



En lo principal: **Requerimiento de inaplicabilidad.**

Primer otrosí: **Suspensión del procedimiento.**

Segundo otrosí: **Acompaña certificado.**

Tercer otrosí: **Personería.**

Cuarto otrosí: **Patrocinio y poder.**

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CAROLINA VÁSQUEZ ROJAS, RUT: 13.439.600-8, Abogado Procurador Fiscal de Santiago (S) del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, ambos con domicilio en Agustinas N° 1225, piso 4º, Santiago, a S.S.E. con respeto digo:

Que en conformidad con lo establecido en los artículos 93 N° 6 de la Constitución Política; y 79 y siguientes de la ley N° 17.997, L.O.C. del Tribunal Constitucional, deduzco requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, solicitando se declaren inaplicables los preceptos legales que se señalarán respecto de la causa rol A-1602-2020 del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, caratulada "AFP PROVIDA S.A. con FISCO".

I.) CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

Como veremos, en la gestión pendiente la AFP Provida S.A. pretende cobrar al Fisco una ingente cantidad que supera los **\$1.300 millones**. Esa suma corresponde en realidad a dos obligaciones, una principal y otra accesorias, ambas claramente delimitadas, conforme explicaremos en detalle más adelante.

La obligación principal, fijada en el fallo declarativo firme, consiste en el pago de las cotizaciones previsionales devengadas a favor de una prestadora de servicios con su correspondiente reajuste e interés. Se trata de una obligación de naturaleza resarcitoria.

En cambio, la obligación accesorias es de naturaleza sancionatoria, y consiste en el incremento exponencial de dichos intereses, abultando la acreencia de un modo desproporcionado y con un indiscutible fin disuasivo que, conforme explicaremos, no puede tener lugar respecto del Estado sin que ello involucre una flagrante lesión a normas de nuestra Carta Fundamental.

De esta suerte, el problema constitucional se produce por la imposición al Fisco de la antedicha sanción, lo que se genera por la aplicación al ente estatal de una preceptiva

diseñada, estructurada y dictada para los empleadores del ámbito privado. Así, la esencia de esta problemática guarda relación con el respeto de las diferencias sustanciales entre los órganos estatales y las empresas privadas, cuando unos y otras actúan como beneficiarios de prestación de servicios personales.

Nos encontramos frente a una cuestión central del Estado de Derecho y el orden republicano, que atañe a elementos de tanta trascendencia como la separación de poderes y el sometimiento irrestricto de los servicios públicos a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella.

Tal como acertadamente se ha fallado en esta sede, no resulta constitucionalmente tolerable el sometimiento de todas las prestaciones de servicios personales (públicas y privadas) a un bloque normativo único que desconozca sus inherentes y trascendentales diferencias, entre las que destacan:

- La relación empleador-trabajador en el ámbito privado se rige fundamentalmente por la autonomía de la voluntad (artículo 12 del Código Civil en relación con el 5º inciso tercero del Código del Trabajo), mientras que las relaciones del Estado con sus colaboradores -sean o no funcionarios *stricto sensu*- está sometida al principio de juridicidad, consagrado en la Carta Fundamental (artículos 6º y 7º);
- En el ámbito público rige la solemnidad como regla general, en tanto, en el Derecho Laboral privado la fuente elemental de las obligaciones y derechos (contrato de trabajo) es consensual por definición. Como explica un autor “(...) *el formalismo existente en las organizaciones administrativas asegura la salvaguardia y tutela de los derechos de los administrados y particulares, lo que es fundamental en un Régimen de Estado de Derecho (...)*”¹.
- Respecto de los órganos del Estado impera el principio de probidad y de “*preeminencia del interés general sobre el particular*” (artículo 52 de la LBGAE). En tanto, en el Derecho Laboral prima el principio pro operario.
- El presupuesto que determina la forma y condiciones de la contratación en la esfera pública tiene rango legal, a diferencia de las empresas, donde la definición presupuestaria es autónoma.

