° y 12° del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal Constitucional que acoja el reclamo", restringiendo a estas situaciones específicas tal consecuencia del vicio de inconstitucionalidad de decretos supremos, la que siempre debe ser declarada por dicho Tribunal;
>
> Duodécimo: Que, a su turno, los antecedentes que se consignan en las Actas de Sesiones de la Comisión de Estudios de la Constitución Política de 1980 (Sesiones N°s. 51 y 53, de 4 y 11 de julio de 1974 y 411, de 6 de septiembre de 1978, respectivamente), tampoco conducen a que la nulidad que contempla el inciso final del artículo 7° de esta Carta Política deba producirse ipso jure, sino, por el contrario, denotan que la Comisión desestimó atribuir este efecto automático a la infracción de dicha norma constitucional, de manera, pues, que bien puede inferirse que las disposiciones que sancionaron con nulidad la contravención del principio de legalidad y que sucesivamente se contuvieron en los artículos 160 de la Constitución de 1833, 4° de la Carta de 1925 y en el aludido precepto del artículo 7° del texto constitucional vigente no reconocieron eficacia ipso jure a esa sanción[1].

La postura de Urbano Marín, aunque no trata directamente el tema de la posibilidad de prescripción de la acción de nulidad de derecho público, es relevante ya que comienza a pavimentar lo que es la doctrina actual y mayoritaria de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema en esta materia. Su tesis establece que la nulidad de derecho público no opera de pleno derecho,

[1] Henry Ríos Edgardo con Universidad de Atacama, Excelentísima Corte Suprema, 2 de octubre de 2003, Rol 2.650-2002.

basada en que el Constituyente no estableció dicha sanción en forma expresa tal como lo hizo en algunos casos puntuales de las constituciones de los años 1833 y 1925. En este sentido, el acto administrativo cuestionado produciría sus efectos y tendría plena eficacia mientras el juez no declare la nulidad.

1.3. Postura de Pedro Pierry Arrau.

Según la postura de Pedro Pierry, lo que prescribe es la acción de nulidad en lo que dice relación con los derechos subjetivos de los particulares. Al respecto, señala que

> en realidad, lo que prescribe son las acciones para obtener la nulidad en relación con los derechos subjetivos de los particulares. Quizás hubiera sido preferible la adopción de reglas vinculadas a la distinción entre recurso de nulidad y de plena jurisdicción formuladas originalmente por el derecho administrativo francés.
>
> Desde el punto de vista doctrinario y de derecho comparado, es necesario distinguir entre las acciones encaminadas únicamente a obtener la nulidad de un acto administrativo y aquellas destinadas a obtener la declaración de un derecho a favor de un particular. Las primeras y que corresponden a lo que se denomina en el derecho francés "*recours pour excès de pouvoir*", son aquellas que pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés. Sus plazos son muy breves y tienen la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales "erga omnes". La brevedad de los plazos se comprende por la absoluta necesidad de establecer la certeza de los actos administrativos.
>
> En Chile, un ejemplo de este tipo de acciones es el denominado recurso de ilegalidad en derecho municipal. El otro tipo de acciones son las declarativas de derechos, denominadas "de plena jurisdicción", por cuanto el juez al pronunciar un derecho de un particular puede hacer todo lo que corresponda para ello, incluso anular el acto para declarar el derecho. Está sujeto a plazo de prescripción de carácter general, de años. Su característica principal es que todo pronunciamiento que implique la anulación de actos administrativos es de efectos relativos y sólo para el juicio concreto. Esta acción de plena jurisdicción corresponde al contencioso de los derechos en general y de los cuales su aspecto más importante es el contencioso de la responsabilidad.
>
> En Chile generalmente se ha confundido la denominada acción de nulidad de derecho público, sin hacer la distinción anterior. En realidad, son inexistentes los casos en que se solicita la nulidad con efectos generales por alguien que no tenga un derecho comprometido, que es lo que propiamente debiera denominarse acción de nulidad de derecho público. Siempre lo que se solicita es la declaración de un derecho, por lo que, estrictamente hablando, lo que se ejerce son acciones de plena jurisdicción. En todos los juicios en que sonoramente se comienza señalando que se ejerce la "acción de nulidad de derecho público", en realidad siempre se termina solicitando la declaración de un derecho a favor del demandante, especialmente la condena por responsabilidad del Estado (Pierry, 2003, pp. 3-4).

La doctrina de Pedro Pierry es la que sigue actualmente la mayoría de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema. Basado en el derecho francés, sostiene que debe distinguirse entre la acción de nulidad del acto administrativo con efectos generales, que puede ser ejercida por cualquiera que tenga interés en ello y aquella que tiene por objeto la declaración de un derecho del particular, denominadas de plena jurisdicción, las cuales están sujetas a plazos de prescripción.

Al respecto, se ha sostenido en forma crítica lo siguiente:

> Ahora bien, desde un punto de vista crítico, ¿cuál es el fundamento de esta distinción? ¿Se explicita con claridad en las sentencias que la acogen? Y de no quedarnos con otro fundamento más que el de la necesidad de resolver la contienda, ¿podemos

encontrar un fundamento relevante para sustentar esta distinción? El mundo administrativo, de algún modo, se va supeditando a la necesidad práctica de los tribunales superiores de establecer límites. Lo anterior, porque claramente tales límites no existen formalmente ni están precisados con claridad en el derecho administrativo (Poblete, 2013, pp. 349-350).

Relacionado con lo anterior, Jorge Bermúdez señala:

Sin embargo, el problema de esta doctrina radica en dos aspectos, en primer lugar la distinción entre acciones de nulidad (stricto sensu) y de plena jurisdicción (en que se revisa la legalidad y la declaración de derechos subjetivos, de ahí su denominación) no tiene asidero en el ordenamiento jurídico chileno. Como consecuencia de lo anterior, es que la nulidad del acto administrativo, en un juicio de nulidad de Derecho público, es la causa de la indemnización, ya que el acto ilegal es, en principio, el acto que ocasiona el daño (Bermúdez, 2010, p. 115).

2. Postura mayoritaria de la Tercera Sala de la Corte Suprema

Actualmente la mayoría de los integrantes de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema ha adoptado la doctrina de Pedro Pierry en materia de prescripción extintiva de los efectos patrimoniales de la acción de nulidad de derecho público.

