

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°104

Semana del 31 de mayo al 6 de junio de 2020

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	“Agroservicios Vielma y Cía. Limitada y otros con Fisco de Chile.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°13.328-2019
Resumen	<p>La responsabilidad extracontractual fiscal requiere la concurrencia de falta de servicio, entendida como la actuación ilegítima de la Administración consistente en el incumplimiento de obligaciones por parte de un órgano del Estado. La falta de servicio se produce con motivo de (1) la omisión de funcionamiento de la Administración, debiendo hacerlo, (2) un mal, inadecuado o indebido funcionamiento del servicio estatal, es decir, contrario a lo que corresponde a un comportamiento común y ordinario exigible a un servicio moderno, y (3) el funcionamiento inoportuno, producido al desempeñar las atribuciones, actuar los órganos, ejecutar las prestaciones, cumplir las funciones o emplear las competencias de manera tardía. Basta acreditar cualquiera de estos supuestos, vinculado causalmente con el perjuicio que se demanda, para que se verifique la falta de servicio que ocasiona la responsabilidad extracontractual del Estado.</p> <p>Lo dicho antes no quiere decir que el Estado se encuentre en la obligación de reparar todo daño que pueda ser causado con motivo del ejercicio de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha encomendado, sino solo en aquellos casos en que el legislador expresamente lo ha previsto así. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	1 de junio de 2020.	

Caso	“Barra con Policía de Investigaciones de Chile.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°19.549-2020
Resumen	<p>Las disposiciones del Código del Trabajo, referentes al fuero maternal y que confieren inamovilidad a las trabajadoras embarazadas impiden que puedan ser separadas de sus funciones por la sola decisión de la autoridad. En consecuencia, las reglas sobre la calificación del personal de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) debe ceder frente a la aplicación de las reglas protectoras de la maternidad porque estas, junto con tener reconocimiento constitucional y legal, se encuentran también contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la</p>	

	<p>Organización de la Naciones Unidas, ratificado por Chile, el cual, conforme al inciso tercero del artículo 5 de la Constitución, integra el ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, es ilegal la decisión de la PDI de desvincular a una de sus funcionarias, por cuanto dicha decisión se adoptó durante y para surtir efectos dentro del periodo de fuero maternal. Este hecho constituye también un trato discriminatorio, en la medida que las normas de protección de la maternidad alcanzan a todas las trabajadoras. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	3 de junio de 2020.

Caso	"Oscar Jesús Inostroza Bilbao Constructora E.I.R.L. con SERVIU Región de Valparaíso."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°36.478-2019
Resumen	<p>Los contratos administrativos se rigen por la Ley N°19.886 y por su normativa relativa a las licitaciones respectivas, sin embargo, ante la falta de solución a una controversia planteada en el Derecho Público, la ley autoriza acudir al Derecho Privado, tal como lo es el que la determinación de los honorarios que se deben pagar cuando, sin modificarse el número de familias involucradas en un proyecto habitacional, a requerimiento del propio Serviu, la empresa o persona encargada de la inspección técnica de la obra, por causas ajenas a su voluntad y sin su responsabilidad, se vea en el imperativo de seguir prestando sus servicios por un tiempo más amplio al plazo máximo de duración establecido en el respectivo contrato. Bajo esa premisa es procedente aplicar las normas más elementales que rigen el contrato en el derecho privado, esto es, los artículos 1545 y 1546 del Código Civil.</p> <p>La negativa de la Administración a otorgar la modificación de los contratos celebrados con su contraparte, verificándose los requisitos pactados para ello, constituye un incumplimiento contractual. Así, no puede alegarse por la autoridad la falta de dicha modificación contractual como una manera de eximirse del pago por los servicios prestados a ella. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	4 de junio de 2020.	

Caso	"Bustamante con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°153-2020
Resumen	<p>La motivación de los actos administrativos no busca cubrir una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial que permite el control judicial de los actos de la Administración activa, al punto que éstos podrían anularse en el evento de carecer de motivación o si ésta es insuficiente.</p> <p>El legislador, en la regulación de las comunidades indígenas dispuesta en la</p>	

	<p>Ley N°19.253, no hace distinción alguna entre el otorgamiento de una personalidad jurídica “provisoria” y otra “definitiva” a favor de una comunidad indígena. En consecuencia, ante la ausencia de fundamentación del acto administrativo que se pronuncia acerca de las observaciones subsanadas por la comunidad indígena no permite operar la declaración de caducidad de pleno derecho de la personalidad jurídica de dicha comunidad. Concluir lo contrario importaría otorgar un nuevo plazo a la Administración -no previsto por la ley- para objetar la respuesta de la comunidad indígena a las observaciones, desconociendo con ello las obligaciones internacionales a las que se ha sometido voluntariamente el Estado de Chile. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	5 de junio de 2020.

Caso	“Sáez con Director Nacional de Aduanas.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°33.771-2019
Resumen	<p>La conducta de una funcionaria, consistente en el registro erróneo en el sistema informático del resultado de aforo conforme a una Declaración de Ingreso a la que no efectuó dicho acto, en cuanto es imputable a la negligencia de la funcionaria, constituye una infracción a la letra d) del artículo 61 del Estatuto Administrativo. Sin embargo, cuando se formulan múltiples cargos, los cuales constituyen maneras diferentes de reprochar ese único comportamiento censurable, imponiéndose en consecuencia la medida disciplinaria de destitución por falta a la probidad administrativa, éste aparece como desproporcionado y desprovisto de la racionalidad que debe orientar a los actos de la Administración.</p> <p>En virtud de la proporcionalidad, se apunta a la congruencia que debe existir entre la entidad del daño provocado por la infracción y el castigo a imponer. Por ello, no es posible justificar que, tratándose de una falta de diligencia, se sancione como si se tratara de una grave falta a la probidad, como lo exige la medida de destitución que adoptó la Administración. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	5 de junio de 2020	

Caso	“Moreno con Contraloría General de la República.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°29.869-2019
Resumen	<p>La circunstancia de haber permanecido una persona en el cargo a contrata por más de cuatro años generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculada con la Administración, de modo tal que su relación estatutaria sólo puede terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita. No obsta a esa conclusión la existencia de un sumario</p>	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

	<p>administrativo incoado en contra de ese funcionario y que se encuentre pendiente de resolución, pues mientras no se dicte el acto terminal que disponga una medida disciplinaria expulsiva, se debe privilegiar la presunción de inocencia que le ampara.</p> <p>Habiéndose reclamado ante la Contraloría General de la República de una decisión como la descrita, y al decidir el ente contralor rechazar dicho reclamo, comete un acto ilegal y arbitrario, toda vez que ratifica y consolida un acto administrativo que tiene esas características. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	5 de junio de 2020.

Caso	"Di Giammarino con De Ramón."	
Tribunal	Segundo Juzgado de Familia de Santiago	RIT C-10.028-2019
Resumen	<p>La Ley N°20.830 que crea el acuerdo de unión civil nació como una forma de proteger "otros grupos familiares" además del matrimonial. Sin embargo, no reguló la situación de los hijos nacidos en una familia de convivientes del mismo sexo, en tanto no cubre la totalidad de los aspectos identitarios y relacionales del niño, en circunstancias que debe garantizarse su derecho a acceder a un estatuto filiativo respecto de aquel conviviente civil que contribuyendo significativamente a su crianza y educación desee constituir formalmente tal relación familiar. De acuerdo con el Derecho Internacional de la Infancia, la institución que permita materializar esta relación debe implicar el reconocimiento de todos los derechos y deberes que nacen de la <i>filiación</i>.</p> <p>El deber del Estado es otorgar protección, sin discriminación, a todas las formas de familia que existan, y esforzarse por integrarlas a la vida nacional. Para ello, es esencial que el estado civil de un hijo que nace y crece en una familia encabezada por personas del mismo sexo, que han expresado voluntad de procrear, coincida con su filiación legal y se vea reflejada en sus documentos de identificación.</p> <p>Existe un vacío legal en la regulación que hace el artículo 182 del Código Civil, pues dicha norma sólo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al procedimiento, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad. Tal vacío debe ser integrado en concordancia con el artículo 33 del mismo Código, norma que ha sido entendida como expresión del principio de igualdad de los hijos en materia de filiación, en virtud del cual no puede aparecer como una razón para rechazar la reclamación de maternidad el sólo hecho que la demandada sea mujer, pues ello atentaría contra el principio indicado.</p> <p>Entonces, privar al niño del reconocimiento de sus derechos como hijo de la demandada, atenta contra el derecho de igualdad ante la ley del niño, pero</p>	

	<p>además, del de la demandada, quien, a pesar de haber participado en un proceso de reproducción asistida junto a su conviviente civil, concurriendo en ella la voluntad procreacional, no puede reconocer legalmente al hijo nacido gracias a tal procedimiento.</p> <p>En otro orden de ideas, la identidad del niño está determinada por su origen y contexto familiar y social. Así, las personas que tomaron la decisión de traerlo a este mundo son la demandante y la demandada, ellas expresaron su voluntad procreacional, siendo esta tan importante que el legislador excluye al donante de gameto de todo derecho filiativo respecto del niño. Finalmente, y partiendo de la base que determinar el contenido del interés superior del niño en cada caso concreto obedece a los hechos relevantes al momento de tomar la decisión, el interés superior del niño en este caso debe ser determinado teniendo en cuenta su derecho a la identidad, dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandada, así como por el derecho a la vida familiar. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	8 de junio de 2020.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E8935
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>Según lo dispuesto en el artículo 4, letras b) e i), de la Ley N°18.695, las Municipalidades se encuentran facultadas para desarrollar, directamente o en concurrencia con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la salud pública, y con la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no ha dotado a las autoridades municipales de competencias que les permitan ordenar la apertura o cierre de centros comerciales.</p> <p>En cuanto a la fiscalización de las medidas sanitarias que se adopten, en el contexto del brote de COVID-19 que afecta al país, cabe hacer presente que dicha tarea corresponde al Ministerio de Salud y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	4 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°9329
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Según lo dispuesto en el Capítulo X de la Constitución Política de la República y la Ley N°10.336, las funciones de la Contraloría General de la República son ejercidas sobre los órganos y organismos que conforman la

	Administración del Estado, definidos en el artículo 1 de la Ley N°18.575. Por lo anterior, el Ente Contralor debe abstenerse de intervenir e informar sobre el asunto planteado pues sus facultades fiscalizadoras no alcanzan al Congreso Nacional. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	20 de mayo de 2020

Dictamen	Dictamen N°1798/010
Órgano	Dirección del Trabajo
Resumen	<p>Un pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo es, ante todo, un acto jurídico bilateral, que se perfecciona y adquiere existencia jurídica por el acuerdo de voluntades de las partes a las que se le apliquen sus efectos, al cual puede concurrir el trabajador directamente o con intermediación de la organización sindical a la que esté afiliado. En consecuencia, aquel siempre podrá ser dejado sin efecto mediante el acuerdo de voluntades, es decir, las partes podrán ponerle término por mutuo descenso o resciliación. Cabe precisar que, a este respecto, deben concurrir las mismas partes que acordaron su celebración, excluyéndose de plano la posibilidad de que una de las partes pueda dejarlo sin efecto unilateralmente.</p> <p>Lo señalado respecto de los pactos de suspensión temporal del contrato de trabajo resulta plenamente aplicable tratándose de los pactos de reducción temporal de jornada de trabajo. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	5 de junio de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Agroservicios Vielma y Cía. Limitada y otros con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°13.328-2019, de 1 de junio de 2020.