Por lo anterior, se ha resuelto en esta misma sede que la importación al sistema público por vía judicial de los principios y normativa laborales propios del sector privado implica, entre otros graves efectos, el desconocer “*la regulación integral de la carrera*

¹ Boloña Kelly, Germán: “Organización Administrativa”. Ed. Legalpublishing, Chile, pág. 66.

funcionaria que el susodicho artículo 38, inciso primero, constitucional, reenvía a la Ley orgánica constitucional N° 18.575” (STC 6802, considerando 6º).

Ahora, en un nuevo capítulo del desafortunado avance de la denominada “laboralización de la función pública”, veremos cómo el permitir la aplicación automática de la sanción que estamos impugnando supone una infracción de diversas normas de nuestra Carta Política.

De igual modo, el mecanismo sancionatorio sólo sería posible si se aceptase que el fallo que acogió la demanda que sirve de antecedente a la cobranza iniciada por la AFP Provida hubiere tenido la capacidad de modificar la dotación de un órgano de la Administración, soslayando lo dispuesto en la Carta Fundamental y en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE).

II.) NORMAS LEGALES CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

En concreto, solicitamos se declare la inaplicabilidad parcial de los preceptos legales que se individualizan y destacan a continuación.

- a) Inciso segundo del artículo 3º de la ley N° 17.322, sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones, sólo en aquella parte que señala: ***“Se presumirá de derecho que se han efectuado los descuentos a que se refiere ese mismo artículo, por el solo hecho de haberse pagado total o parcialmente las respectivas remuneraciones a los trabajadores”.***
- b) La frase: ***“El interés que se determine en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores se capitalizará mensualmente”***, contenida en el inciso décimo tercero del artículo 19 del D.L. N° 3500;
- c) La frase: ***“Dicho interés se capitalizará mensualmente”***, del inciso sexto del artículo 22 de la citada ley N° 17.322 sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones.

La inaplicabilidad materia de este libelo resulta indispensable, por cuanto la subsunción de la base fáctica del caso a dicha normativa acarreará como efecto inevitable la infracción de lo dispuesto en las normas constitucionales que se detallarán.

III.) ANTECEDENTES

III.1) Causa por tutela laboral, reconocimiento de relación laboral y despido injustificado. Concluida

Con fecha 29 de junio de 2016, en autos rol T-30-2016 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, se dictó sentencia respecto de las acciones interpuestas en contra del Fisco por doña ERNESTINA TORRES GUTIÉRREZ, quien prestó servicios a honorarios como

encargada administrativa de diversos programas de la Subsecretaría de Desarrollo Regional en Temuco.

En dicho fallo, el tribunal laboral resolvió en el siguiente sentido:

- a) Rechazó la acción de tutela laboral, por no verificarse indicios que hagan presumir la vulneración de derechos fundamentales;
- b) Acogió la demanda subsidiaria de despido injustificado, declarándose además la existencia de relación laboral entre las partes desde el 01 de enero de 1986 hasta el 01 febrero 2016;
- c) Condenó a la demandada al pago de las siguientes prestaciones:
 - i. Indemnización sustitutiva del aviso previo : \$1.149.654.-
 - ii. Indemnización por años de servicio (11) : \$12.646.194.-
 - iii. Incremento artículo 168 b) del Código del Trabajo : \$6.323.097.-
- d) Eximió de las costas a la defensa fiscal, por haber litigado con motivo plausible.

En relación a esto último, destaca el hecho que la sentenciadora consignó que “(...) este tribunal entiende que existe fundamento más que plausible para litigar, a lo que se suma la existencia de un contrato honorario que las partes firmaron en su oportunidad de buena fe” (lo subrayado es agregado).

En contra de dicho pronunciamiento, la defensa fiscal interpuso recurso de nulidad que fue rechazado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco con fecha 28 de octubre de 2016, en expediente rol IC N° 158-2016.

Por último, con fecha 02 de diciembre de 2016 se dictó el decreto “cúmplase”, siendo posteriormente satisfechas todas las prestaciones a través del respectivo decreto de cumplimiento expedido por el Ministerio de Justicia, de conformidad al procedimiento especial del artículo 752 del Código de Procedimiento Civil.

III.2) Causa laboral ordinaria sobre declaración y determinación de remuneraciones. Concluida

Más adelante, el 25 de septiembre de 2017, el abogado de la referida Sra. Torres Gutiérrez interpuso una nueva demanda laboral, ahora de declaración y determinación de las remuneraciones de su representada, para los efectos de iniciar a futuro el cobro de las cotizaciones adeudadas.