La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 27 de noviembre del año 2000, caratulada "Aedo Alarcón Paulina con Fisco de Chile" en la que se acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto, declaró la prescripción extintiva de los efectos patrimoniales de la acción de nulidad de derecho público. Esta sentencia hizo una distinción entre la posibilidad de prescripción de la acción de nulidad propiamente tal y la acción que busca la declaración de un derecho (o de plena jurisdicción) en los siguientes términos:

Séptimo: Que en relación con el primer capítulo de casación invocado, debe tenerse presente que el caso sub lite se trata de una acción de nulidad de derecho público, cuyo fundamento se encuentra en el Capítulo I de la Constitución Política, sobre bases de la Institucionalidad, que establece el principio de que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes, según dispone el artículo 6º, y de que los órganos del Estado actúan válidamente dentro de la competencia y la forma que prescriba la ley, con la consecuencia de que todo acto en contravención a esa regla es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señala, según dispone el artículo 7º. En circunstancias que estas normas establecen principios fundamentales de la sujeción de los órganos públicos al derecho, los actos que alguno de ellos realice extralimitándose de las potestades que le han sido conferidas por las normas jerárquicamente superiores carecen de valor jurídico, lo que puede ser declarado en cualquier momento por el tribunal competente, que al efectuar tal declaración se limita a afirmar el principio de la superioridad jerárquica de la Constitución y las leyes respecto de los actos de la Administración del Estado, sin que en esta materia resulten aplicables las normas generales del derecho privado sobre prescripción de las acciones;

Octavo: Que, por el contrario, las acciones personales que tienen por objeto que quien dejó de poseer restituya el valor de la cosa y la indemnización de perjuicios también deducidas por la actora, cuyo antecedente es la nulidad de derecho público referida

en la consideración precedente y que son objeto de los capítulos de casación primero y último, son de evidente contenido patrimonial, pues se refieren a las restituciones y reparaciones de valor económico que pretende obtener la actora en virtud de tal declaración de nulidad. De lo anterior se deriva que su destino se condiciona a los plazos de prescripción establecidos al respecto por el Código Civil, ordenamiento, por lo demás, que la propia actora invoca para sostener dichas acciones.

Noveno: Que asimismo corresponde tener presente que si bien las normas constitucionales de los artículos 7º inciso final y 38 inciso segundo se refieren a las responsabilidades que pueden derivarse de la actuación contraria a derecho de los órganos de la Administración del Estado, de ello no se sigue que las respectivas acciones patrimoniales no estén sujetas, a falta de un estatuto legal especial, a las reglas de prescripción del derecho común, pues éstas materializan un principio de certeza y seguridad jurídica que impide que pretensiones de ese carácter subsistan indefinidamente en el tiempo, razonamiento que resulta además consistente con el artículo 2497 del Código Civil que hace extensivas las reglas sobre prescripción igualmente en favor y en contra el Estado"[2].

Tal como se señaló, en esta sentencia, se hace una clara distinción entre la acción que pretende invalidar un acto administrativo y las acciones personales cuyo antecedente inmediato es precisamente la acción de nulidad de derecho público. En el primer caso, se estima por la Corte que la acción de nulidad de derecho público sería imprescriptible, no siendo aplicables a su respecto las normas generales del derecho privado sobre prescripción de las acciones. Sostiene el fallo que esta acción tiene su fundamento en las bases de la institucionalidad de nuestra Constitución Política, donde se establecen principios fundamentales tales como el de sujeción de los órganos públicos al derecho y el de superioridad jerárquica de la Constitución y las leyes respecto de los actos de la Administración del Estado, careciendo de valor jurídico el acto ejecutado por el órgano extralimitándose de las facultades conferidas por las normas jerárquicamente superiores. En el segundo caso, la sentencia estima que la acción personal derivada de la nulidad de derecho público sería prescriptible de conformidad con las normas del Código Civil, ya que el contenido de aquella sería de carácter patrimonial. Además de lo anterior, estima que, por el hecho de no existir un estatuto legal especial al respecto, se aplicarían las reglas de prescripción del "derecho común" por razones de certeza y seguridad jurídica.

Gonzalo Guerrero Valle, comentando esta sentencia, ha sostenido lo siguiente:

En efecto, la sentencia comentada estima que la acción para declarar la nulidad de derecho público de los actos que adolezcan de tales vicios será imprescriptible. Sin perjuicio de ello, señala que, como se ha visto, las acciones patrimoniales prescriben puesto que el plazo de prescripción de tales comienza a correr desde el momento mismo en que el acto fue dictado y/o comunicado a sus destinatarios. Como se puede apreciar, la sentencia en cuestión cae en una contradicción que es vital, puesto que eventuales acciones de contenido patrimonial que puedan derivar de un acto jurídico público no nacen desde el momento mismo en que aquél es dictado, sino que sólo podrán surgir una vez que se ha declarado judicialmente que dicho acto fue dictado contraviniendo el ordenamiento jurídico. Dado lo anterior, la afirmación de que las acciones de contenido patrimonial prescriben desde la dictación del acto, implica reconocer que aquel acto ha sido nulo desde siempre, reconociendo implícitamente que dicha nulidad de derecho público operaría de pleno derecho. Dicho ello, si bien la sentencia "Aedo Alarcón con Fisco" pretende alejarse de la teoría del profesor Soto Kloss, termina afirmando que la nulidad de derecho público es imprescriptible y,

[2] Aedo Alarcón Paulina con Fisco de Chile, Excelentísima Corte Suprema, 27 de noviembre de 2000, Rol 852-2000.

> en los hechos, señala que se aplica desde el momento en que el acto jurídico público es dictado. No obstante, de lo dicho, otra de las incoherencias de la sentencia examinada se presenta en el hecho de que, tal como lo afirmara el profesor Gabriel Bocksang, la nulidad de derecho público es causa de las acciones patrimoniales. En consecuencia, para que existan consecuencias patrimoniales derivadas de la nulidad de derecho público, esta última deberá ser declarada, primeramente, constituyendo al acto impugnado en un acto nulo, para luego proceder a reclamar los efectos patrimoniales emanados de aquella nulidad de derecho público. Por último, se denota que la sentencia estudiada cae en otra incoherencia interpretativa al tratar de aplicar categorías de derecho privado, específicamente del derecho civil, a la regulación de la nulidad de derecho público, lo cual dista del objetivo y finalidad que posee la norma constitucional… (Guerrero, 2013, p. 368).

A su vez, y conforme a esta postura, la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 28 de junio del año 2007, caratulada "Eyzaguirre Cid Germán con Fisco", en la que se rechazó el recurso de casación en el fondo deducido, se pronunció en los siguientes términos:

> Décimo: Que el análisis del recurso, habida cuenta del contenido complejo de la demanda planteada en estos antecedentes, según se dejó constancia en el basamento octavo anteprecedente, conduce a dejar formulada una necesaria distinción entre las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho en favor de un particular. Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, "erga omnes" y requieren de una ley expresa que las consagre, como ocurre con el artículo 140 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que instituye el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de los órganos municipales. En cambio, las segundas presentan la característica de ser declarativas de derechos, perteneciendo a esta clase la que se ha entablado en autos, en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho en favor del demandante, la indemnización de perjuicios, en lo específico;
>
> Undécimo: Que estas acciones declarativas de derechos, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidos, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales sobre dicho instituto, contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2332, 2497, 2514 y 2515[3].