Hechos del caso: Las empresas Agroservicios Vielma y Cía. Limitada y Transportes Alejo Vielma Palma E.I.R.L. interpusieron una demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual en contra del Fisco de Chile. Las demandantes sufrieron un ataque incendiario en el cual resultaron quemados dos camiones y maquinaria agrícola de su propiedad, consecuencia de lo cual, la única persona detenida por estos hechos fue condenada a la pena de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito consumado de incendio. La demanda señala que el Estado de Chile es responsable de haber creado las condiciones fácticas para la ocurrencia de hechos dañosos como el señalado, en particular, el haber cedido a presiones de grupos que califica de extremistas. La demanda fue rechazada en primera instancia.

Apelada la sentencia, el tribunal de alzada confirmó el fallo. Finalmente, la demandante interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia.

Fundamento: *TERCERO: Que, al comenzar el examen del recurso de nulidad sustancial de que se trata, conviene recordar que de manera uniforme esta Corte ha sostenido que, contrariamente a lo postulado por el actor, la responsabilidad extracontractual fiscal requiere la concurrencia de falta de servicio, entendida como la actuación ilegítima de la Administración consistente en el incumplimiento de obligaciones por parte de un órgano del Estado (Vid., entre otras, SCS roles N°s. 20625-2018; 8601- 2018, 32788-2018; 4185-2018; y 22.222-2018, sólo por mencionar las decisiones más recientes). Ello es sin perjuicio de aquellos casos excepcionalísimos en que el ordenamiento jurídico impone a la Administración una responsabilidad extracontractual por sus actuaciones lícitas, como ocurre, por ejemplo, con las obligaciones legales compensatorias o las decisiones que la doctrina denomina como cuasi expropiatorias, ninguna de las cuales concurre en el presente acto.*

Ésta -la falta de servicio- se produce con motivo de: a) la omisión de funcionamiento de la Administración, debiendo hacerlo; b) un mal, inadecuado, deficiente o indebido funcionamiento del servicio estatal, esto es, un funcionamiento irregular de la Administración, institucionalmente considerada, contrariamente a lo que corresponde a un comportamiento común y ordinario exigible a un servicio moderno, y c) el funcionamiento inoportuno, que se produce al desempeñar las atribuciones, actuar los órganos, ejecutar las prestaciones, cumplir las funciones o emplear las competencias de manera tardía.

CUARTO: Que, valga la pena precisar, se ha dicho también que para la configuración de la responsabilidad estatal basta la acreditación de uno de los supuestos antes descritos, vinculado causalmente con el perjuicio que se demanda, pudiendo sostenerse que se produce. De este modo, “una

‘objetivación’ de los supuestos en que la Administración del Estado debe responder por los daños que infiere a los particulares, toda vez que no será necesario comprobar la negligencia del funcionario o agente y mucho menos identificarlo plenamente (falta anónima), sino que -se insiste- sólo bastará con encontrarse en alguno de los supuestos constitutivos de falta de servicio” (SCS rol N°4185-2018), sin que de ello pueda concluirse, empero, que se esté frente a un régimen de responsabilidad objetiva fruto del cual el Estado de Chile se encuentre en la obligación de reparar todo daño que pueda ser causado con motivo del ejercicio -o no- de las funciones que el ordenamiento jurídico les ha encomendado. Dicho de otro modo, si bien la Carta Fundamental tolera que el legislador establezca un régimen de responsabilidad civil extracontractual de naturaleza objetiva -bien sea en desmedro de los particulares o del Estado-, este debe estar expresamente previsto en la ley.

QUINTO: Que, lo anterior es suficiente para determinar el necesario rechazo del arbitrio en análisis, pues su premisa esencial consiste en que la responsabilidad extracontractual del Estado posee un carácter puramente objetivo, conclusión que, a la luz de la legislación vigente y la jurisprudencia consistente de esta Corte, resulta incorrecta.

SEXTO: Que por todo lo antes expresado, habiéndose descartado la concurrencia de la infracción esgrimida por el recurrente, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser desestimado. ([Volver](#))

2.- Barra con Policía de Investigaciones de Chile. Corte Suprema, Rol N°19.549-2020, de 3 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo acción de protección en contra de la Policía de Investigaciones de Chile, impugnando la decisión adoptada por la Junta Calificadora Zonal de Valparaíso que la calificó con nota 5,64 y la ubicó en Lista 4, Mala. Esta calificación fue mantenida por la Junta de Apelación por resolución que le fuera notificada el 21 de noviembre de 2019, circunstancia que significó su desvinculación de la institución. Además, manifiesta encontrarse embarazada, según consta en el certificado extendido por el médico ginecólogo, que acompaña, y que da cuenta que la fecha de concepción es anterior a la calificación impuesta, circunstancia que hizo saber en su recurso al órgano que conoció de la apelación, consideración que fue omitida, lo que constituye un acto arbitrario e ilegal.

Fundamento: *Cuarto: Que de acuerdo a lo expuesto, la normativa sobre protección a la maternidad del estatuto laboral integra el régimen jurídico del personal de la Administración del Estado. En ese sentido es dable inferir que las disposiciones referentes al fuero maternal y que confieren inamovilidad a las trabajadoras embarazadas impiden que puedan ser separadas de sus funciones por la sola decisión de la autoridad.*

Quinto: Que la desvinculación de la compareciente en momentos en que se encontraba con fuero maternal resulta ilegal, puesto que vulnera las reglas sobre protección a la maternidad que integran

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

el ordenamiento jurídico aplicable al personal de la Administración y, específicamente, conculcó el artículo 194 del Código del Trabajo antes referido que, en lo que ahora interesa, obliga a los órganos del Estado a brindar protección de la maternidad, desde la concepción.

Sexto: Que también es menester colegir que la actuación de la Policía de Investigaciones de Chile al discurrir en sentido diverso es ilegal y arbitraria por violentar, además, el artículo 201 del Código del Trabajo en cuanto –sin perjuicio del sentido y alcance de la preceptiva en examen–, la decisión de desvincular a la recurrente se adoptó durante y para surtir efectos dentro del período de fuero maternal.

De esta manera, la decisión de la Policía de Investigaciones de desvincular a la actora como consecuencia de las reglas relativas a la calificación de su personal, debe ceder frente a la aplicación de las reglas protectoras de la maternidad porque estas junto con tener reconocimiento constitucional y legal, se encuentran también contenidas en el artículo 10 N° 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, el cual, conforme al inciso tercero del artículo 5° de la Carta Fundamental, integra el ordenamiento jurídico nacional.

Séptimo: Que, por otra parte, es menester recordar que el cese de funciones de la recurrente durante su fuero maternal sólo es posible en tanto se consienta la medida por el Juez del Trabajo competente.

En efecto, el artículo 174 del Código del Trabajo mencionado estatuye: “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.”.

Octavo: Que, por lo demás, el sistema constitucional al proteger la vida del que está por nacer, encierra el doble propósito del fuero maternal, la inamovilidad de la madre en el empleo y procurar los recursos que sustenten sus gastos de vida, en especial de alimentación.

Noveno: Que el actuar ilegal tanto de la autoridad recurrida afecta la garantía contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, al no respetar a favor de la recurrente cánones que son protectores para todas las trabajadoras que gozan de fuero maternal, dándole por ende un trato discriminatorio.

Décimo: Que no es óbice para concluir, de este modo, la circunstancia que la recurrente hubiera sido calificada en Lista 4, Mala, en el período 2018-2019, puesto que las normas de protección a la maternidad tienen preminencia sobre aquellas que regulan la calificación anual del personal de la Policía de Investigaciones de Chile y sus efectos.

De la misma forma, no se contraponen a lo antes concluido, las normas contenidas en la Ley N° 21.129 aplicable a la institución recurrida, pues ellas regulan expresamente el caso del personal que se

encuentren gozando de fuero y sea dispuesto su retiro por padecer enfermedad declarada incurable o enfermedad curable que los imposibilita temporalmente para el servicio, circunstancia que en ningún caso excluye su aplicación conforme al estatuto laboral en todas las restantes hipótesis.

Undécimo: Que, atentos a lo antes razonado, el recurso de protección ha de ser acogido. ([Volver](#))

3.- Oscar Jesús Inostroza Bilbao Constructora E.I.R.L. con SERVIU Región de Valparaíso. Corte Suprema, Rol N°36.478-2019, de 4 de junio de 2020.

Hechos del caso: La empresa Oscar Jesús Inostroza Bilbao Constructora E.I.R.L. interpuso una demanda de cumplimiento de contrato de obra pública e indemnización de perjuicios en contra del SERVIU Región de Valparaíso. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, sin embargo, en segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, acogió la demanda de resolución de contrato y condenó a la demandada al pago de una indemnización de perjuicios por una suma equivalente a 11.405,95 U.F.

La demandada interpuso un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia.

Fundamento: *Cuarto: Que, en base a los hechos antes referidos, la sentencia impugnada estableció que siendo pacífico que la actora, con ocasión de los catorce contratos señalados, y a requerimiento de la demandada, prestó sus servicios por un período superior a lo inicialmente pactado, centrándose la controversia en determinar si la empresa demandante tiene derecho al pago de esos mayores servicios y, en caso efectivo, su monto.*

A continuación, los sentenciadores se preocuparon de establecer el marco normativo de los contratos de autos, reconociéndoles el carácter de contratos administrativos y la aplicación de la Ley N°19.886 además de otra normativa de orden reglamentaria que señala, sin perjuicio de las bases administrativas especiales, técnicas y antecedentes de la contratación, concluyendo que ninguno de estos articulados contiene una solución concreta a la controversia planteada en el juicio.

Luego, aclara que la división entre la demandante y el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo –no así con el Serviu V Región- se produjo por la aplicación de la Resolución N°533 del año 1997 emanada de dicha autoridad, que fija el procedimiento para la prestación de servicios de asistencia técnica y social a programas de vivienda, normativa que fue modificada por la Resolución N°639 de 2006 de la misma cartera ministerial. Precisa la sentencia, en relación a dicha regulación, lo siguiente: “DÉCIMO: Que el número 46 del artículo 3 antes señalado, dispone que el Servicio de Vivienda y Urbanismo pagará a la Inspección Técnica de la Obra por las labores que debe realizar, una vez cumplidas éstas, el honorario señalado en la tabla que corresponda al tramo de valores por familia, según el tamaño del proyecto y de acuerdo a los tramos ahí establecidos. En otros términos, el criterio

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

base de esta Resolución para determinar el monto de los honorarios de la inspección técnica de obras, es el número de familias involucradas en cada proyecto habitacional.

UNDÉCIMO: Que, en consonancia con lo anterior, el número 46 del mismo artículo, dispone que el Servicio de Vivienda y Urbanismo podrá modificar el contrato respectivo con la Inspección Técnica de la Obra, aumentando o disminuyendo el número de familias involucradas en los proyectos habitacionales.

De modo que esta reglamentación permite alterar el monto de los honorarios de la inspección técnica de la obra si aumenta el número de familias que han postulado al subsidio habitacional.