Así, se dio lugar a la formación de la causa rol O-789-2017 ante el mismo Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.

Por sentencia de 29 de enero de 2018, se acogió sin costas la acción incoada, estableciendo y precisando las remuneraciones para cada uno de los meses en que estuvo

vigente la declarada relación laboral. Dichas remuneraciones fluctúan entre los \$400.000 para el periodo de enero a diciembre de 1986, y \$1.264.619, para el mes de enero de 2016.

Por último, el fallo dispuso que: *“Ejecutoriada que sea esta sentencia, ofíciase a la AFP correspondiente a la demandante, para que proceda a la liquidación y cobro de las cotizaciones previsionales pertinentes”*.

En contra de la reseñada sentencia sólo la defensa fiscal dedujo recurso de nulidad que fue rechazado por la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco con fecha 28 de mayo de 2018, en causa rol IC N° 66-2018.

Finalmente, el decreto “cúmplase” fue emitido el 11 de julio de 2017.

III.3) Causa de Cobranza Previsional. Gestión actualmente pendiente

Por demanda de 31 de agosto de 2020, la Administradora de Fondo de Pensiones AFP Provida S.A., interpuso acción ejecutiva en contra del Fisco ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional con asiento en Santiago, rol A-1602-2020, solicitando acogerla en todas sus partes y ordenar despachar mandamiento de ejecución y embargo por la suma **\$20.753.553**, más los reajustes, intereses, recargos y costas que se determinen al momento del pago efectivo, disponiendo seguir adelante la ejecución hasta el integro pago de lo adeudado, todo con costas.

La aludida cifra, corresponde a la sumatoria de las cotizaciones de la ex colaboradora Sra. Torres, afiliada a AFP Provida, por cada uno de los meses comprendidos en la relación declarada laboral por la sentencia del año 2016.

Sin embargo, con fecha 18 de enero de 2022, se pone en conocimiento de las partes la liquidación del crédito elaborada por el Tribunal, arrojando como resultado la sorprendente suma de **\$1.335.217.165.-**

DETALLE DE LIQUIDACIÓN

Tribunal: J.Mo. Cob. Laboral y Previsional de Santiago
 Fecha de Liquidación: 18/01/2022
 RIT Causa: A-1602-2020

Demandante: Administradora de Fondo de Pensiones Provida Representante: **Monto Total Liquidación :\$1.335.217.165**
 R.I.T Demandante: 7620756-6 R.I.T Representante:
 Demandado: FISCO DE CHILE - CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO Representante:
 R.I.T Demandado: 8180000-4 R.I.T Representante:

Monto Total Liquidación: \$1.335.217.165

Total Liquidación

Periodo	Periodo de Representación	Fecha a Liquidar	Saldo Contable	Saldo Bruto	Reajuste %	Monto Reajuste	Capital Reajustado	Interés %	Monto Interés	Recargo AFP 1%	Monto Recargo AFP 1%	Total Fondo	Recargo AFP 0,5%	Monto Recargo AFP 0,5%	Total Liquidación
1-1986	1-1986	30/11/1986	23.217	23.217	100,00	0,000	23.217	20,00	4643,40	100,00	23.217	47070,40	0,00	0,00	47070,40

En contra de dicha liquidación, dedujimos objeción por escrito de 21 de enero de 2022, confiriéndose traslado por resolución de 25 de enero siguiente.

Es importante mencionar que la liquidación no presenta errores numéricos o de cálculo, sino que únicamente jurídico-constitucionales.

A la fecha, el incidente en cuestión se encuentra pendiente de resolución.

IV.) SÍNTESIS DEL REQUERIMIENTO

En concreto, pedimos que se declaren inaplicables aquellas partes de las normas reseñadas que hacen posible que se aplique a mi parte una cuantiosa sanción pecuniaria, consistente en incrementar el interés que se devenga respecto del pago de las cotizaciones mediante la capitalización de los mismos, es decir, incurriendo en un anatocismo excepcionalmente permitido para este caso y sobre la base de aplicar una presunción de derecho en cuanto a que mi parte incurrió en un comportamiento ilícito, esto es, el haber descontado las cotizaciones sin enterarlas en el organismo previsional respectivo.