Esta sentencia, al igual que la anterior, hace la distinción entre la acción que busca la nulidad del acto administrativo y la acción declarativa de derechos derivada de esta. Sin embargo, este fallo sostiene que la primera puede ser ejercida por cualquier persona que tenga interés en que se declare la nulidad del acto y, en el caso de que ello suceda, tendría efectos absolutos, es decir, erga omnes. Agrega que lo que busca el justiciable con la interposición de la acción de nulidad del acto administrativo es, en realidad, la declaración de un derecho. Dicho de otro modo, señala que en el papel se ejerce una acción de nulidad de derecho público, pero que finalmente la cosa pedida o peticiones concretas se relacionan con una acción declarativa de derechos o de plena jurisdicción sometida a las reglas de prescripción del Código Civil por su contenido patrimonial.

Por su parte, la sentencia de fecha 31 de julio del año 2018 caratulada "Baztan González Francisco con Ministerio de Bienes Nacionales" en la que se rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto, señala lo siguiente:

[3] Eyzaguirre Cid Germán con Fisco, Excelentísima Corte Suprema, 28 de junio de 2007, Rol 1.203-2006.

> Noveno: Que cuando existe una acción contenciosa administrativa "de nulidad de derecho público" fijada en la ley, se aplica ésta y con el procedimiento allí regulado, y no otra. Empero, si la ley no contiene ningún procedimiento o acción especial para reprobar el acto administrativo solicitando su anulación, se puede utilizar el procedimiento de juicio ordinario; evidentemente en el entendido que se trataría de una acción en que lo único que se pretende es la declaración de nulidad, ya que, como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte Suprema, si lo que se persigue es la declaración de ilegalidad para los efectos de obtener la declaración de un derecho, se está en presencia de un juicio declarativo de derechos o de plena jurisdicción, en que la declaración de ilegalidad es únicamente el antecedente necesario para pronunciarse sobre el derecho pedido, y no de una acción de nulidad de derecho público[4].

Este fallo, al igual que los que se han presentado anteriormente, sostiene que, si se ejerce la acción de ilegalidad del acto administrativo con el propósito de obtener la declaración de un derecho, se estaría, en realidad, en presencia de un juicio declarativo de derechos o de plena jurisdicción.

3. Postura minoritaria de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema: lo que debiera ser la "sana doctrina"

En la materia que se está analizando, el voto de minoría de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema ha sido sostenido por el ministro Sergio Muñoz. Este señala, en general, que tanto la acción de nulidad de derecho público como los efectos patrimoniales derivados de esta serían imprescriptibles.

Sobre la base de lo anterior, la sentencia de fecha 04 de enero del año 2013 caratulada "Droguett Inarejo Raúl Augusto con Ejército de Chile", que rechazó el recurso de casación en el fondo deducido, se acordó con el voto en contra del ministro Sergio Muñoz, quien señaló lo siguiente con respecto a la imprescriptibilidad, sin distinción, de la acción de nulidad de derecho público:

> Quinto: Que dicho lo anterior, en el análisis del primer capítulo de casación acerca de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público, debe tenerse presente que la ejercida en el caso sub lite fue encaminada únicamente a obtener la invalidación de un acto administrativo. En esos términos, la acción incoada encuentra su fundamento en el Capítulo I de la Constitución Política sobre Bases de la Institucionalidad que establece el principio de que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las leyes, según dispone el artículo 6°, y de que los órganos actúan válidamente dentro de la competencia y forma que prescriba la ley, con la consecuencia de que todo acto en contravención a esa regla es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señala, según dispone el artículo 7°.

Ambas normas propugnan la vigencia de la legalidad como principio rector de la actividad de los órganos del Estado, lo cual necesariamente implica que la nulidad de derecho público en su rol de medio destinado a garantizar la eficacia de dicho postulado comprende las transgresiones de ley en que aquellos órganos puedan incurrir al ejecutar sus funciones, tanto las que

[4] Baztan González Francisco con Ministerio de Bienes Nacionales, Excelentísima Corte Suprema, 31 de julio de 2018, Rol 41.987-2017.

afecten a sus formalidades como las que conciernen a su fondo. Entonces, por referirse la nulidad de derecho público a los actos de los órganos públicos que sobrepasan sus potestades legales, contradiciendo el principio de juridicidad básico en un Estado de Derecho, al ser declarada por el tribunal competente no hace sino afirmar la superioridad jerárquica de la Constitución y las leyes respecto de los actos de la Administración del Estado, sin que en esta materia resulten compatibles las normas generales del derecho privado sobre prescripción de las acciones. La acción para requerirla será por eso imprescriptible.

Sexto: Que, en armonía con lo expresado, la sentencia censurada ha incurrido en una falsa aplicación de la normativa civil para acoger la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada representada por el Consejo de Defensa del Estado, desde que los artículos 2514, 2515 y 2497 del Código Civil no son pertinentes para el caso en cuestión. Consecuencia del yerro anterior, el fallo que se revisa también ha transgredido, por falta de aplicación, las disposiciones pertinentes del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas –artículos 24, 156, 165 y 166 del DFL N° 1 de 1968- que regulaban la solicitud de reincorporación al Ejército promovida por el actor, quien no se encontraba en el caso invocado por la autoridad demandada para rechazar tal requerimiento[5].

En esta sentencia, el voto de minoría no hace la distinción que hace la mayoría de la Sala en el sentido de separar la acción de nulidad de derecho público con los efectos patrimoniales derivados de ella. Lo que hace el ministro Muñoz es enfocarse en el acto administrativo sin hacer diferencias entre su contenido y sus efectos, verificando si el órgano de la Administración del Estado lo dictó o no más allá de las potestades conferidas por el legislador. Si se vulneró el principio de juridicidad y la superioridad de la Constitución y las leyes con su dictación, el acto es nulo de derecho público.

A su vez, en sentencia de fecha 27 de diciembre de 2017 caratulada "Astaburuaga Suárez Patricio Matías con Ministerio de Obras Públicas Dirección General de OOPP", se hizo la siguiente prevención por el ministro Sergio Muñoz en relación a la imprescriptibilidad de los efectos patrimoniales de la acción de nulidad de derecho público:

Se previene que el Ministro señor Muñoz concurre al fallo, sin compartir la distinción de la prescripción respecto de la acción que pretende la nulidad del acto administrativo y sus efectos patrimoniales, puesto que en su concepto en ambos aspectos la acción es imprescriptible, por estar referida a una acción regida por el Derecho Público al cual no es posible aplicar la legislación relativa al Derecho Privado, como tampoco procede su consideración por analogía, por tratarse de un modo de extinguir las obligaciones que opera como sanción para el acreedor negligente, conforme se ha manifestado en detalle en diferentes fallos[6].

En conformidad con este voto disidente, se pone énfasis en que la acción de nulidad de derecho público, tanto en su contenido como en sus efectos, sería imprescriptible por estar regida aquella por normas de derecho público. Agrega que la institución de la prescripción extintiva del Código Civil se aplicaría solo a los modos de extinguir las obligaciones y que opera como sanción para el acreedor negligente. Sobre la base de lo anterior, se podría colegir que este modo de extinguir se aplicaría para una relación jurídica en la que se ven involucrados acreedor y deudor, en igualdad de condiciones, pero no para una en la que interviene el particular con el órgano de la Administración del Estado y en el que se busca invalidar un acto emanado de este último.