Esto es coherente también con lo señalado en la cláusula 7ª de los contratos de prestación de servicios objeto de este juicio y con el Punto 21 de las Bases Especiales de las Propuestas Públicas de los contratos, según los cuales el SERVIU puede modificar los contratos con la Inspección Técnica de la Obra aumentando o disminuyendo el número de familias que debiese atender este Servicio. Sin embargo, debe tenerse presente especialmente que el párrafo segundo del señalado Punto 21 de las Bases Administrativas Especiales, agrega que: “En casos calificados, mediante resolución fundada del Director del SERVIU V Región, se podrá prorrogar el plazo de vigencia del contrato con la ITO, en las mismas condiciones y precio unitario fijados en dicho contrato, debiendo la ITO reemplazar la boleta bancaria que garantiza su fiel cumplimiento a fin de cubrir la prórroga de su vigencia”.

DUODÉCIMO: Que, con todo, ninguno de los números del mencionado artículo 3 de la ya citada Resolución N° 533, ni el contrato, ni las bases de la licitación, se refieren particularmente a la situación planteada en estos autos, en la que, sin modificarse el número de familias involucradas en un proyecto habitacional, a requerimiento del propio SERVIU, la empresa o persona encargada de la inspección técnica de la obra, por causas ajenas a su voluntad y sin su responsabilidad, se vea en el imperativo de seguir prestando sus servicios por un tiempo más amplio al plazo máximo de duración establecido en el respectivo contrato.”

Pues bien, los sentenciadores establecieron la existencia de una imprevisión normativa de derecho público, estableciendo que ello no puede conducir a una solución que contravenga la mínima lógica del contrato bilateral oneroso y conmutativo, el principio de la buena fe contractual y la intolerancia del ordenamiento al enriquecimiento incausado. Para reforzar lo anterior, razonaron que la aplicación de estos principios del derecho privado son pertinentes y han sido aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia judicial y administrativa, sin perjuicio de que la misma Ley N°19.886 en su artículo 1 establece que en los contratos con la Administración, en defecto de las normas del Derecho Público, se regirán supletoriamente por las normas del Derecho Privado.

Quinto: Que, asentado lo anterior, lo sentenciadores tuvieron presente lo dispuesto en los artículos 1438, 1545 y 1546 del Código Civil, para concluir que “de conformidad al citado artículo 1545 del Código Civil, el SERVIU, Región de Valparaíso, estaba obligado a cumplir con el acuerdo arribado con

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

la demandante, por medio del cual esta última asumió la necesidad jurídica de prestar sus servicios de inspección hasta la finalización de las obras, y aquella a pagar por este servicio. Así, no puede ser de recibo la argumentación de la demandada tendiente a eludir su responsabilidad contractual bajo la afirmación de que ella solamente tendría una función fiscalizadora de las obras, pero no asumiría la obligación de pagar por ello con fondos propios, sino que dineros estatales que no se le proporcionaron. Esto porque las dos únicas partes de estos contratos fueron la demandante y la demandada, siendo esta última la que asumió la obligación de pago por los servicios de la actora. A mayor abundamiento, y conforme al número 46 del ya citado artículo 3 de la Resolución N° 533 del Ministerio de Vivienda, quien tiene la obligación de pago a la Inspección Técnica de la Obra, es precisamente el Serviu y no el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, ni otra entidad pública.”

En el mismo sentido, los sentenciadores relevaron la importancia y la estrechez que existe de lo establecido en el párrafo anterior, con la regla del artículo 1546 del Código Civil en los siguientes términos: “..., como se dijo, impone a las partes el deber de cumplir de buena fe los contratos que han suscrito. En el moderno entendimiento de la buena fe, ella no es un mero principio informador del ordenamiento jurídico en general y de los contratos en particular, sino que se la concibe como un deber de comportamiento típico que la ley impone a los contratantes de todo contrato. Se trata de una obligación concreta y de valor normativo, cuya vulneración trae aparejadas las consecuencias propias de cualquier incumplimiento contractual, esto es, la posibilidad de solicitar el cumplimiento forzado, la resolución del contrato o la indemnización de perjuicios. A la inversa, el incumplimiento de la buena fe contractual también implica la posibilidad cierta de que no se dé curso a algunos de estos remedios contractuales cuando la parte que intenta hacerlos valer no actúa conforme la buena fe objetiva que la ley le impone. En un sentido más genérico, la buena fe objetiva es una cláusula legal general contractual, en cuanto se configura como una regla de comportamiento que está incorporada en todo contrato, al margen de que las partes lo hayan dicho o no en la convención. Se transforma así en una cláusula de orden público, inserta en todo contrato, sin que pueda pretenderse que ello se opona a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Es de una obligación que las partes han deseado o se supone que han querido tanto como aquellas que expresamente estipularon en el contrato, por lo que forma parte de su contenido obligacional.”

Tras la cavilación precedente, los sentenciadores resolvieron que la buena fe contractual no resiste que la demandada haya encomendado el cumplimiento de funciones al contratista por un plazo muy superior al previsto en los contratos, pretendiendo no tener obligación de pagar por ello, más aun cuando la demandada dispuso que la actora prosiguiera prestando los servicios, por lo que tiene la obligación de pagar por ese mayor trabajo, y al no hacerlo, incumplió las obligaciones que le imponía el contrato, entre ellas el deber de buena fe contractual; y si bien el párrafo segundo del Punto 21 de las Bases Administrativas Especiales expresamente disponía que el Serviu tenía la facultad de prorrogar los contratos en las mismas condiciones económicas y por el plazo que fuese necesario, no resulta acorde a la buena fe contractual ni con las bases mismas del contrato, no haber procedido a

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

modificar los contratos y no pagar por el mayor trabajo, lo que determina que existe un incumplimiento de su parte, por lo que la acción de resolución debe ser acogida.

Sexto: Que, entrando al análisis del primer error de derecho denunciado, éste cuestiona que el tribunal de alzada porteño haya determinado “que el régimen aplicable a los contratos en cuestión es el Código Civil”, afirmación que no resulta efectiva según el extenso análisis del referido laudo efectuado en los motivos precedentes. En efecto, los sentenciadores partieron determinando todo lo contrario, esto es, que los contratos, en su carácter de administrativos, se rigen por la Ley N°19.886 y por su normativa relativa a las licitaciones respectivas como las Bases Administrativas Técnicas y Especiales, entre otros. Asimismo, el fallo analizó in extenso toda otra normativa reglamentaria relativa a los referidos contratos, sin embargo, concluyó que la situación fáctica sometida al conocimiento de la jurisdicción, no se encuentra resuelta, siendo indispensable recurrir al Derecho Privado, por así autorizarlo la propia Ley N°19.886 en su artículo 1° parte final.

Séptimo: Que, como puede advertirse, los sentenciadores no han determinado que los contratos de autos deban regirse por el Derecho Privado, sino que la conclusión es muy diferente, a saber, ante la falta de solución a la controversia en el Derecho Público, la ley autoriza acudir al Derecho Privado. Por lo demás, y tal como lo razona acertada y fundadamente el fallo en revisión, dicha conclusión además de no ser ajena al ordenamiento es, por el contrario, autorizada por el mismo y reconocida en fallos anteriores de esta Corte como por ejemplo, Roles CS N°1696-2005 y CS N°10.666-2015. Bajo esta premisa es que los sentenciadores aplican, luego, las normas más elementales que rigen el contrato en el derecho privado, esto es, los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, aplicación que ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Corte en diversas ocasiones, como en el Rol N°4178-2012, y también por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en diversos dictámenes, especialmente, a propósito de la buena fe contractual como ocurre con los pronunciamientos 42009/2005, 53278/2008, 42701/2008, 60493/2008, 50455/2010, 20481/2010, 59946/2010, 16271/2011, 7355/2007, 19938/2010, por mencionar algunos. Nadie podría negar que el principio del pacta sunt servanda y de la buena fe trascienden la esfera del derecho privado y constituyen verdaderos cánones de conducta en el ámbito contractual, inclusive en el área de la contratación administrativa.

Octavo: Que, en consecuencia, no es efectivo que los sentenciadores hayan plasmado la idea que el contrato administrativo se rija por el Derecho Privado, sino que ante la inexistencia de solución en la normativa de Derecho Público, es ineludible recurrir al primero. Por lo anterior, el arbitrio de nulidad sustancial no podrá prosperar por este acápite.

Noveno: Que los otros tres capítulos del recurso en análisis, parten de la base que sólo la existencia de una modificación contractual podía dar lugar al pago de los servicios de la demandante por el mayor tiempo de prestación de los mismos, y sin dicho acto no puede haber

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

pago, por lo que además la aplicación del artículo 1546 del Código Civil resultaría errada.

Décimo: Que el recurso así planteado, resulta inviable, pues tal como ha quedado establecido por los sentenciadores del fondo, como hecho inamovible de la causa, es que precisamente la negativa de la demandada a otorgar la modificación de los contratos celebrados entre las partes, cumpliéndose los requisitos pactados para ello, constituye el incumplimiento contractual de la recurrente y, por ende, el mayor valor por la extensión de los servicios prestados, se ha otorgado como indemnización de perjuicios frente al incumplimiento de la demandada, el que de acuerdo a las reglas generales debe presumirse culpable.

Undécimo: Que no puede obviarse que la sentencia estableció en su motivo décimo octavo que la demandada estaba obligada a cumplir con el acuerdo arribado con la demandante, por medio del cual esta última asumió la obligación de prestar sus servicios de inspección hasta la finalización de las obras, y aquella (Serviu) a pagar por este servicio.

Décimo segundo: Que, la demandada no ha denunciado infracción a las leyes reguladoras de la prueba con el fin de modificar los hechos de la causa, cuestión indispensable por lo menos respecto de aquellos presupuestos fácticos que sustentan la conclusión del fallo que establece que se daban todos los requisitos para el otorgamiento de la modificación contractual y que la demandada actuó alejada de la buena fe al imponer a la actora extender sus servicios más allá de lo pactado inicialmente sin pagar por ello, por lo que al no otorgar la modificación referida ha incurrido en un incumplimiento contractual.

En otras palabras, superada la cuestión de la inexistencia formal de una modificación contractual, la demandada debió dirigir sus esfuerzos, al menos, a derribar aquellos hechos que llevaron a los jueces a establecer su incumplimiento y su obrar alejado de la buena fe, y al no hacerlo, esta Corte se encuentra impedida de variarlos.

Décimo tercero: Que, el recurso de nulidad sustancial tiene por objeto determinar la existencia de una infracción de ley, esto es, en la casación se analiza la legalidad de un fallo, lo cual supone realizar un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero a los hechos tal y como soberanamente los han dado por probados los magistrados a cargo de la instancia, supuestos fácticos que no puede modificar esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor de la prueba, cuyo no es el caso. ([Volver](#))

4.- Bustamante con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Corte Suprema, Rol N°153-2020, de 5 de junio de 2020.

Hechos del caso: Un grupo de personas naturales que formaban parte de la Comunidad Indígena Atacameña de Likan Tatay de Calama, dedujeron una acción de protección en contra de l Oficina de Asuntos Indígenas de San Pedro de Atacama, dependiente de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, por la dictación de la Resolución Exenta

N°0796 de 9 de octubre de 2019, que declaró la caducidad de la personalidad jurídica de la referida Comunidad Indígena.