Sólo a modo ejemplar, considere S.S.E. que, para la cotización del mes de enero de 1994, se aplica un incremento que alcanza el **16.671,01%** sólo por concepto de interés; de esa forma, la deuda para dicho mes se transforma desde \$82.045 (capital) a \$19.926.274 (total a pagar) y así, sucesiva y exponencialmente, como se aprecia en esta imagen:

Periodo Ingresado	Periodo Actualizar	Fecha a Liquidar	Saldo Cotización	Saldo Deuda	Reajuste %	Monto Reajuste	Subtotal Reajustado	Interes %	Monto Interes	Recargo Afiliado %	Monto Recargo Afiliado	Total Fondo	Recargo AFP %	Monto Recargo AFP	Total Liquidación
1-1994	1-1994	18/01/2022	82.045	82.045	20,8	17.065	99.110	16.671,01	16.522.638	3.334,2	3.304.526	19.926.274	0	0	19.926.274
2-1994	2-1994	18/01/2022	82.649	82.649	20,8	17.191	99.840	16.243,9	16.217.910	3.248,78	3.243.582	19.561.332	0	0	19.561.332
3-1994	3-1994	18/01/2022	83.689	83.689	20,8	17.283	100.372	15.698	15.736.397	3.138,6	3.131.279	19.006.048	0	0	19.006.048
4-1994	4-1994	18/01/2022	83.801	83.801	20,8	17.431	101.232	15.211,83	15.399.240	3.042,36	3.079.842	18.580.314	0	0	18.580.314
5-1994	5-1994	18/01/2022	84.376	84.376	20,8	17.590	101.926	14.725,26	15.006.869	2.945,05	3.001.772	18.112.567	0	0	18.112.567
6-1994	6-1994	18/01/2022	85.324	85.324	20,8	17.747	103.071	14.243,3	14.680.712	2.849,66	2.936.142	17.719.925	0	0	17.719.925
7-1994	7-1994	18/01/2022	85.984	85.984	20,8	17.885	103.869	13.757,8	14.290.089	2.751,58	2.858.018	17.251.976	0	0	17.251.976
8-1994	8-1994	18/01/2022	86.475	86.475	20,8	17.987	104.462	13.268,25	13.858.190	2.653,25	2.771.638	16.734.290	0	0	16.734.290
9-1994	9-1994	18/01/2022	87.291	87.291	20,8	18.157	105.448	12.895,15	13.597.678	2.579,03	2.719.536	16.422.662	0	0	16.422.662
10-1994	10-1994	18/01/2022	87.889	87.889	20,8	18.281	106.170	12.513,48	13.385.962	2.502,69	2.657.105	16.048.838	0	0	16.048.838
11-1994	11-1994	18/01/2022	88.365	88.365	20,8	18.364	106.769	12.125,94	12.946.339	2.425,11	2.589.266	15.642.374	0	0	15.642.374
12-1994	12-1994	18/01/2022	88.921	88.921	20,8	18.496	107.417	11.796,36	12.660.554	2.357,27	2.532.109	15.300.080	0	0	15.300.080
1-1995	1-1995	18/01/2022	88.880	88.880	20,8	18.487	107.367	11.468,98	12.313.900	2.293,75	2.462.774	14.884.041	0	0	14.884.041

De esta suerte, en la fase de ejecución, se pretende exigir el pago de una exorbitante cantidad de dinero que tiene su origen en la aplicación al Fisco de un elevadísimo interés sancionatorio que castiga una omisión que no le era exigible al órgano público, lo que genera un evidente efecto de inconstitucionalidad.

Ciertamente, como anticipamos, la desmesurada carga que se impone al erario público sólo se “justifica” por la subsunción del caso a una normativa previsional específica, que está destinada a castigar a aquellos empleadores privados que, deliberadamente,

incumplieron el deber de enterar las cotizaciones de sus trabajadores en la oportunidad que correspondía.