[5] Droguett Inarejo Raúl Augusto con Ejército de Chile, Excelentísima Corte Suprema, 4 de enero de 2013, Rol 5288-2010.
[6] Astaburuaga Suárez Patricio Matías con Ministerio de Obras Públicas Dirección General de OOPP, Excelentísima Corte Suprema, 27 de diciembre de 2017, Rol 82.459-2016.

4. Aplicación de las normas de prescripción extintiva contenidas en el Código Civil a los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público: uno de los puntos centrales de la discusión.

Luego de exponer la postura mayoritaria y minoritaria de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema en materia de prescripción extintiva de los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público, se debe tener en consideración uno de los puntos centrales de esta discusión: determinar el rol que adopta el Código Civil chileno en cuanto a la supletoriedad de sus normas, especialmente en materia de prescripción, con respecto al derecho administrativo, situación que no es pacífica dentro de nuestra doctrina nacional.

Ricardo Concha Machuca, quien, según se dirá, está a favor de aplicar las normas del Código Civil ante la falta de reglas administrativas específicas en materia de prescripción, ha señalado que

> Respecto de la prescripción de la acción de nulidad es importante consignar la doctrina jurisprudencial que, no obstante continuar entendiendo a esta como imprescriptible (al menos retóricamente), resuelve que sus efectos patrimoniales se encuentran sujetos a las reglas generales de prescripción establecidas en el Código Civil (Concha, 2013, p. 105).

Siguiendo esta idea, el mismo autor sostiene lo siguiente en cuanto a la aplicación de las reglas del Código Civil a esta materia:

> De lo expuesto, por regla general, se colige que, para la doctrina mayoritaria, en nuestro derecho administrativo, no procede la supletoriedad general de las reglas civiles de derecho privado común, si bien, es posible argumentar a favor de su aplicación…
>
> Así, en cuanto al tópico de las reglas aplicables a la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, la jurisprudencia ha fallado en diversos sentidos, tanto por negar la aplicación del Código Civil como por afirmarla. Ahora bien, después de una fluctuante evolución, en que primero declaró que eran inaplicables de las reglas del Código Civil y por ende aquella imprescriptible, finalmente se ha afirmado la aplicabilidad de tal normativa, pero sólo respecto de las consecuencias patrimoniales de la misma… (Concha, 2009, pp. 204-205).

En cuanto a la postura negativa de aplicar las reglas civiles, aquel señala que

> En definitiva, esta posición se fundamenta en base a dos aspectos. El primero consiste en la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público derivada de la Constitución, lo que conduce a que las acciones de nulidad no prescriban. El segundo consiste en la ausencia de una norma de prescripción aplicable, en razón de la carencia de una regla como la del art. 1683 del Código Civil y en la inaplicabilidad supletoria, tanto general como especial, de las reglas civiles especiales y generales de prescripción (Concha, 2009, pp. 206-207).

En cuanto a la postura positiva de aplicación de las reglas civiles explica, haciendo presente su insuficiencia, que

> El artículo 2497 del Código Civil establece el carácter general de la institución de la prescripción, aplicable fuera de toda consideración al carácter privado o

público de las partes en conflicto. Precisamente, sin atender a la naturaleza privada o pública del sujeto activo o pasivo de una acción de nulidad, el juez debe aplicar los plazos de prescripción establecidos por ley. Ahora bien, la regla del artículo 2497 no es suficiente para servir de fundamento a la aplicabilidad de las reglas civiles de prescripción en materia de nulidad administrativa, en atención a que la citada norma no ordena que a las relaciones jurídicas administrativas sean aplicables las reglas civiles generales de prescripción. De la citada disposición se colige que las acciones prescriben fuera de toda consideración del sujeto beneficiado o afectado por el transcurso del tiempo. Esta regla sólo ordena que la aplicabilidad de las normas de prescripción no dependa del sujeto. De este modo, el art. 2497 no zanja el problema de la prescriptibilidad de la acción de nulidad administrativa, en atención a que la Administración del Estado puede resultar ya gananciosa o perdidosa con la nulidad judicialmente declarada. En este estado, el problema vuelve a su punto de origen, puesto que el predicado normativo de la citada disposición atañe a los sujetos. Sin embargo, la imprescriptibilidad se argumenta en razón a la naturaleza de la relación jurídica o materia. Así, argumentar a favor de la prescriptibilidad en base a la subjetividad no es pertinente, en razón a que no refuta el argumento que soporta la imprescriptibilidad en razón de la materia (Concha, 2009, p. 207).

Por último, el autor citado concluye que

> Específicamente, en cuanto a la prescripción de la acción de nulidad administrativa se constata que, entre nosotros, frente a la falta de reglas administrativas específicas, una u otra argumentación conduce a aplicar el Código Civil. Así, en nuestro estado del arte, en caso de falta de regla especial de prescripción en derecho administrativo, el Código Civil resulta relativamente aplicado, operándose en base al criterio de que la naturaleza patrimonial de una determinada materia admite la regulación por medio de reglas civiles. En definitiva, trayendo la discusión hacia la práctica jurídica, entre nosotros, el carácter dogmático común y supletorio interno del derecho administrativo coexiste con la aplicación de reglas civiles (Concha, 2009, p. 211).

Jorge Bermúdez, quien, al igual que el autor anterior, está por aplicar las normas del Código Civil en esta materia, sostiene que

> La Corte Suprema no tiene ningún problema en llenar las lagunas que plantea el Derecho administrativo mediante la remisión a normas expresas del Código Civil. Así ocurre, especialmente, con la aplicación de las normas sobre nulidad, responsabilidad y, especialmente, prescripción (art. 1687, artículos 2314 y siguientes, art. 2497, etc.) (...) Es precisamente la aplicación de los preceptos del Código Civil la que ha salvado la evolución del Derecho administrativo frente a la desidia y desinterés en desarrollar legislativamente sus instituciones. Si no fuera posible la aplicación de las normas del Código Civil, probablemente el Estado todavía sería irresponsable frente a los daños que infrinja a los particulares y, como veremos en el próximo numeral, es la aplicación de las disposiciones del Código Civil una de las pocas soluciones positivas frente a la imposibilidad de anular los actos administrativos contrarios a Derecho (Bermúdez, 2010, pp. 119-120).

Relacionado con lo anterior, y sobre la base de la seguridad jurídica, se ha dicho que

> la figura jurídica llamada prescripción es una institución que trasunta las diversas áreas del derecho, y destacando la necesidad de establecer parámetros más genuinos y propios de nuestro sistema jurídico, y en miras a una solución legislativa acorde con los tiempos actuales, nivel de especialización y operatividad del ordenamiento jurídico en forma armónica (Poblete, 2013, p. 352).