El recurso fue acogido por la Il. Corte de Apelaciones de Antofagasta, dejándose sin efecto la resolución exenta impugnada y ordenando a la recurrida dictar un nuevo acto administrativo que exponga los fundamentos de hecho y derecho, por los que estima que no se subsanaron en su totalidad las observaciones formuladas. La recurrente se alzó en contra de esta sentencia.

Fundamento: *Cuarto: Que la motivación de los actos administrativos no busca cubrir una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial que permite el control judicial de los actos de la Administración activa, al punto que éstos podrían anularse en el evento de carecer de motivación o si ésta es insuficiente. En un Estado Constitucional de Derecho, el deber de fundamentación de los actos de la Administración no sólo funciona como garantía de certeza jurídica para los interesados, sino que extiende sus efectos de cara a la ciudadanía, en plena armonía con los principios de publicidad y transparencia consagrados en el artículo 8 de la Constitución Política de la República, precepto que - no resulta ocioso recordarlo- está inserto en el capítulo I “De las Bases de la Institucionalidad”. Ahora bien, la motivación del acto no necesariamente ha de ser exhaustiva y extensa, pues la fundamentación puede ser sucinta, en la medida que sea suficiente para ilustrar, tanto al interesado como a la judicatura, sobre las razones de hecho y de derecho que justifican la resolución de la Administración. Especialmente interesa, en la motivación, la exposición de las razones de la adecuación del acto a la finalidad pública que lo justifica y, en los casos del ejercicio de una potestad discrecional, las circunstancias que aconsejaron la opción por una solución concreta entre todas las legalmente posibles.*

Quinto: Que, establecido lo anterior, se hace necesario considerar la normativa, tanto nacional como internacional, relativa a la protección, desarrollo y promoción de los derechos de los pueblos originarios.

En el ámbito del derecho internacional, resalta el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile con fecha 15 de septiembre de 2008 y vigente desde el 15 de septiembre de 2009, además de la “Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas” adoptada en sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de fecha 13 de septiembre de 2007, suscrita por nuestro país con la misma data. En términos generales, tanto el Convenio N°169 como la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas reconocen diversos derechos fundamentales y garantías inherentes a los pueblos originarios, estableciendo como deber para los Estados firmantes, entre otros, el de fomentar su participación en la adopción de decisiones que puedan afectar tales derechos y garantías.

Sexto: Que el artículo 2° del Convenio N° 169 dispone:

“1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

Por su parte, el artículo 20 N° 1 letra d) prescribe:

“2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a: (...) d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores”.

A su vez, el artículo 18 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. Por último, en lo que importa al recurso, el artículo 40 prescribe: “Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre estas controversias (...) En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

La normativa internacional debe ser enlazada, a nivel del derecho interno, con las libertades de culto y de asociación, garantizadas en los numerales 6 y 15, respectivamente, del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En cuanto a la regulación legal, el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 19.253 que Establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena dispone: “El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Diaguita del norte del país (...) El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores". Por su parte, el artículo 9 señala qué debe entenderse por "Comunidad Indígena", mientras que los artículos 10 y 11 se refieren al procedimiento de constitución de una Comunidad Indígena. Interesa destacar, para efectos del presente recurso, lo preceptuado en el inciso cuarto del artículo 10: "La Comunidad Indígena gozará de personalidad jurídica por el solo hecho de realizar el depósito del acta constitutiva"; mientras que la última de las disposiciones citadas establece: "Artículo 11. La Corporación no podrá negar el registro de una Comunidad Indígena. Sin embargo, dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha del depósito de los documentos, podrá objetar la constitución de la Comunidad Indígena si no se hubiere dado cumplimiento a los requisitos que la ley y el reglamento señalan para su formación y para la aprobación de sus estatutos, todo lo cual será notificado por carta certificada al presidente del directorio de la respectiva Comunidad Indígena.

La Comunidad Indígena deberá subsanar las observaciones efectuadas dentro del plazo de ciento veinte días contados desde la recepción de la carta certificada. Si así no lo hiciera, la personalidad jurídica caducará por el solo ministerio de la ley y los miembros de la directiva responderán solidariamente por las obligaciones que la Comunidad Indígena hubiere contraído en ese lapso".

Séptimo: Que, como se puede advertir, el legislador no ha distinguido entre el otorgamiento de una personalidad jurídica "provisoria" y otra "definitiva" a favor de una Comunidad Indígena, de manera que el efecto que produce la ausencia de fundamentación de la Resolución Exenta N° 0796 de 9 de octubre de 2019, no es otro que entender que las observaciones de la autoridad han sido debidamente subsanadas y, por consiguiente, no puede operar la declaración de caducidad de pleno derecho de la personalidad jurídica de la Comunidad Indígena. Concluir lo contrario, importaría otorgar un nuevo plazo a la Administración -no previsto por la ley- para objetar la respuesta de la Comunidad Indígena a las observaciones, desconociendo con ello las obligaciones internacionales a las que se ha sometido voluntariamente el Estado de Chile, con motivo de la suscripción del Convenio N° 169 de la OIT, sin perjuicio de otros instrumentos propios del derecho internacional.

Octavo: Que, de acuerdo con lo antes razonado y considerando que la fundamentación es un requisito exigido generalmente por la ley a todo acto administrativo que afecte derechos de los particulares, en la especie se ha efectuado una diferencia arbitraria en perjuicio de los recurrentes al declarar la caducidad de la personalidad jurídica de pleno derecho, en circunstancias que ello se hizo en virtud de un acto ilegal y desprovisto de razonabilidad, vulnerándose con ello la garantía fundamental de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental. ([Volver](#))

5.- Sáez con Director Nacional de Aduanas. Corte Suprema, Rol N°33.771-2019, de 5 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra del Director del Servicio Nacional de Aduanas, impugnando la Resolución Exenta N°3526 de 24 de julio de

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

2019, que le impuso la medida disciplinaria de destitución, de conformidad al artículo 121 letra d), en relación al inciso segundo del artículo 125, ambos de la Ley N°18.834 sobre Estatuto Administrativo.

Fundamento: *Sexto: Que para resolver el asunto sometido al conocimiento de esta Corte es necesario consignar que el artículo 61 de la ley N° 18.834 dispone, en lo pertinente, que: “Serán obligaciones de cada funcionario:*

[...]

b) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan;

c) Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución;

f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico;

g) Observar estrictamente el principio de la probidad administrativa regulado por la ley N° 18.575 y demás disposiciones especiales”.

Séptimo: Que, como quedó dicho más arriba, la parte recurrida sancionó a la actora por incumplir los deberes funcionarios establecidos en la norma transcrita, en lo medular, al registrar en el sistema SICOMEXINWEB el resultado de aforo conforme a una Declaración de Ingreso a la que no efectuó dicho acto; agregando posteriormente el Servicio Nacional de Aduanas otros comportamientos objeto de reproche: “no cumplir con su deber de revisar el listado de programación de aforos” (cargo uno); “registrar incorrectamente en el documento Declaración de Ingreso N° 3520253076-K su timbre, firma y fecha” (cargo 3); “realizar en forma incorrecta el registro de resultados en el sistema SICOMEXINWEB” (cargo 4), y “no adoptar las medidas suficientes y necesarias tendientes a evitar el eventual retiro de las mercancías amparadas en la DIN N° 3520253076-K” (cargo 5).

Octavo: Que, sin embargo, y a diferencia de lo argüido por la defensa de la parte recurrida, el mérito de los antecedentes tenidos a la vista evidencia que los cargos uno, tres, cuatro y cinco por los que la actora fue sancionada con la medida disciplinaria de destitución por supuesta falta a la probidad administrativa, en rigor, constituyen maneras diferentes de reprochar un único comportamiento censurable, cual es haber registrado en el sistema informático SICOMEXINWEB el resultado de aforo conforme a una Declaración de Ingreso a la que no efectuó dicho acto, que corresponde precisamente al cargo único que originalmente se le había imputado en el sumario administrativo.

En efecto, del examen del sumario administrativo seguido en contra de la actora es posible advertir que existe la debida correspondencia entre el objeto de la indagación expresado en la Resolución Exenta N° 4990 de 24 de julio de 2018 y el cargo único formulado inicialmente a la recurrente. Así,

según la denuncia de fecha 24 de julio de 2018 realizada por los funcionarios Daniel Guerrero Ortiz y Karil Caballero Millai, el hecho denunciado consistió en que el contenedor SUDU 679744-1, amparado en la Declaración de Ingreso N° 3520253076, habría sido aforado con fecha 21 de julio del año 2018, en circunstancias que no estaba programado para efectuar su revisión en esa fecha.

Noveno: Que, por el contrario, no se divisa la misma correspondencia entre el objeto del sumario y los seis cargos formulados a la recurrente con fecha 15 de marzo de 2019, por un fiscal distinto de aquel que instruyó originalmente la indagatoria, toda vez que las diligencias probatorias realizadas con fecha posterior a las dos reaperturas de la investigación ordenadas por la Dirección Regional de Aduanas de Valparaíso, son insuficientes para justificar tan drástico cambio desde un único cargo a seis cargos que responden, más bien, a la división de un único comportamiento en seis conductas supuestamente diferentes y que, por lo mismo, ameritarían un castigo separado.

Décimo: Que a continuación se hace necesario subrayar que, de acuerdo a lo informado por el Ministerio Público y el Juzgado de Garantía de Valparaíso, la recurrente no tiene la calidad de denunciada, querellada o imputada en las investigaciones penales que lleva adelante el ente persecutor, de lo cual se infiere que el comportamiento que se le atribuyó en sede administrativa responde a una negligencia en el desempeño de sus funciones, pero no a una conducta dolosa con el propósito deliberado de causar un perjuicio fiscal o a terceros.

Undécimo: Que, en este escenario, la conducta impropia que puede ser atribuida a la recurrente es la de haber registrado erróneamente en el sistema informático SICOMEXINWEB el resultado de aforo conforme a una Declaración de Ingreso a la que no efectuó dicho acto y, en ese supuesto, la sanción que se le ha impuesto aparece como desproporcionada y desprovista de la racionalidad que debe orientar a los actos sancionadores de la Administración.

La proporcionalidad, como lo ha sostenido esta Corte "(...) apunta a la congruencia entre la entidad del daño provocado por la infracción y el castigo a imponer" (CS Roles N° 5830-2009 y N° 5085-2012, entre otros). En la especie, la falta de diligencia que puede atribuirse a la actora, desde luego amerita una sanción, pero no constituye una grave falta a la probidad como lo exige el artículo 125 del Estatuto Administrativo, por lo que no resulta racional ni legítimo imponerle la destitución que se le aplicó.

Duodécimo: Que la falta de proporcionalidad y racionalidad aludida en el motivo precedente implica un actuar arbitrario de la recurrida que afecta la igualdad ante la ley, garantía fundamental consagrada en el N°2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que establece un tratamiento distinto entre aquellos servidores públicos a quienes se ha imputado responsabilidad disciplinaria con pleno respeto a la normativa que regula dicho ámbito, y la actora, quien ha sido sancionada como consecuencia de una interpretación errada de las disposiciones legales y principios

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

relativos a la probidad administrativa, por lo que deberá acogerse el recurso interpuesto imponiendo la sanción más condigna con la falta en que incurrió la recurrente. ([Volver](#))

6.- Moreno con Contraloría General de la República. Corte Suprema, Rol N°29.869-2019, de 5 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de la Contraloría General de la República, por haber emitido la II Contraloría Regional Metropolitana el Oficio N°6.122 de 28 de mayo de 2019, que rechaza la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N°7242 de 23 de noviembre de 2018 de la Subsecretaría de Prevención del Delito, que determinó la no renovación de su contrata para el año 2019.