Así, se obliga al Fisco no sólo a pagar las cotizaciones devengadas durante décadas, corregidas monetariamente por IPC; sino que, además, se incrementa dicha obligación exponencialmente con una tasa de interés COMPUESTO² y aumentada en un 50%, dejando en evidencia la naturaleza indiscutiblemente punitiva del mecanismo.

Para graficar el efecto y repercusiones irracionales de la situación generada, basta con efectuar una proyección de la futura pensión bruta a que la podría acceder la señora Torres de permitirse la aplicación de las normas censuradas:



Para arribar a este cálculo prospectivo hemos ingresado los datos al simulador que proporciona la propia demandante AFP Provida S.A. en su sitio web³.

Lo anterior, no sólo desafía la lógica y el sentido común, sino que además configura un privilegio antijurídico a favor de la demandante, al romper el trato igualitario en relación con las restantes personas que prestan servicios al Estado (infracción al artículo 19 N° 2 de la CPR).

Adicionalmente, en lo que respecta al Fisco, la situación explicada envuelve un caso paradigmático y grave de HOMOLOGACIÓN ARBITRARIA, al someter al órgano estatal al mismo tratamiento normativo que rige para los empleadores privados, pese a estar en circunstancias muy disímiles, tanto desde la perspectiva fáctica como jurídica. En suma, se trata igual a los desiguales (otra transgresión al artículo 19 N° 2 de la CPR).

La interrogante constitucionalmente sustantiva en este punto es la siguiente: Luego de la reconversión retroactiva de un contrato de honorarios a uno individual de trabajo, ¿Es jurídicamente admisible que un órgano estatal sea tratado para efectos sancionatorios de

² Los intereses devengados se capitalizan, pasando a integrar la base sobre la cual se vuelve a aplicar nuevamente la tasa de interés del periodo siguiente.

³ <https://www.provida.cl/tramites-servicios/simuladores/>

la misma forma que lo sería una entidad privada?. La respuesta nos parece claramente negativa.

Asimismo, exigir al Fisco el pago de esta desmesurada suma de dinero por concepto de recargos por no haber enterado las cotizaciones previsionales que corresponderían a la demandante en sede laboral, bajo la presunción de derecho de que éstas fueron descontadas de la remuneración, redundando en la imposición de una sanción, lo que es irrefragablemente inconstitucional ya que se le está sancionando por haber omitido un acto cuya ejecución la autoridad estaba impedida de efectuar por mandato legal.

Resulta manifiesto que al amparo de las normas citadas se impone al Fisco una cuantiosa sanción, sin que exista un comportamiento previo, exigible e infringido; es decir, una PENALIDAD QUE NO ESTÁ PRECEDIDA DE UNA CONDUCTA (artículo 19 N° 3, incisos 1° y final de la CPR).

Finalmente, al **presumir de derecho** que el Fisco descontó y retuvo cotizaciones previsionales de la señora Torres, beneficiaria afiliada a AFP Provida, se afecta gravemente el PRINCIPIO DE JURIDICIDAD presupuestaria, la carrera funcionaria y la reserva legal en la creación de cargos y empleos fiscales (artículos 6, 7, 63 N° 2 y 14; 65 incisos 1° y 4° N° 2 y 4; y 100 de la CPR).

En el caso del empleador privado lo que hace finalmente la norma es el relevo de prueba para el trabajador y la AFP, respecto de un hecho desconocido pero probable, esto es, que el empleador haya efectuado el descuento sin enterarlo en la AFP respectiva. Sin embargo, respecto del Fisco la presunción opera como la imputación de un hecho jurídicamente imposible, pues la Subsecretaría de Desarrollo Regional que pagó los honorarios a la señora Torres estaba legalmente inhabilitada de efectuar tales descuentos.

Es importante subrayar que esta defensa obviamente no se opone a cumplir el fallo firme que ordenó el pago de cotizaciones en forma retroactiva, sino que únicamente instamos por evitar que se consolide una situación que, atropellando normas de la Carta Fundamental, persigue obligar al Fisco al pago de intereses y recargos sancionatorios, sin que haya mediado una conducta u omisión ilícita que justifique tal proceder.