Al contrario de la postura anterior, Alejandro Vergara Blanco ha señalado lo siguiente en cuanto a la aplicación de las normas del Código Civil al derecho administrativo:

> En un trabajo reciente de revisita al artículo 4° del Código Civil, una autora señala por una parte (correctamente) que en esta disposición se consagra el principio de la especialidad de la ley; pero por otra parte agrega (incorrectamente) que a lo anterior "desde siempre" va unida la especialidad, "otorgando al Código Civil un rol integrador de las lagunas en leyes especiales, por su carácter común o general"; se constata igualmente que la supletoriedad del Código Civil frente a lagunas en leyes especiales, "se ha entendido, en general, consagrada en el artículo 4° del Código Civil" y que son numerosos los problemas que han sido resueltos dando aplicación a las normas del Código, consideradas de "carácter común o general". Esta es la doctrina que refutamos en este trabajo, por las razones ya señaladas antes: es coherente y verdadera la supletoriedad del Código Civil (CC) respecto de normas de naturaleza privada; pero es incoherente dicha aplicación supletoria a relaciones de derecho administrativo. El artículo 4° del CC es un caso de falsa supletoriedad, pues ni su texto ("preferirán") ni sentido permiten postular que el CC pueda rellenar todas las lagunas de las normativas especiales (Vergara, 2009, pp. 59-60).

Siguiendo este orden de ideas, Gonzalo Guerrero ha sostenido que

> De aquella concepción de carácter civilista se nutrió por mucho tiempo la doctrina iuspublicista, lo cual en una primera etapa fue útil para el propósito originario del Constitucionalismo, el cual, entre otros, era limitar el poder. Sin embargo, es menester reconocer que la pretendida supletoriedad normativa del Código Civil en relación al resto del ordenamiento jurídico tiene que ver con la ausencia de creación de conceptos propios que den cuenta de las instituciones del derecho público y sean privativas a éste. Pero, y sin perjuicio de lo señalado, se evidencia que no es posible aplicar conceptos, principios e instituciones de derecho privado al derecho público ya que éste posee un origen, fundamentación y finalidad totalmente distinta a aquellas de las instituciones y categorías del primero. Por cierto, esas diferencias de naturaleza hacen inconciliables la aplicación de principios de derecho privado a instituciones de derecho público, por lo cual es necesario elaborar una teoría propia de esta última disciplina que la escinda del ámbito privado y que la proyecte hacia su finalidad, la cual es la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Además, existen argumentos poderosos para excluir la interpretación desde el Código Civil de las normas constitucionales que regulan la nulidad de derecho público. En primer lugar, el Código Civil no es la norma que regula la nulidad de derecho público. Lo dicho se sustenta en el hecho de que si el Constituyente lo hubiera querido de esa forma lo hubiera señalado expresamente, situación que, por cierto, no ocurrió. En segundo lugar, el Código Civil no es una ley interpretativa de la Constitución. Lo dicho se evidencia en dos situaciones. Primeramente, si el Código Civil fuese una ley interpretativa, por la aplicación del artículo 9° inciso 2° del propio Código, las disposiciones del Código sobre la materia deberían entenderse incorporadas a la Constitución, situación que no es tal. Además, la Constitución prevé un tipo especial de leyes, denominadas leyes interpretativas de la Constitución, las cuales tienen un quórum agravado de aprobación, la interpretan situación en la cual no se encuentra el Código Civil. Entonces, dado lo anterior, suponer que se puede interpretar la Constitución a partir del Código Civil implica vulnerar la propia Constitución, su supremacía, así como los procedimientos que la Constitución ha precavido para que una norma jurídica la pueda interpretar. Por último, se estima que, en relación a la regulación de la nulidad, existe una verdadera reserva constitucional. En efecto, en lo que a nulidad de derecho público se refiere, la Constitución Política ha agotado la regulación de la misma en el texto del artículo 7° del Código Político, Desde luego, y como ya se ha señalado, si el Constituyente hubiera querido expandir la regulación de la nulidad a normas subconstitucionales, lo hubiera referido de esa forma en su propio texto. Ahora bien, se podría señalar que el inciso final del artículo 7° entrega a la ley la regulación de las sanciones y responsabilidades que se originen como consecuencia

de la declaración de nulidad. Por cierto, la redacción de dicha norma podría hacer pensar aquello, si se lee detenidamente, la contravención al artículo 7° origina sanciones y responsabilidades dentro del ámbito personal de los órganos del Estado. Aquellas sanciones y responsabilidades están reguladas por las normas especiales, las cuales podrán ser encuadradas dentro del ámbito constitucional, administrativo, civil y/o penal, si correspondiere, pero de forma alguna se puede afirmar que la prescripción es una sanción al órgano del Estado (Guerrero, 2013, pp. 374-376).

Por su parte, Gabriel Bocksang sostiene lo siguiente en cuanto a aplicación y finalidad de la institución de la prescripción respecto a la acción de nulidad de derecho público:

La prescripción, en derecho privado, se encuentra claramente finalizada hacia una estabilidad en las situaciones jurídicas; es lo que tradicionalmente se ha descrito como el principio de certeza jurídica, uno de los grandes cimientos de la codificación liberalista de la primera mitad del siglo diecinueve. La finalidad de la nulidad de derecho público, por el contrario, no consiste en una normalización de situaciones irregulares o inestables para favorecer el intercambio de bienes; sencillamente pretende la preservación del orden institucional, entronizando al acto público como la única vía de desplegar las potestades públicas en tanto jurídicamente constituidas. Y es esta preservación la que permitirá al Estado la obtención de su fin específico: la promoción de bien común. Mientras los particulares, de acuerdo al ordenamiento y a su ínsita libertad, pueden producir actos y contratos jurídicos o antijurídicos -sea en virtud de una causa lícita o ilícita, sea ante la presencia de una voluntad libremente declarada o bien constreñida moralmente, sea en razón de las múltiples hipótesis que permite la estructura del acto jurídico privado- los órganos estatales, cuyo atributo ínsito no es la libertad, sino que la juridicidad –dado que su ser y su obrar se encuentran ceñidamente delimitados-, solamente pueden producir actos jurídicos, que lo serán en la medida en que no exista vicio alguno que los perturbe: un acto jurídico público es perfecto, o no es. De admitirse la prescripción de los actos públicos nulos, se estaría edificando el ordenamiento sobre la base de la corrupción, amparando la proliferación de actos imperfectos que, añadidos los unos a los otros, provocarían el colapso del derecho público dejando sin sustento al propio derecho privado, el que, consecuencialmente, se desplomaría sobre las cenizas de la Constitución. Siendo la preservación del orden institucional la razón de ser de la nulidad de derecho público, ¿significa que el ordenamiento público chileno rechaza toda posibilidad de consagrar la certeza como principio de su propia entidad? Pues bien, aquí se halla la última gran falacia de la aplicación de la prescriptibilidad, pues lo cierto es que mientras en el derecho privado la certeza descansa sobre la base de la prescripción, en el derecho público ella se afirma sobre la base de la juridicidad; todo acto en contravención a ésta es nulo, sin ningún tipo de distinciones. La acción de nulidad de derecho público no es sino un mecanismo que reafirma esta certeza mediante la correspondiente declaración judicial. En consecuencia, si la preservación del orden institucional es la finalidad de la nulidad de derecho público, y la certeza –que en el derecho privado se obtiene por vía prescriptiva- emana de todas maneras a partir de la propia Constitución, pero como consecuencia necesaria del principio de juridicidad, la prescripción en el derecho público chileno resulta no solo injustificable teleológicamente, sino que, además, inútil (Bocksang, 2005, pp. 101-102).