Fundamento: *Sexto: Que la circunstancia de haber permanecido Génesis Moreno en el cargo a contrata por más de cuatro años generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculada con la Administración, de modo tal que su relación estatutaria sólo puede terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita, supuestos fácticos que no concurren en la especie.*

En efecto, si bien se informó por la Subsecretaría de Prevención del Delito la existencia de un sumario administrativo incoado en contra de la recurrente ordenado instruir por Resolución N° 1351 de 18 de julio de 2018, se informó igualmente que la investigación disciplinaria se encontraba pendiente de resolver, de manera que al no dictarse aún el acto terminal que disponga una medida disciplinaria expulsiva, se debe privilegiar la presunción de inocencia que ampara a la recurrente.

Por ello, la decisión de no renovar su contrata para el año 2019, en circunstancias que le asistía la confianza legítima de que la misma sería renovada hasta el 31 de diciembre de ese año, ha devenido en una vulneración de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad.

Séptimo: Que, por consiguiente, el Oficio N° 6.122 de 28 de mayo de 2019 de la II Contraloría Regional Metropolitana que rechazó el reclamo interpuesto por la actora en contra de la Resolución Exenta N° 7242 de 23 de noviembre de 2018 de la Subsecretaría de Prevención del Delito, es ilegal y arbitrario, toda vez que ratifica y consolida un acto administrativo que es ilegal y arbitrario por carecer de adecuada fundamentación, puesto que la autoridad administrativa no invocó las razones expuestas en el considerando que antecede, sino otras que no se condicen con la confianza legítima que amparaba a la recurrente. En consecuencia, el Oficio N° 6.122 de 28 de mayo de 2019, amén de ser ilegal y arbitrario, vulnera idénticas garantías fundamentales que la Resolución Exenta N° 7242 de la Subsecretaría de Prevención del Delito.

Octavo: Que, finalmente, con el objeto de despejar cualquier atisbo de duda sobre las medidas que se adoptarán, no resulta ocioso recordar que el artículo 20 de la Constitución Política de la República otorga a esta Corte, en caso de acoger el recurso de protección, amplias facultades para decretar las

medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, que en este caso particular se traducen en la invalidación no sólo del acto formalmente cuestionado, sino también de la resolución que determinó no renovar la contrata de la recurrente para el año 2019. ([Volver](#))

7.- Di Giammarino con De Ramón. Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10.028-2019, de 8 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una mujer interpuso una demanda de reclamación de filiación en representación legal de su hijo, en contra de la mujer con la que constituyen familia, que en conjunto se sometieron a la técnica de reproducción asistida con un proyecto filiativo común. La demandante hace presente que, con la demandada, mantienen una relación de pareja hace 8 años, y en diciembre de 2015 suscribieron un acuerdo de unión civil. Luego de eso planificaron tener un hijo en conjunto, sometiéndose la demandante al proceso de reproducción asistida. El nacimiento del niño ocurrió el 28 de septiembre de 2017 y fue inscrito con los apellidos de la demandante y de la demandada, sin embargo, legalmente sólo tiene vínculo con el Di Giammarino, dado que no se le quiso reconocer a la demandada su maternidad, a pesar de haberse sometido como familia a la técnica de reproducción asistida. Esta situación, sostiene, vulnera sus derechos fundamentales garantizados en la Constitución y deja a su hijo en una situación de extrema vulnerabilidad, por el solo hecho de nacer en el seno de una familia lesbomaternal.

En cuanto al derecho, desarrolla el Derecho a la vida familiar y su protección, al derecho a la identidad, y el Interés superior del niño. Además, sostiene la existencia de un vacío legal, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se habrían regulado íntegramente las técnicas de reproducción asistida. La única norma que se refiere al respecto es el artículo 182 del Código Civil, pero con el objeto y fin de resguardar los derechos fundamentales de las partes involucradas, se debe realizar una interpretación integradora de la Constitución, y el juez cuenta con métodos y fuentes subsidiarias como la equidad, los principios generales y la analogía jurídica. Señala una la falta de normativa vigente que regule los derechos filiativos de los niños y niñas nacidos en una familia homoparental, que provoca una vulneración en los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que las componen.

La demandada contestó la demanda, confirmando cada una de las afirmaciones y motivos planteadas en la demanda.

Fundamentos: OCTAVO: *Que, con la prueba incorporada, se tienen por acreditados para el tribunal, los siguientes hechos, valorados según las reglas de la sana crítica, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados:*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

1.- Las partes Gigliola Regina Teresita Di Giammarino Ducasse, y Emma Zelmira María De Ramón Acevedo, tienen una relación sentimental y de pareja desde hace 9 años, el estado civil de ambas es convivientes civiles, ya que contrajeron acuerdo de unión civil con fecha 30 de diciembre de 2015, inscrito con el Numero 56 de la Circunscripción de Providencia, del año 2015. En el acto de la Celebración pactaron régimen de comunidad de bienes. Esto se encuentra acreditado con la declaración de los y las testigos, la declaración de parte, el informe social, y el certificado de unión civil. Los testigos dan cuenta del inicio de esta relación de pareja, su evolución, y su mantención en el tiempo. La perito social señala: las partes inician una relación de pareja en el año 2010, luego de tener una amistad que inicia en el año 2004. Comienzan un proyecto común que las lleva a celebrar el Acuerdo de Unión Civil. De ello, se observa que el vínculo entre las partes ha sido un proyecto sólido que se refleja además en los discursos testimoniales de quienes forman parte de dicho proyecto, como don Pietro Antonio Di Giammarino cuando señala que conoce a las partes, que son una familia. El indicó que ha visto la evolución de la relación desde el noviazgo al casamiento. Asimismo, se destaca lo expresado por el testigo, Beltrán Antonio José De Ramón Acevedo quien señaló que es hermano menor de Emma, y que conoce a la señora Gigliola hace 8 a 10 años, la reconoce como la señora de su hermana.

2.- Ambas decidieron en conjunto formar una familia, conformada no sólo por ellas, sino tener un hijo o hija. Es la misma señora Emma de Ramon quien en su declaración de parte, expresa: “siempre concebimos tener una familia, tener hijos y ocuparnos de nuestras familias cercanas, padres hermanos, una vida integrada por nuestras familias, y no solas”. Esa decisión también la conocieron sus cercanas, así el testigo Beltrán De Ramón indica “Ellos sabían que ellas querían tener un hijo en común, y su madre antes de morir también lo supo, pero lamentablemente no lo alcanzó a conocer”, la testigo Bernardita

María Lorenzini Izaga, señala “supo desde el comienzo su intención de ser madres en conjunto”.

3.- Ambas participaron en forma conjunta en el proceso de fertilización asistida: El informe emitido por el doctor Nicolás Andrés Carvajal Abumohor, Ginecólogo, clínica IVI, de fecha 2 de agosto de 2019, hace presente que “A inicios de agosto del año 2016, la pareja formada por la Sra. Gigliola Di Giammarino y la Sra. Emma de Ramon consultaron por primera vez en Centro IVI de Santiago de Chile, para analizar la posibilidad de someterse a la técnica de reproducción asistida con la finalidad de lograr un embarazo. De las dos mujeres solo la Sra. Gigliola podía ser susceptible de un tratamiento de reproducción asistida debido a que la Sra. Emma tiene antecedentes de una histerectomía total. Durante la consulta de ingreso a esta pareja se confecciono la Historia Clínica de paciente y se les explico a ambas las técnicas de reproducción asistida que se le podía aplicar a la Sra. Gigliola, considerando su historial médico y edad. Tras considerar las posibles opciones y tras estudiar entre ellas la decisión más conveniente, la pareja se decantó por un tratamiento de reproducción asistida. Durante el período de preparación para este protocolo de reproducción que fue aceptado libremente

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

por la paciente y por su pareja la Sra. Emma de Ramon, constatamos que la Sra. Gigliola fue acompañada en todo momento por la Sra. Emma tanto en los controles y procedimientos que requería, al tratarse de un proyecto reproductivo común. De igual forma, también en el momento en el que se realizó la transferencia embrionaria a la Sra. Gigliola estuvo siempre acompañada por la Sra. Emma que tuvo una participación activa y cercana en el procedimiento clínico. Ambas mujeres la Sra. Gigliola Di Giammarino y la Sra. Emma de Ramon acudieron a la Clínica IVI Santiago para consultar el resultado del examen que determinó que la paciente estaba embarazada. Asimismo, ambas concurren para recibir las indicaciones médicas, controles ecográficos y la explicación de los fármacos a administrar." El médico en su declaración como testigo experto, profundiza en lo señalado en su informe, argumentando que desde la primera consulta y hasta el final exitoso del procedimiento siempre atendió a ambas partes.

4.- Ambas compartieron el tiempo de embarazo y nacimiento de Attilio: Doña Emma de Ramón, señala en su declaración ante el Tribunal: " Ella vio el momento en que el blastocito fue implantado en el útero de su pareja, ese momento no se ve habitualmente. Ambas sintieron que ese niño iba a vivir. Cuando supieron que ya estaba embarazada fueron a contarle a su familia, y su hermano le dijo que suponía que también se llamaría José como es tradición en la familia de Ramón. El embarazo fue con algunas molestias. El día que nació su hijo fue el mejor día de su vida, nació por cesárea, atendida la edad de la madre gestante. Estaba ella, su médico y su matrona. Estuvo toda la familia acompañando". La testigo Bernardita María Lorenzini Izaga hace presente que ella estaba en la clínica, cuando nació el niño, y la primera vez que lo vio, a través de una ventana, fue en los brazos de su madre Emma.

5.- El nacimiento del niño Attilio José De Ramón Di Giammarino, consta en su Certificado de Nacimiento, que indica que ocurrió el 28 de septiembre de 2017, a las 12:53 horas, de sexo masculino, run 25.928.030-3, inscrito en la circunscripción de Providencia, con el número 7.200 del año 2017. Nombre de la madre: Gigliola Regina Teresita Di Giammarino Ducasse. No se consigna otro progenitor.