El debate en torno a la preexistencia de una relación laboral regida por el Código del Trabajo está fenecido y no pretendemos revivirlo, a pesar de que mantenemos nuestra opinión. Tampoco intentamos discutir si la beneficiaria afiliada a AFP Provida S.A. tiene o no derecho al pago retroactivo de las cotizaciones previsionales, con reajuste y rentabilidad razonable. De esta manera, lo único que está en discusión es si resulta constitucionalmente aceptable que el Fisco sea condenado a pagar ingentes intereses que configuran un recargo punitivo por el incumplimiento de una obligación pecuniaria que no estuvo en posibilidad

de satisfacer en la pretérita oportunidad que se utiliza como presupuesto básico para su determinación.

V.) CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Los requisitos de admisión que debe cumplir una acción de esta especie están descritos en el artículo 82 de la LOC del Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 93 de la Carta Fundamental.

Atento a lo anterior, el escrito que contenga la acción debe satisfacer las siguientes exigencias:

- a) La existencia de una gestión pendiente;
- b) Que la acción sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto;
- c) Que la aplicación del o los preceptos legales pueda resultar decisivo en la resolución del asunto;
- d) Que el precepto legal no haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal en el ejercicio del control preventivo, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; y
- e) Que el libelo esté razonablemente fundado.

A continuación, explicaremos la forma en que se cumplen cada uno de estos requisitos en el presente caso.

V.1) Gestión pendiente

La gestión pendiente corresponde a un proceso judicial de cobranza previsional actualmente en curso y seguido en contra del Fisco de Chile con arreglo a lo previsto por la Ley 17.322, ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, bajo el rol A-1602-2020.

En dicha gestión pendiente, mi parte ha impugnado la procedencia del cobro de los intereses e incrementos señalados, según consta en escrito de objeción de la liquidación de crédito de fecha 18 de enero de 2022, presentado con fecha 21 de enero de 2022, confiriéndose traslado por resolución de 25 de enero siguiente.

Como se adelantó, la cuestión aún no ha sido resuelta por sentencia ejecutoriada, encontrándose, por tanto, pendiente.

A este respecto, y a fin de despejar cualquier duda acerca de la admisibilidad de nuestra acción, cabe mencionar que S.S.E. recientemente declaró admisible un requerimiento presentado por el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) en autos rol N° 12.309, en el que se pretende la inaplicabilidad de ciertos preceptos en la gestión de cobranza “AFP

Habitat con Servicio Agrícola y Ganadero”, RIT A-2301-2014, del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago.

Aunque dicho requerimiento presenta diferencias sustantivas ostensibles en relación al nuestro, resulta ilustrativo tenerlo a la vista para los efectos de concluir que la admisibilidad no puede ser debatida.

V.2) Legitimación activa

Según consta en el certificado que se acompaña a esta presentación, el Fisco de Chile, legalmente representado por el Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, tiene la calidad de parte demandada en la gestión judicial pendiente que ha sido reseñada en el apartado anterior, por tanto, goza de plena e indudable legitimación para solicitar la inaplicabilidad materia de este escrito.

V.3) Carácter decisivo de los preceptos impugnados

Es preciso consignar que esta defensa fiscal no está formulando de modo alguno un reproche o impugnación en contra de la constitucionalidad de las normas legales *in abstracto*. Por cierto, en este caso la problemática se produce sólo con la aplicación de las normas en este caso concreto y únicamente respecto del órgano estatal en cuya representación comparezco.

Ahora bien, como se analizará más adelante, no cabe duda que se trata de normas de rango legal que tienen la naturaleza de *decisorio litis*, toda vez que es al amparo de ellas y sólo de ellas, que se coloca al Fisco en la calidad de deudor de una suma incrementada exorbitantemente, siendo dicha deuda la materia del procedimiento ejecutivo laboral indicado.

Ciertamente, la supresión de dicha preceptiva para los efectos de este pleito no generará que las cotizaciones sean despojadas de una rentabilidad asociada, pues de hecho la tendrán. Así, únicamente pretendemos que se declaren inaplicables aquellas que dan lugar a un incremento **sancionatorio**, exponencial y desmesurado de la deuda que se produce como una consecuencia punitiva de un diseño normativo previsto para aquellos empleadores que, estando en posición de cumplir con la obligación de retener y enterar las cotizaciones, hubieren quebrantado tal deber.