Por último, Eduardo Soto Kloss, quien está por la postura de no aplicar las normas del Código Civil de prescripción extintiva a los efectos patrimoniales de la acción de nulidad de derecho público, sostiene que:

A algunos ha parecido necesario distinguir dos aspectos que aquí se presentarían: Uno, el de la nulidad del acto estatal, que es imprescriptible en razón del orden constitucional que así lo dispone en razón de su naturaleza misma y de la finalidad que persigue; y el otro, es el de la adquisición del bien, que ha pasado a mano del Estado en virtud de ese título nulo (que

es el acto estatal contrario a la Constitución). En este segundo aspecto ¿podría recibir aplicación la norma del Código Civil en cuanto a la prescripción adquisitiva extraordinaria, a la cual no se le exige título alguno que cause la posesión del prescribiente? Si el bien es de aquellos cuyo título de dominio ha de inscribirse en Registros determinados, no será posible admitir tal prescripción según el aforismo "contra título inscrito no es no procede la prescripción", y es obvio desde que tal inscripción es publicidad, prueba y garantía de dominio. Pero ni siquiera cabe aplicar tales preceptos del Código Civil en cuanto a la prescripción adquisitiva extraordinaria, por cuanto ésta supone "título", si bien "título injusto", pero aquí en la nulidad de derecho público —que es propiamente inexistencia— ese acto contrario a la Constitución no es acto, esto es, ni siquiera es "título", ya que es una mera vía de hecho, carente de todo sustento en el Derecho. Y si no hay ningún título no hay posesión que valga para prescribir, ni siquiera de modo extraordinario, y ello según el propio Código Civil. ¿Sería distinto el caso de un bien que no requiera inscripción en registros? Tampoco podría aceptarse tal prescripción extraordinaria, porque esta supone siempre en nuestro derecho un título, si bien injusto, y en el caso que se invocara como pretendido "título" injusto un acto administrativo nulo, y nulo porque contrario a la Constitución, o sea, "nulo de derecho público", no habrá ni siquiera tal "título", porque tal acto no es acto (como dice la Constitución, art. 7° inciso 3°), ya que es inexistente como acto (de haber recibido aplicación, existiría como mera vía de hecho), por ende, no es título y no habiendo "título" no hay posesión, y si no hay posesión no habrá jamás prescripción. De allí que jamás podría recibir aplicación en este tema el artículo 2497 del Código Civil ni las normas sobre prescripción que le siguen (Soto, 2000, pp. 61-62)[7].

Considerando la postura de la doctrina a favor y en contra respecto de la supletoriedad o aplicación de las normas de prescripción extintiva contenidas en el Código Civil a los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público, el criterio de la jurisprudencia en este punto parece ser errado, ya que pretende aplicar normas de derecho privado, contenidas en una ley que regula relaciones jurídicas entre particulares, a una acción cuya naturaleza en eminentemente de derecho público. Es más, la naturaleza de esta acción impide aplicar normas de derecho privado a una situación en particular, aunque en la práctica se produzcan efectos circunscritos en esta área, como serían los patrimoniales; es importante recordar que lo que se pretende invalidar es un acto administrativo que adolece de un vicio, y que el vínculo jurídico existente en este caso es entre un órgano de la Administración del Estado y un particular, es decir, una relación de derecho público. La dictación del acto administrativo que contenga o produzca efectos de carácter patrimonial, no lo transforma, por ese hecho, en un acto jurídico regido por el derecho privado y, en consecuencia, por el derecho civil. El acto administrativo en cuanto a su contenido y a sus efectos se regirá siempre por normas de derecho público; y si se busca su nulidad por el hecho de adolecer de un vicio específico, la acción ejercida y la sentencia deberán necesariamente invalidar el acto tanto en su contenido como en sus efectos, por tener una naturaleza de derecho público.

[7] Soto, "La nulidad de Derecho Público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno" (2000), página 61-62.

5. Conclusiones

1. Si bien sabemos que la acción de nulidad de derecho público fue una creación de la doctrina, que con el pasar de los años tuvo reconocimiento jurisprudencial, debemos tener presente que su contenido y alcance ha sido discutido en el tiempo, especialmente en materia de prescripción extintiva.

2. Se ha sostenido que la acción de nulidad de derecho público es imprescriptible, pero los efectos patrimoniales de ésta han sido objeto de discusión en cuanto a su posibilidad de prescripción. En este sentido, la mayoría de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema, adoptando la teoría de Pedro Pierry, sostiene la prescripción de los efectos patrimoniales de esta acción de nulidad en conformidad con las normas del Código Civil, sin excepción. Sin embargo, y mientras no exista una norma expresa de derecho público que regule la materia, la sana doctrina debiera ser la postura minoritaria que es propuesta por el ministro Sergio Muñoz, quien sostiene que es imprescriptible tanto la acción de nulidad de derecho público como sus efectos patrimoniales, expresando que las normas del Código Civil no son aplicables al derecho administrativo.

3. Relacionado con lo anterior, no existe consenso en cuanto a la supletoriedad general del Código Civil al derecho administrativo, especialmente en materia de prescripción extintiva de los efectos patrimoniales de la acción de nulidad de derecho público, lo cual constituye uno de los puntos centrales de la discusión.

4. Parece razonable que, a los efectos de esta acción, la cual tiene una naturaleza eminentemente constitucional, no le sean aplicables las normas de derecho privado y común contenidas en nuestro Código Civil ya que sostener lo contrario implicaría limitar la acción de nulidad con las normas de prescripción contenidas en una norma inferior que es la ley.

5. Lamentablemente, uno de los ideales que se pretende obtener con el recurso de casación en el fondo es la unificación de la jurisprudencia y obtener el ideal de justicia que buscan satisfacer los justiciables. Sin embargo, este ideal se ve morigerado con la poca precisión y carencia de fundamentos sólidos que tienen nuestros tribunales al fallar esta materia en el caso concreto.