6.- En cuanto al vínculo entre Emma de Ramón y Attilio, los testigos en forma contestes lo describen como de madre e hijo, la perito social destacó que este es un vínculo materno, atento, donde la madre mantiene una simetría con el hijo observándose en sus estilos de respuesta ante las necesidades del niño, las respuestas son de respeto y de protección. Asimismo, señala que la madre Emma integra un nivel de diálogo con él, acorde a su edad y necesidades, siendo lúdica y generando distintas interacciones en un aprendizaje mutuo. Por su parte, doña María Teresa Larraín Susaeta, educadora de Párvulo, expresó que la señora Emma, fue quien participó en la adaptación de Attilio José en el jardín, todas las tardes apoyando el proceso, observando que ella es su referente de confianza y tranquilidad en el mundo, ejemplificando que cada vez que Atilio sentía temor iba a los brazos de Emma o cuando él lloraba iban a buscarla y cuando ella llegaba a él le cambiaba la vida, se relajaba.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Respecto de lo que la profesional observó como educadora, expresa que el vínculo es muy cercano, muy afectuosa, Emma es la mamá de Attilio. Agregó que Emma es una mamá preocupada comprometida con el hijo y la educación de este. Desde su disciplina, concluye que “Attilio José es un niño lleno de cariño, feliz, y tiene dos madres, habiendo mucha preocupación incluso mucho más que otros niños del jardín infantil. No existiendo ninguna diferencia con otras familias todo lo contrario ojalá muchas familias fuesen así de persistentes”. La testigo Bernardita María Lorenzini Izaga indica: “ En el verano, Gigi (Gigliola) estuvo como un mes afuera, y Emma fue con Attilio a visitarla, y había dos perros, y Emma todo el rato estuvo explicándole como acercarse a los perros, y al final él lo hizo. Él confía en ella. Cuando nació Attilio, Emma mostraba un orgullo, ella siempre preocupada de que Attilio escucha, que aprenda, si algo a él le gusta, ella se aprende todo lo relacionado con eso para explicarle, tiene más delicadeza y más detalles en la relación con su hijo. A Emma le importa mucho ser una buena mamá, estar a la altura de su hijo”.

NOVENO: A partir de los hechos que se dan por probados, y analizándolos en su conjunto, y considerando la interdependencia entre estos, es necesario dilucidar si todos ellos, hacen que estemos o no, ante una familia, y si es así, cuál es la protección que el derecho les otorga: dos mujeres unidas legalmente por un Acuerdo de Unión Civil, ambas participan en forma conjunta en técnica de reproducción asistida, nace un hijo, que legalmente sólo es hijo de una de ellas, ambas lo crían y educan, y así son reconocidas y apoyadas por su entorno familiar y social. ¿Es eso una familia?

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su art. 23, y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en su art. 17.1, reconocen a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y establecen tanto al Estado como a la sociedad el deber de protegerla; es decir, los tratados internacionales sobre derechos humanos no consagran un modelo de familia. Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, interpretando el artículo 23 del PIDCP, sostiene que no es posible dar una definición uniforme del concepto de familia, pues éste puede diferir entre los Estados, incluso entre regiones de un mismo Estado. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en Opinión Consultiva OC-21/2014, destaca que no existe un modelo único de familia, y su definición no debe restringirse a la pareja y los hijos, sino que también debe considerar otros parientes de la familia extensa con quienes se tengan lazos cercanos, los que pueden existir entre personas que no son jurídicamente parientes (párrafo 272).

En Chile tampoco existe una definición de carácter general de familia, pero distintas normas se refieren a ella, incluida la Constitución Política de Chile, que establece en su artículo 1° “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad...Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta”. En un comienzo se protegía solo la familia matrimonial; sin embargo, luego de la entrada en vigencia de la ley 19.947 del año 2004, que estableció el divorcio vincular, se entendió que existían otros tipos de familias no basadas en el matrimonio, ya que el artículo 1° de dicha ley establece “la familia es el núcleo

fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”, es decir, si el matrimonio es la base principal de la familia pueden existir otro tipo de familias no basadas en el matrimonio (BENITEZ, Dinka, Filiación y Mujeres Lesbianas, Estándares, derecho comparado y análisis del caso chileno).

Evidencia el carácter dinámico del concepto de familia, la ley 21.150, de 2019, que modifica la ley 20.530, incorporando en su inciso 2º un concepto de familia, definiéndola como un “núcleo fundamental de la sociedad compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”.

En particular, la ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC) nació como una forma de proteger “otros grupos familiares”, además del matrimonial, como lo señala el Mensaje Presidencial¹, y después de una ardua discusión, como señala el profesor Gabriel Hernández, finalmente queda perfilado como una figura de índole familiar²: comienza la ley señalando que el acuerdo tiene por finalidad regular los efectos jurídicos de la vida afectiva, que es la columna vertebral de la vida familiar, adicionalmente prescribe que el acuerdo crea un Estado civil, el de conviviente civil, atributo de la personalidad vinculado con las relaciones de familia. A mayor abundamiento, los conflictos a que dé lugar la convivencia civil deben ser sustanciados ante el tribunal de familia. En segundo término, rigen para el AUC y la situación jurídica que crea, buena parte de las prescripciones aplicable a los actos del derecho de familia, y sobre todo del matrimonio.

Sin embargo, la ley 20.830, no reguló la situación de los hijos nacidos en una familia de convivientes civiles del mismo sexo. Como se ha manifestado la ley de acuerdo de unión civil no cubre la totalidad de los aspectos identitarios y relacionales del niño, en circunstancias que debe garantizarse su derecho a acceder a un estatuto filiativo respecto de aquel conviviente civil que contribuyendo significativamente a su crianza y educación desee constituir formalmente tal relación familiar. De acuerdo con el Derecho Internacional de la Infancia, la institución que permita materializar esta relación debe implicar el reconocimiento de todos los derechos y deberes que nacen de la filiación. Los efectos de la filiación son fundamentales respecto del ejercicio y garantía del derecho a la identidad de los NNA (niños, niñas y adolescentes). Como dispone el artículo 8 de la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño, los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. (Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola, “Salir del clóset: la necesidad del matrimonio igualitario y los límites del acuerdo de unión civil”, en Tapia Rodríguez, Mauricio; Hernández Paulsen, Gabriel (coordinadores), “Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil”, Santiago, Thomson Reuters, pp.12 y ss.).

Asimismo, como bien lo señala el Profesor Mauricio Tapia en el informe en derecho acompañado: “Con anterioridad a la dictación de la Ley N°19.585, nuestro ordenamiento jurídico concebía al

matrimonio como la única forma de constituir familia, influenciada por la religión católica, clasificando a los hijos en legítimos e ilegítimos, y estos a su vez en naturales e ilegítimos, otorgando mayores derechos y beneficios a aquellos nacidos dentro del matrimonio. Posteriormente, se dictaron una serie de normas que buscaban mejorar la posición de los hijos nacidos fuera del matrimonio, reconociéndose la situación desventajosa y discriminatoria que los afectaba. Finalmente, tras la dictación de Convenciones y tratados internacionales que buscaban proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del nacimiento, se dictó la Ley N°19.585, cuyo objetivo y fundamento es la igualdad de los hijos, el interés superior del niño y el derecho a la identidad. El artículo 33 del Código Civil establece de manera expresa la igualdad entre los hijos, sin discriminación en cuanto a la época o circunstancias de su nacimiento o condición de sus padres”.

Entonces surgen las siguientes interrogantes: ¿al privar el reconocimiento de hijo de ambas, se atenta contra dicho derecho a la igualdad? ¿de qué manera el ordenamiento jurídico nacional protege a esta familia? El deber del Estado chileno es otorgar protección, sin discriminación, a todas las formas de familia que existan, y esforzarse por integrarlas a la vida nacional. Para ello, es esencial que el estado civil de un hijo que nace y crece en una familia encabezada por personas del mismo sexo, que han expresado voluntad de procrear, coincida con su filiación legal y se vea reflejada en sus documentos de identificación.

Como se ha señalado, la hipótesis de una desigualdad ante la ley se expresaría en dos niveles: primero, una desigualdad entre la representación de familia que figura en el derecho y las formas familiares concretas, mientras que en un segundo nivel queda la consecuencia inmediata de la primera brecha, que muchas familias de facto no son consideradas como tales, lo que ocasiona problemas concretos en su vida cotidiana (Javiera Cienfuegos Illanes, “Diversidad familiar y derecho en Chile: ¿una relación posible?”, Revista de Estudios Sociales No. 52 abril-junio de 2015, p.170).

DECIMO: Con respecto a la acción, la demandante ha interpuesto la acción de reclamación de maternidad, y con respecto a su legitimidad para accionar, se aplica para estos hechos el artículo Art. 183 del Código Civil, que señala: “La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”. Es decir, la maternidad de la demandante y que fundamenta su legitimación activa, quedó determinada por el parto. Y la situación de la demandada quedaría incluida en la posibilidad contemplada en la segunda parte, al indicar que, en los demás casos podrá ser determinada por sentencia firme en un juicio de filiación (incluso esta norma no es siquiera taxativa, toda vez que la maternidad también se establece por sentencia en un juicio de adopción, no de filiación). En el marco del derecho de acceso a la justicia del cual el tribunal es garante.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

UNDECIMO: *En nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las Técnicas de Fertilización Humana Asistida. El único artículo que se refiere al tema es el artículo 182 del Código Civil que señala que: “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”, agregando en su inciso 2º “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Este artículo señala que los padres del niño serán quienes se sometieron a estas técnicas, constituyendo una excepción al principio de la primacía del criterio biológico para determinar la filiación. En este caso se establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la genética y/o biológica, pero que prima sobre ella. En su inciso 2º el artículo 182 señala que esta filiación que determina la ley no podrá ser impugnada ni se podrá reclamar una filiación distinta. Por lo tanto, si la técnica ha sido heteróloga, la condición de donante de gametos no genera parentesco; y quienes han consentido en la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida no podrán impugnar su paternidad o maternidad, bajo pretexto de no ser los progenitores biológicos. Esta norma del Código Civil protege la voluntad de tales progenitores de convertirse en tales. En esta norma se fundó la demandante para reclamar su maternidad, haciendo presente que ella y su pareja son quienes se sometieron a la técnica de reproducción humana, teniendo ambas voluntad procreacional, lo que también es confirmado por el médico tratante.*

Si recurrimos a la historia de la ley 19.585, durante la discusión en sala quedó establecido que el propósito de la norma no era regular integralmente las técnicas de reproducción asistida, porque existía otra iniciativa legal en trámite con tal fin; ello fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado³. Así también lo señala el profesor Corral Talciani⁴. Por lo anterior cabe concluir que el artículo 182 del Código Civil, no pretende dar validez a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquier persona sin distinción, sino sólo regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al procedimiento, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad.

Frente a este vacío legal, y a objeto de resolver esta acción, resulta necesario observar el derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución. Es esta interpretación la que permite, dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente, el derecho a la igualdad, el derecho a la identidad, a la vida familiar y el interés superior del niño. A esta interpretación adhiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos de la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Asimismo, la forma en que se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión

personal como de pareja (Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, Serie C N° 257, sentencia, 28 de noviembre de 2012, párr. 272).

DUODECIMO: La norma del artículo 182 del Código Civil, debe ser integrada, en concordancia con el artículo 33 del Código Civil, ya mencionado, que establece que “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos”. Como señala el informe en derecho incorporado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido esta norma como expresión del principio de igualdad de los hijos en materia de filiación. En efecto, durante la discusión parlamentaria del referido artículo se señaló que esta envolvía una “declaración de igualdad [que] reafirma la idea matriz de la ley de terminar con las discriminaciones entre los hijos en razón de su concepción o nacimiento, dejando de manifiesto en esa forma el sentido o espíritu que la anima”. En el mismo sentido, la doctrina ha sostenido que “las diferencias establecidas entre personas en razón del nacimiento son discriminaciones arbitrarias, porque no son justificables ni razonables, y atentan contra el principio de igualdad.