Con todo, es dable recordar que al Tribunal Constitucional sólo le compete verificar la posibilidad que el precepto legal pueda ser aplicado a un caso determinado, para que sea admisible en examen de constitucionalidad. A la Carta Fundamental le basta que exista esa posibilidad de aplicación, quedando el asunto en condiciones para que el Tribunal deba

entrar al fondo del asunto y pronunciarse acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que pueda afectarle (STC 505, considerando 11º).

V.4) El precepto no fue objeto de control preventivo

Tampoco concurre en este caso la causal de inadmisibilidad que excluye de la inaplicabilidad la revisión de preceptos que hayan sido objeto de control preventivo, sea obligatorio o a requerimiento.

V.5) Fundamentación razonablemente expuesta

La jurisprudencia de este Excmo. Tribunal ha ilustrado acerca del sentido y alcance de este requisito.

Así, se ha sentenciado que *“la fundamentación razonable implica una suficiente y meridiana motivación y fundamentos suficientemente sólidos, de tal modo articulados, que hagan inteligible para el tribunal la pretensión que se hace valer y la competencia específica que se requiere. Se iguala a la expresión de fundamento plausible”* (STC 2805, considerando 10º).

Estimamos que este requisito se encuentra sobradamente cumplido, toda vez que en este escrito se exponen detalladamente las razones fácticas y jurídicas con arreglo a las cuales se produce un vicio de constitucionalidad con efectos de enorme magnitud e impacto en el erario público.

Todas nuestras afirmaciones están debidamente respaldadas con una construcción argumental coherente y armónica que conduce de un modo llano a las conclusiones que se explicitan.

V.6) No se trata de un problema de mera legalidad

No estamos frente a un problema de mera legalidad, interpretativo o de elección de estatutos normativos que resuelvan la disputa.

Nada de ello, pues, en la especie, no existen dudas hermenéuticas de ningún tipo.

Si bien es cierto que las normas cuya inaplicabilidad se solicita ofrecen algún grado de complejidad técnica, ésta sólo se refiere al proceso matemático-financiero que involucra. La aplicación jurídica, en cambio, no genera dudas ni disputa alguna.

El silogismo previsto por el legislador es de gran simpleza: Dado un empleador condenado a pagar cotizaciones devengadas en periodos anteriores, será obligado a enterar éstas adicionando el reajuste por IPC y el incremento punitivo que se establece. No hay excepciones, no hay atenuantes, no hay desvíos ni segundas lecturas.

En suma, estamos frente a un ejemplo paradigmático de control concreto de constitucionalidad, donde lo único que cabe analizar es si la aplicación de una normativa clara y perentoria genera o no una violación de normas contenidas en la Carta Fundamental.

VI.) ANÁLISIS DE LAS NORMAS CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA Y SU CARÁCTER DECISORIO LITIS

A continuación veremos la forma en que operan los preceptos sub-lite con la finalidad de demostrar por qué se trata de normas decisivas y determinantes en la resolución de la disputa.

En nuestro sistema de capitalización individual las cotizaciones son patrimonialmente solventadas por el trabajador. Así lo ordena el artículo 17 del D.L. N° 3500, que establece: *“Los trabajadores afiliados al Sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles”*.

Al empleador, por su parte, le corresponde simplemente actuar como agente retenedor y pagador, de conformidad al artículo 58 del Código del Trabajo que prevé: *“El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social, las cuotas sindicales en conformidad a la legislación respectiva y las obligaciones con instituciones de previsión o con organismos públicos”*.

El artículo 19 del D.L. N° 3500 complementa lo anterior estableciendo la obligación patronal en cuanto que: *“Las cotizaciones establecidas en este Título deberán ser declaradas y pagadas por el empleador (...)”*, lo que resulta lógico, pues es él quien las ha retenido previo al pago del emolumento correspondiente.