6. Para evitar esta problemática, lo más sensato es que se establezca expresamente una norma especial y de derecho público que resuelva el asunto. Mientras esto no se efectúe, seguirá la discusión, y los justiciables deberán accionar no con un criterio de justicia, sino que teniendo presente la postura mayoritaria de la Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema. Y lo anterior no asegura un buen resultado, ya que, perfectamente, esta postura puede variar dependiendo de la escuela o tesis que sigan al respecto los ministros y/o abogados integrantes que conformen en un caso concreto esta Sala.

Referencias

Bermúdez, J. (2008). El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política: Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común. *Revista de Derecho público*, 70, 273-285.

Bermúdez, J. (2010). Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público" *Revista de Derecho* (Valdivia), 23(1), 103-123.

Bocksang, G. (2005). De la imprescriptibilidad de la nulidad de Derecho Público. *Revista Ius Publicum,* Universidad Santo Tomás, 9(14), 87-104.

Concha, R. (2009). Aplicación de reglas civiles en derecho administrativo, especialmente en materia de prescripción de la acción de nulidad. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (225-226), 197-211.

Concha, R. (2013). El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de Derecho público. *Revista de Derecho*, 26(2), 93-114.

Guerrero, G. (2013). Las acciones patrimoniales derivadas de la nulidad de Derecho público: análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema a la luz de las interpretaciones doctrinarias. En J. C. Ferrada Bórquez (Coord.). *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno: IX jornadas de Derecho administrativo* (pp. 361-378). Santiago de Chile: Thomson-Reuters.

Pierry, P. (2003). Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, (10), 9-24.

Poblete, J. (2013). El carácter prescriptible o imprescriptible de la acción de nulidad de Derecho público. En J. C. Ferrada Bórquez (Coord.). *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno: IX jornadas de Derecho administrativo* (pp. 335-359). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Soto Kloss, E. (1990). La nulidad de Derecho público en el derecho chileno. *Revista de Derecho Público*, (47-48), 11-25.

Soto Kloss, E. (2000). La nulidad de Derecho Público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno. *Revista Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, (4), 55-62.

Valdivia, J. (2009). Sobre la nulidad en Derecho público. En J. Arancibia Mattar y J. I. Martínez Estay (Coords.). *La primacía de la persona humana: Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss* (pp. 865-885). Santiago de Chile: Abeledo Perrot.

Vergara, A. (2009). Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. *Revista de Derecho administrativo*, Santiago de Chile, (3), 45-68.

Jurisprudencia

Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol 852-2000.

Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol 2.650-2002.

Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol 1.203-2006.

Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol 5.288-2010.

Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol 82.459-2016.

Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Rol 41.987-2017.

Javiera Mulet Santibáñez
mulet.santibanez@gmail.com

Autodespido y compensación del fuero sindical: comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de 1 de julio de 2019, rol n° 2.405-2018, "Arancibia Morales Sara contra Inmobiliaria y Constructora Fundart Ltda. y otra"

Self-dismissal and union immunity compensation: Commentary to the Supreme Court's ruling of July 1, 2019, No. 2.405-2018, "Arancibia Morales Sara vs. Inmobiliaria y Constructora Fundart Ltda. and other."

Resumen: Comentario a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema por medio del cual se analizan los argumentos dados por ésta, para otorgar al trabajador que decide poner término al contrato de trabajo mediante despido indirecto y que goza de fuero sindical, la posibilidad de exigir de forma diferenciada la compensación por fuero sindical y la indemnización por años de servicio.

Palabras clave: Despido indirecto; autodespido; fuero sindical; indemnización por años de servicio.

Abstract: Commentary to a Supreme Court's ruling that granted the right to ask for a differentiated compensation (union immunity and severance payment per year worked) to a worker with union immunity who ended its labor contract through a self-dismissal.

Keywords: Indirect dismissal; self-dismissal; union immunity; severance payment per year worked

La cuestión trata sobre una capataz que trabajaba para la Inmobiliaria y Constructora Fundart Ltda. La trabajadora, desde el inicio de la relación laboral, en octubre del año 2016, se vio afectada por el incumplimiento en el pago de sus cotizaciones previsionales, de su cuenta individual de cesantía y, además, era objeto de irregularidades constantes en el pago de sus remuneraciones.

Ante los reiterados y constantes incumplimientos de la parte empleadora, quienes prestaban servicios para Inmobiliaria y Constructora Fundart Ltda. decidieron formar un sindicato el cual fue constituido con fecha 16 de diciembre del año 2016, siendo elegida como dirigente sindical de dicha organización la demandante de autos.

A consecuencia de las infructuosas negociaciones con su empleador para solucionar las problemáticas planteadas y transcurriendo meses sin que se le hubiere pagado a la demandante las cotizaciones previsionales adeudadas, decidió poner término al contrato de trabajo a través del despido indirecto con fecha 1° de marzo de 2017, invocando la causal prevista en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo esto es "Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato", atendido que el no pago oportuno de las mencionadas prestaciones constituye causal suficiente conforme a nuestra jurisprudencia nacional.

Por otro lado, a consecuencia de que la trabajadora gozaba de fuero sindical, alegó que tenía derecho a este desde la fecha de su elección, hasta seis meses después de haber cesado en el cargo conforme a lo contemplado en el artículo 243 del Código del Trabajo. Ante ello, es que la trabajadora decidió solicitar en su demanda el pago del lucro cesante hasta el término del fuero, es decir, el pago de sus remuneraciones desde la fecha del despido indirecto hasta el cumplimiento total del fuero laboral.

El Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique dio lugar a la demanda solo en cuanto condena al empleador al pago de indemnización sustitutiva del aviso previo y feriado proporcional, con sus respectivos intereses y reajustes legales, y las prestaciones devengadas desde la fecha del autodespido hasta la convalidación del mismo conforme lo dispone el artículo 162 del Código del Trabajo. No obstante, el tribunal de primera instancia rechazó la solidaridad alegada (lo que no es analizado en el presente trabajo) y también la compensación del fuero sindical. Ante esto último, la demandada recurrió de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Iquique, recurso que fue rechazado bajo el fundamento de que el término de la relación laboral es consecuencia del autodespido de la dirigente sindical.

1. Decisión de la Corte

Ante la decisión de la Corte de Apelaciones de Iquique la aforada interpuso un recurso de unificación de jurisprudencia el cual fue acogido en lo que respecta a la compensación del fuero sindical, concluyendo la Corte Suprema que en caso de verificarse un autodespido o despido indirecto, procede que se pague a la trabajadora que se encuentra gozando de fuero sindical las indemnizaciones propias del despido y lo que le corresponde por concepto de fuero hasta su total vencimiento.

2. Comentario de la sentencia

2.1. Con relación al despido indirecto

La Excelentísima Corte es clara al señalar que no se discute hoy en día en nuestros tribunales si el despido indirecto u autodespido y el despido que es consecuencia de un acto unilateral del empleador son análogos en sus consecuencias. Tal discusión quedó zanjada en diversos fallos de la Corte Suprema como se señala a modo ejemplar los Roles N° 27.794 -2015 de fecha 1 de octubre del año 2015 y 4.102- 2017 de fecha 24 de mayo del año 2017.