Así, el primer derecho que debemos tener en cuenta, es el derecho a la igualdad, partiendo de la premisa, que si doña Emma De Ramón, fuera hombre, podría reconocer voluntariamente a Attilio José, sin que sea necesario un vínculo biológico, social ni afectivo con el niño. Y si bien el artículo 182 del Código Civil se refiere al padre y la madre, este debe ser leído de tal manera que no atente contra el principio de igualdad de los hijos, del artículo 33, teniendo presente que data de antes de la ley de Acuerdo de Unión Civil y de la condena al Estado de Chile, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo y niñas VS. Chile, entre otras razones, por discriminación por orientación sexual.

La no aplicación del artículo 182 del Código Civil a este caso implica un doble atentado a la igualdad ante la ley: priva a Attilio José del reconocimiento de sus derechos de hijo de Emma de Ramón (quien se sometió en conjunto con la demandante a la Técnica de Reproducción Asistida, y además afectiva, y socialmente es su madre), dejándolo en una situación de desventaja frente a otros niños, que hubieran nacido en las mismas condiciones, pero cuyos progenitores sean una pareja de distinto sexo, con orientación heterosexual. Y, además, viola el derecho a la igualdad ante la ley de la demandada, quien, a pesar de haber participado en un proceso de reproducción asistida junto a su conviviente civil, concurriendo en ella voluntad procreacional, no puede reconocer legalmente al hijo nacido gracias a tal procedimiento. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció en el Caso Atala Riffo y niñas VS. Chile: “para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada ‘fundamental y únicamente’ en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión... La Corte considera que no son admisibles las

consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012, Caso Atala Riffo y niñas VS. Chile, C°. 94 y 111)."

DECIMO TERCERO: Sobre el derecho a la identidad, la doctrina advierte una doble vertiente: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural (HERRERA, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Bs As, Abeledo Perrot, 2015), así en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo) (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual").

La identidad del niño Attilio José está determinada por su origen y contexto familiar y social. Las personas que tomaron la decisión de traerlo a este mundo son demandante y demandada, ellas expresaron su voluntad procreacional, siendo esta tan importante que el legislador excluye al donante de gameto de todo derecho filiativo respecto de Attilio José. En cuanto a su entorno familiar y social determinado por sus lazos afectivos, él reconoce a la demandada como su madre: le da protección, seguridad, afecto y contención; familiares, cercanos y referentes formativos educacionales del niño, también la identifican, reconocen y respetan como tal.

Este derecho a la identidad, además, como señala el Sr. Curador Ad Litem del niño, está resguardado explícitamente en la Convención sobre los Derechos del Niño "La identidad ha sido definida como "el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro'. Este plexo de características de la personalidad de 'cada cual' se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona (...) en lo que ella es en cuanto específico ser humano."5 Tenemos entonces que el Estado de Chile se comprometió a "respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."(art. 8° CDN)."

En efecto, el derecho a la identidad resulta esencial para el desarrollo autónomo de cada persona y crucial para el proceso de socialización. Es a través de la protección de nuestra identidad que nos reconocemos como uno, y no otro u otra. Y es sobre esa base que establecemos lazos sociales, lo que son esenciales para el proceso de socialización, esto es, "las maneras en que la sociedad transmite al individuo sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento" (Gauché, Ximena, "El derecho

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

a la identidad en la infancia y la adolescencia”, en Constitución Política e Infancia: una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile, UNICEF, Santiago, 2017, p. 189.)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha recogido estas interpretaciones. En Gelman vs. Uruguay sostuvo, descansando en la Convención sobre los Derechos del Niño, que si bien el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en el Pacto de San José, es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia (Serie C N° 221, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 122).

En Artavia Murillo vs. Costa Rica, esta misma Corte señala que se afecta el derecho a la identidad allí donde los Estados impiden arbitrariamente el libre desarrollo personal y, de paso, afectan el derecho de la persona a presentarse, tal como es (“cómo decide proyectarse”), hacia los demás: En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana (Caso Artavia Murillo (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica, Serie C N° 257, sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 142-3).

En el caso I.V. con Bolivia, por su parte, la Corte enfatizó los aspectos individuales y de relaciones personales que se entrecruzan en el derecho a la identidad, sosteniendo que la protección de esta última incluye el derecho a definir y entablar relaciones, presentándose del modo en que uno quiere presentarse frente a los demás: el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el desarrollo de la libre personalidad (I. V. Vs. Bolivia, Serie C N° 329, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 152).

En suma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en su Opinión Consultiva N° 24, que el derecho a la identidad involucra aspectos subjetivos (de la propia vivencia y autonomía) y sociales (relativos al tipo de relaciones que se entablan y el modo en que las personas deciden entablar esas relaciones), y que esos aspectos no pueden definirse de antemano, sino que deben escrutarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso. Lo dice de este modo: De conformidad con lo expresado, para este Tribunal, se desprende por tanto, del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, un derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos (Opinión

Consultiva OC- 24/17, Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017, párr. 89).

DECIMO CUARTO: Que, además, el derecho a preservar la identidad de Attilio debe ser respetado y garantizado, con la finalidad de proteger su interés superior, como lo establece expresamente la Observación General N°14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, “El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.” (Párrafo 55). La determinación del interés superior del niño, así como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶, se debe hacer a partir de una evaluación de los elementos que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión.⁷ Es decir, la manera en que hacemos efectivo el interés superior de Attilio, en este caso concreto, es reconociendo sus otros derechos incluido el derecho a la identidad; siguiendo así la posición del autor Miguel Cillero, quien postula que la Convención sobre los Derechos del Niño formula el principio de interés superior como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de todos ellos.

En palabras de RAVETLLAT B., Isaac / PINOCHET O., se debe precisar primero el significado y el contenido del concepto (qué es o en qué consiste el interés del menor) y a continuación, comprobar en qué situación y en qué circunstancias concretas de las posibles se da lo que más conviene a una persona menor de edad en particular. Este sistema, además, otorga una relevancia inusitada a los datos y a las circunstancias del caso concreto, porque estos son los que le van a permitir, en definitiva, encontrar la solución adecuada dentro del ámbito de apreciación o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado que se sitúa en la llamada “zona de opciones razonables” o “halo conceptual”⁹.

El interés superior de Attilio debe ser determinado teniendo en cuenta su derecho a la identidad, es decir, de manera que el elemento dinámico de su identidad - dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandada - se vea reflejado en la filiación legal de él, pues solo así se satisface tal derecho a la identidad. Por otra parte, el niño tiene derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar del niño y su familia y se deslegitime de esa forma la posibilidad de reconocimiento y valoración social a una forma de hacer familia cuyo amparo se encuentra consagrado no sólo en el ámbito internacional sino en la propia constitución como ha sido expresado en forma previa y cuya única justificación se basa en una categoría sospechosa de discriminación de un colectivo históricamente postergado en razón de su orientación sexual.

DECIMO QUINTO: Que, además, privar a Attilio José de su filiación con respecto a la demandada, lo priva de una serie de beneficios y derechos determinados: disfrute de beneficios como bonos de escolaridad, nacimiento, y orfandad, derecho de alimentos; derechos hereditarios abintestato;

posibilidad de reclamar indemnizaciones, y de todos los derechos consignados por la perito social, que se dan por reproducidos, y que provocan un perjuicio y menoscabo real en el niño.

DECIMO SEXTO: Que, atendido lo expuesto, y considerando el principio de inexcusabilidad, debiendo este tribunal pronunciarse sobre la petición solicitada, en virtud de las normas sobre igualdad, el concepto de familia que subyace en nuestro ordenamiento jurídico, las convenciones internacionales sobre derechos humanos y su rango constitucional, y recurriendo a la norma de interpretación de los principios generales del derecho, utilizando el criterio de jerárquico, considerando que los principios señalados se encuentran en normas de rango al menos supralegal, este Tribunal dará lugar a lo solicitado. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- COVID-19, estado de catástrofe, facultades seremis de salud, apertura y cierre de centros comerciales. Dictamen N°E8935, de 4 de junio de 2020.

Hechos del caso: El Prosecretario de la Cámara de Diputados remitió el requerimiento de un diputado, en orden a emitir un pronunciamiento sobre las facultades de los alcaldes para decretar la apertura o cierre de centros comerciales, y la autoridad encargada de fiscalizar el cumplimiento de las medidas sanitarias que se adopten en el contexto de la emergencia provocada por el brote de COVID-19.

Fundamento: *En relación con lo anterior, es menester recordar que acorde con lo manifestado en el dictamen N° 6.785, de 2020, de conformidad con los artículos 39 y siguientes de la Constitución Política, y 6° de la ley N° 18.415, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, corresponde al Presidente de la República y a los jefes de la Defensa Nacional, según proceda, adoptar decisiones que signifiquen afectar derechos fundamentales en los términos que establece la normativa pertinente, como asimismo disponer las medidas que, conforme a la citada ley orgánica constitucional, se requieran para el restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.*

Precisa dicho pronunciamiento, que en virtud del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, los órganos del Estado deben actuar dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, sin que puedan atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, como lo sería la situación de emergencia sanitaria que vive el país, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 4°, letras b) e i), de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, las entidades edilicias se encuentran facultadas para desarrollar, directamente o en concurrencia con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas, en lo que importa, con la salud pública, y con la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones

de emergencia o catástrofes. Sin embargo, corresponde señalar que el ordenamiento jurídico no ha dotado a las autoridades municipales de competencias que les permitan ordenar la apertura o cierre de centros comerciales.

Por otra parte, en cuanto a la fiscalización de las medidas sanitarias que se adopten, cabe hacer presente que de acuerdo con los artículos 4°, N° 3, y 12, N°s. 1, 3 y 7, del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, tanto esa Secretaría de Estado como las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud son los encargados de velar por el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria existente en materia sanitaria, siendo estas últimas las competentes para fiscalizar la observancia de dicha preceptiva, conforme con las normas que esa secretaría de Estado imparta (aplica dictamen N° 1.543, de 2019).

Enseguida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 del Código Sanitario, cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe de la autoridad sanitaria, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia.

Luego, a través del mencionado decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud -con sus modificaciones-, junto con declarar la alerta sanitaria, se otorgaron facultades extraordinarias, entre otros, a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud del país, para disponer las medidas que enumera, dentro de las que aparecen varias destinadas a reforzar la función fiscalizadora que compete a esos organismos.

Como puede advertirse, la fiscalización del cumplimiento de las medidas sanitarias que se adopten en el contexto de la emergencia provocada por el brote de COVID-19, compete a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, en conformidad con la normativa reseñada. ([Volver](#))

2.- Facultades de la Contraloría General de la República, abstenciones, fiscalización Congreso Nacional. Dictamen N°9329, de 20 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Una persona consultó si los senadores o diputados pueden bloquearlo desde sus cuentas de redes sociales.

Fundamento: *Al respecto, cabe señalar que acorde con lo previsto en el Capítulo X de la Constitución Política de la República y en la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República las funciones de esta institución son ejercidas fundamentalmente sobre los órganos y organismos que conforman la Administración del Estado, cuya definición contiene el artículo 1° de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de esta última, sin perjuicio del control excepcional que ejerce sobre otras entidades acorde con normas especiales expresas.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

De este modo, y en concordancia con el criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N°s. 91.256, de 2016, y 31.032, de 2017, se concluye que esta Contraloría General debe abstenerse de intervenir e informar sobre el asunto planteado pues sus facultades fiscalizadoras no alcanzan al Congreso Nacional. ([Volver](#))

3.- . Dictamen N°1798/010, Dirección del Trabajo, de 5 de junio de 2020.

Hechos del caso: El gerente general de la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía de Chile requirió un pronunciamiento sobre la procedencia de dejar sin efecto, por mutuo acuerdo de las partes, un pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo, de aquellos previstos en el artículo 5 de la Ley N°21.227, que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N°19.728, en circunstancias excepcionales.

Fundamento: *II. Pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo previsto en la ley N°21.227*

(...)

De la primera de las normas antes transcritas se infiere que el empleador cuya actividad no se encuentra entre aquellas que han debido paralizar, en virtud de lo dispuesto por un acto o declaración de autoridad a que alude el artículo 1, que impide o prohíbe totalmente la prestación de los servicios contratados, está habilitado, no obstante, siempre que su actividad se haya visto afectada total o parcialmente, para suscribir con uno o más trabajadores afiliados al seguro de desempleo de la ley N°19.728, que cumplan con las condiciones previstas en el Título I de la presente ley- sea en forma personal o previa consulta de la organización sindical a la que se encuentre afiliado el respectivo trabajador- un pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo, que se regirá por las normas del Título I de la ley y por aquellas previstas en los incisos siguientes del artículo 5 en comento, del mismo Título.

A su vez, de acuerdo con lo establecido en la segunda de las disposiciones recién transcritas, para los efectos de lo dispuesto en el inciso primero de dicho precepto, se presume que la actividad desarrollada por el empleador se ha visto afectada parcialmente cuando durante el mes que precede a la suscripción del pacto sus ingresos por ventas o servicios netos del Impuesto al Valor Agregado hayan experimentado una caída igual o superior a un 30% respecto del mismo mes del año anterior.

El inciso cuarto del artículo en comento regula la forma en que empleador y trabajador y/o representante de la organización sindical respectiva que represente a este último, en su caso, deberá presentar ante la Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía -preferentemente en forma electrónica-, una declaración jurada simple, suscrita por ambas partes, a través de la cual deberán dar cuenta de la situación de hecho señalada en el inciso primero precedente, y que el trabajador o los trabajadores no se encuentran en alguna de las situaciones descritas en el inciso tercero del artículo 1 de la presente ley, según el cual, no podrá acceder a las prestaciones señaladas el trabajador que al momento de dictarse la resolución fundada prevista en el inciso anterior, hubiere suscrito con su

empleador un pacto que permita asegurar la continuidad de la prestación de los servicios durante la vigencia del evento que se trata, incluidos aquellos a que se refiere el Título II de la presente ley, que contempla los aspectos de reducción temporal de jornada de trabajo, y que implique continuar percibiendo todo o parte de su remuneración mensual; ni aquellos que perciban subsidio por incapacidad laboral durante ese periodo.

En conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 5 en análisis, con el objeto de fiscalizar lo establecido en el inciso anterior, la Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía debe remitir a la Dirección del Trabajo, mensualmente y por medios electrónicos, la nómina de empleadores y los respectivos trabajadores que suscribieron el pacto mencionado en este artículo.

Por su parte, la Dirección del Trabajo en conocimiento de estos antecedentes y de aquellos que pueda recabar en función de sus facultades fiscalizadoras, podrá determinar el incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y aplicar las sanciones que correspondan, en su caso, y derivar los antecedentes a los tribunales de justicia. Lo anterior sin perjuicio de que, cualquier trabajador que se vea afectado, por sí o a través de la organización sindical a la que se encuentre afiliado, podrá denunciar ante la Dirección del Trabajo que el pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo adolece de vicios en su celebración, o que no se cumplen las condiciones necesarias en la actividad de la empresa que justifiquen la aplicación de dicho pacto. La Dirección del Trabajo podrá requerir para tal efecto un informe del Servicio de Impuestos Internos, y a cualquier otra entidad pública o privada que permita establecer la situación real de la empresa y, en caso de verificarse la efectividad de la denuncia, deberá derivar los antecedentes a los tribunales de justicia, en conformidad con lo establecido los artículos 2 y 17 de la ley en estudio.

El inciso sexto del artículo 5 establece, entre otros efectos, los previstos e los incisos segundo y tercero del artículo 3 de la ley; esto es, el cese temporal de la obligación de prestar servicios por parte del trabajador y de la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyen remuneración, tratándose del empleador, pero se mantiene respecto de este último la de pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto las de su cargo como aquellas del trabajador, en los términos anteriormente referidos.

Por su parte, el inciso final de la norma en estudio establece que el aludido pacto producirá sus efectos a partir del día siguiente de su suscripción; no obstante, las partes podrán acordar que dichos efectos se produzcan en una fecha posterior, la cual no podrá exceder del primer día del mes siguiente a la fecha de celebración del pacto respectivo.

Precisando lo anterior cae abocarse al análisis de la materia objeto de este pronunciamiento, vale decir, la procedencia de dejar sin efecto, por mutuo acuerdo de las partes, los aspectos de suspensión suscritos en conformidad a lo dispuesto en el citado artículo 5 de la ley, y sobre los efectos que produciría dicha resciliación.

III. Resciliación del pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo

Sobre el particular, debe tenerse presente, en primer lugar, que un pacto -por ende, también un pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo- es, por definición, un acto jurídico bilateral, que se perfecciona y adquiere existencia jurídica por el acuerdo de voluntad de las partes a las que se apliquen sus efectos; voluntad que, según se apuntó, en este caso, respecto de los trabajadores, y en conformidad con la norma parcialmente transcrita y comentada, puede expresarse directamente, o con la intermediación de la organización sindical respectiva.

La consecuencia de lo ya expresado es que, si el pacto de suspensión temporal en comento se celebra y adquiere existencia jurídica por el acuerdo de voluntades, exceptuando las causas legales para su término, como el cumplimiento del plazo establecido en la ley -cuyo no es el caso en estudio-, aquel siempre podrá ser dejado sin efecto mediante el acuerdo de voluntades; en otros términos, las partes que concurrieron a su suscripción podrán ponerles término por mutuo descenso o resciliación.

A este respecto no se advierte razón alguna jurídicamente relevante que pudiera invocarse en la especie para excluir o restringir en cualquier medida la posibilidad de que las partes acuerden dejar sin efecto el pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo por ellas suscrito.

Tal como se señaló inicialmente, el sustento legal de ese principio básico se encuentra en nuestra legislación, en el artículo 1545 del Código Civil (...=

Ahora bien, atendido que la convención que deja sin efecto el pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades, al que necesariamente deben concurrir las mismas partes que acordaron su celebración, debe excluirse de plano y con prescindencia de cualquier consideración ulterior la posibilidad de que una de las partes pueda, unilateralmente, dejar sin efecto el pacto en comento.

Del mismo modo, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, las partes podrán acordar que la convención por la que se pone término al pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo opere con efecto retroactivo, lo cual importará, en lo que concierne a las prestaciones mutuas de que se trate, el pago de las remuneraciones correspondientes a los trabajadores afectados.

En cuanto a los terceros que pudieren estar involucrados, el único de ellos que está legítimamente habilitado para reivindicar alguna pretensión es la Administradora de Fondos de Cesantía, la cual, en opinión de este Servicio, resultará íntegramente satisfecha al respecto si se le restituyen íntegramente los montos correspondientes a las prestaciones enteradas a los respectivos trabajadores, en la forma y condiciones que fije el órgano público competente, vale decir, la Superintendencia de Pensiones.

En efecto, tanto en el contexto de los objetivos de la ley N°2.227, en relación con la salvaguarda de las remuneraciones y de los puestos de trabajo de los dependientes, como del rol que en dicha ley tiene

asignada la intervención de la Administradora de Fondos de Cesantía, comprometida la restitución íntegra e inmediata de lo pagado por ella a los trabajadores, no existe razón alguna ni jurídica, ni económica, que dicha entidad pudiera invocar para oponerse a que la convención que deje sin efecto el pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo opere con efecto retroactivo.

Finalmente, cabe apuntar, a mayor abundamiento, que la obligación del empleador de pagar la remuneración íntegra y la correlativa del trabajador de prestar los servicios, emanan del contrato que deja de estar suspendido, no de la convención que pone término a esa suspensión, que precisamente es tal porque no genera derechos ni obligaciones para las partes.

Atendido lo expuesto precedentemente, en opinión de esta Dirección, no existe objeción alguna para que las partes acuerden dejar sin efecto el pacto en referencia, y retrotraer sus efectos al estado anterior al de su suscripción, supuesto que implica la restitución íntegra de las sumas pagadas por la Administradora de Fondos de Cesantía, en la forma y condiciones que determine la Superintendencia de Pensiones.

IV. Resciliación de los actos de reducción temporal de jornada de trabajo

Lo expuesto en los epígrafes I y III precedentes, en referencia a la resciliación de los actos de suspensión temporal del contrato de trabajo, resulta también, en opinión de esta Dirección, plenamente aplicables tratándose de los pactos de reducción temporal de jornada de trabajo, a los que se refiere el artículo 7 y siguientes de la ley N°21.227.

En efecto, no se advierte inconveniente jurídico alguno para sostener que las partes que concurrieron a la celebración de un pacto de reducción temporal de jornada de trabajo lo dejen sin efecto mediante la convención correspondiente, puesto que todas las razones que habilitan a arribar a tal conclusión respecto de los pactos de suspensión temporal del contrato de trabajo son aplicables también a la resciliación de los pactos de reducción temporal de la jornada de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que, en caso de que las partes de la convención que pone término a un pacto de reducción temporal de jornada de trabajo, no le asignen efecto retroactivo, solo regirá hacia el futuro y no afectará el período en que el aludido pacto haya surtido sus efectos, los que no se retrotraerán al momento anterior a su celebración.

Vale decir, si el pacto tenía una duración acordada de tres meses y al término del primer mes de vigencia las partes consienten en ponerle término, los servicios prestados por el trabajador de acuerdo a la jornada de trabajo reducida, durante ese primer mes, fueron remunerados en forma proporcional, conforme con lo allí convenido, de suerte tal que, ello solo podría ser modificado retrorayendo esos efectos ya producidos mediante la voluntad de ambas partes en tal sentido.

Paralelamente, durante el período en que el pacto se mantuvo vigente, concurrían todos los requisitos legales que jurídicamente hacían procedente el pago al trabajador de la prestación complementaria

correspondiente, con cargo a los recursos de su cuenta individual por cesantía, o al Fondo de Cesantía Solidario, en su caso.

Atendido lo expuesto, si las partes acuerdan otorgarle efecto retroactivo a la resciliación del pacto, el empleador deberá pagar al trabajador los montos correspondientes al porcentaje de la remuneración que no le enteró durante el periodo en que aquel estuvo vigente y restituir a la Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía el monto correspondiente a los complementos percibidos durante el mismo período.

Por otro lado, cabe señalar que luego de dejar sin efecto la modificación del contrato de trabajado acordada mediante el referido pacto de reducción temporal de jornada de trabajo, las partes volverán a regirse por el contrato de trabajo, en sus términos originales, de suerte tal que no existiría inconveniente alguno para que aquellas pacten la suspensión temporal del contrato de trabajo, siempre que concurran los requisitos establecidos por la ley para tal efecto. ([Volver](#))