El autodespido se encuentra contemplado en una única norma, esto es, el artículo 171 del Código del Trabajo, y busca proteger al trabajador cuando sea su empleador quien incurra en una o más causales de término del contrato de trabajo, específicamente los numerales 1, 5 o 7 del artículo 160 del mismo código.

Este mecanismo de salida del contrato de trabajo que se entrega al trabajador en caso de incumplimiento de las obligaciones de su empleador, encuentra su fundamento en la naturaleza bilateral de la relación laboral pues son ambas partes quienes se encuentran obligadas a cumplir lo que el contrato de trabajo prescribe para ellas. Así lo dispone el considerando quinto de la sentencia en comento. En el mismo orden de ideas, el profesor Francisco Walker Errázuriz en su libro *Derecho de las relaciones laborales* (2003, p. 386) prescribe que:

> La naturaleza y justificación del despido indirecto tiene su origen en el carácter bilateral del contrato de trabajo, y en el incumplimiento grave por parte del empleador de las obligaciones propias del contrato de trabajo. La indemnización correspondiente surge, entonces, como una sanción a dicho incumplimiento.

Por otro lado, el artículo 171 no señala consecuencias jurídicas diferentes para el despido indirecto e, incluso, permite solicitar indemnización sustitutiva del aviso previo, y las indemnizaciones por años de servicios contempladas en los incisos primero y segundo del artículo 163, la cual debe ser "aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7" y "en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento", conforme al inciso primero del mencionado artículo.

Otro punto importante para destacar, y que considera de gran relevancia la sentencia en comento, consiste en el resguardo del "principio de la estabilidad del empleo", como efecto necesario del despido indirecto a consecuencia de que una vez declarado, hace responsable al empleador de la pérdida de la fuente laboral del trabajador y por ello, este podrá obtener las indemnizaciones señaladas en el punto anterior, propias del despido.

Por último, y con la finalidad de que no quede ninguna duda respecto a la asimilación del autodespido al despido propiamente tal, la Excelentísima Corte hace referencia a los fallos de unificación Rol 4299-2014 de fecha dieciocho de diciembre del año 2014 y Rol 23.638-2014 de fecha dieciocho de mayo del año 2015, en virtud de los cuales se establece que al verificarse el despido indirecto también procede la nulidad de este, en caso de no encontrarse pagadas de forma íntegra las cotizaciones previsionales.

2.2. Con relación a la compensación del fuero sindical

La Corte Suprema, en el fallo en comento, extiende esta asimilación entre el despido indirecto y el despido por acto unilateral del empleador, al fuero sindical.

Ante lo anterior, es que tiene aplicación, también, el artículo 174 del código del ramo el cual obliga al empleador a requerir autorización judicial para poner

término al contrato de trabajo de una persona aforada. Un despido sin esta autorización carece de validez, por tanto, el empleador debe reincorporar a su trabajo a la persona aforada —en caso de ser posible su reincorporación— y pagar todo el tiempo transcurrido desde la separación. En caso de no ser posible su reincorporación, el empleador debe pagar las remuneraciones hasta el término del fuero.

En efecto, la Corte Suprema en su considerando séptimo concluye que:

> por lo reflexionado precedentemente, la trabajadora que, encontrándose con fuero sindical, se ve forzada a poner término a su contrato de trabajo por incumplimiento de las obligaciones del empleador -cuyo es el caso de la sentencia recurrida- a través de la institución del auto despido o despido indirecto, tiene derecho a que éste le pague, además de las indemnizaciones propias del despido, lo que le corresponde por concepto del fuero, hasta su vencimiento, toda vez que ha de entenderse que la reincorporación al trabajo no ha sido posible por actos del empleador.

Prosigue la Corte señalando que ambas indemnizaciones son compatibles atendido a que sus fundamentos son completamente diferentes, puesto que la indemnización por el fuero protege la fuente laboral del dirigente sindical, mientras que la indemnización por años de servicio retribuye la antigüedad del trabajador en su empleo, ambos derechos irrenunciables plasmados en nuestro Código del Trabajo, los cuales aplican de igual forma al terminar el contrato de trabajo por la figura del autodespido.

Votaron en contra, y por ello rechazaron el recurso de unificación de jurisprudencia, el ministro Mauricio Silva Cancino y el abogado integrante Diego Munita Luco, bajo el fundamento de que no existen fallos homologables al caso en cuestión, puesto que aquellos que han servido de sustento para resolver hacen referencia a demandantes amparadas por fuero maternal y no sindical.

Ahora bien, las decisiones de la Corte Suprema respecto a la compatibilidad del despido indirecto con la indemnización por compensación del fuero han sido heterogéneas. A modo de ejemplo, encontramos el Rol de unificación N° 5.567-2012 de fecha dieciocho de enero del año 2013, en virtud del cual la Corte señala que no puede existir tal compatibilidad en atención a que por el hecho de haber tomado la aforada la decisión de cesar el contrato de trabajo, desaparecería el objeto del "principio de la estabilidad del empleo" bajo el siguiente tenor:

> Quinto: Que, por todo lo antes expuesto, habiendo tomado la aforada la decisión de cesar el vínculo contractual, desaparece el objeto de la estabilidad que el respectivo mecanismo le aseguraba por el período correspondiente, de tal manera que, aun siendo legítima la vía utilizada por la dependiente, ella acarrea, natural y necesariamente, la finalización del fuero que la ley le otorgaba.
>
> Sexto: Que, en consecuencia, resulta que la situación de hecho descrita y prevista en los artículos 174 y 243 del Código del Trabajo, no se da en la especie, pues, en este caso, es la demandante quien puso término a su contrato de trabajo, invocando una causal de caducidad en la que incurrió la entidad empleadora y, en definitiva, así lo determinó la sentencia que se revisa.
>
> Séptimo: Que de lo antes reflexionado aparece que no correspondía acoger la petición de la actora, consistente en el pago de las remuneraciones hasta el término de su fuero sindical, pues tal como se señaló, este beneficio que favorecía a la trabajadora se extinguió al momento en que ésta puso término, por su voluntad, a la relación laboral.

3. Conclusión

A modo de conclusión, vemos, en el Rol N° 2.405-2018 en comento, un paradigmático fallo que deja fuera de discusión la asimilación entre el autodespido y el despido que procede por acto unilateral del empleador, y que da al trabajador la posibilidad de exigir de forma diferenciada la compensación por fuero sindical y la indemnización por años de servicio aplicando el principio de irrenunciabilidad de los derechos. Es un giro en el criterio de la Corte Suprema quien ya no solo ampara a la trabajadora con fuero maternal sino que extiende dicha protección al trabajador sindicalizado quien por ningún motivo puede ver mermados sus derechos por actos graves de su empleador que lo obliguen a utilizar el mecanismo del autodespido.

Referencias

Walker Errázuriz, F. (2003). *Derecho de las relaciones Laborales: un Derecho Vivo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.