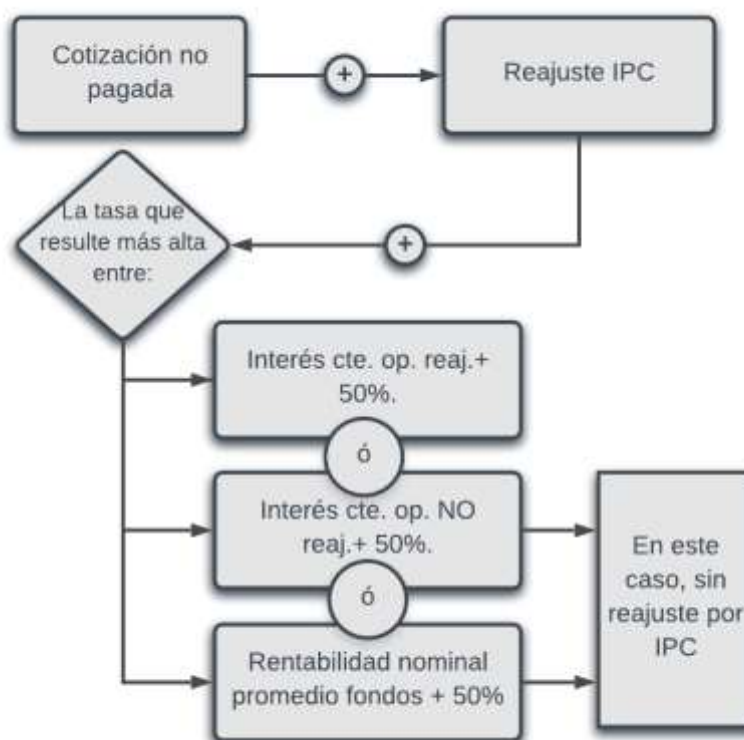
Sin embargo, el inciso 2º del artículo 3º de la ley sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones establece una importante norma de relevo probatorio, al consignar -como dijimos- una presunción de derecho que, como tal, no admite prueba alguna en contrario. La presunción consiste en que, pagada la remuneración, se entiende efectuado el descuento previsional, en este caso, 10%. Es decir, la norma presume la perpetración de un acto antijurídico sin que se permita controversia ni defensa alguna a su respecto.

Luego, efectuado el descuento, ya real, ya presuntivamente, en el evento que el empleador no lo pague en la institución previsional respectiva oportunamente, devengará reajustabilidad conforme a la variación del IPC, lo que es obvio, pues se busca corregir el efecto inflacionario que el retardo haya podido tener.

En adición a lo anterior y, por aplicación de las normas cuya inaplicabilidad se pide, cada una de las cotizaciones se verá incrementada con una finalidad punitiva en aquella tasa que resulte mayor en el cotejo entre las siguientes:

- a) Interés corriente para operaciones reajustables, más reajuste según IPC y más 50%;
- b) Interés corriente para operaciones NO reajustables, más 50%; o
- c) Rentabilidad nominal promedio de los últimos 12 meses, de todos los fondos de pensiones, más 50%.

La operatoria se explica en el siguiente diagrama de flujo.



Ha de tenerse presente que el interés corriente referido se calcula **capitalizándolo**, por expresa disposición de la norma, de modo tal que los intereses atrasados pasan a formar parte de la base de cálculo del interés del mes que sigue y así sucesivamente. Esto pues tanto la frase contenida en el inciso décimo tercero del artículo 19 del D.L. N° 3.500 como aquella del inciso sexto del artículo 22 de la Ley N° 17.322, que se impugnan, disponen que el interés se capitalizará mensualmente.

Como puede apreciarse, se trata de un caso de anatocismo que por regla general no procede en el pago de obligaciones pecuniarias, con arreglo al artículo 1559 N° 6 del Código Civil, pero en este caso se encuentra legalmente consagrado con un consabido fin sancionatorio.

En definitiva, las normas cuya inaplicabilidad se solicita serán indudablemente decisivas al momento de resolver la controversia, dado que el único fundamento jurídico de los incrementos objetados descansa en los citados preceptos.

VII.) CONFLICTO CONSTITUCIONAL

La aplicación a la gestión pendiente de las normas legales señaladas, traerá como efecto necesario la conculcación de los siguientes preceptos constitucionales, cuyo tenor se reproduce para una adecuada comprensión:

- a) Artículo 19 N° 2: *“La Constitución asegura a todas las personas: (...) 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”.*
- b) Artículo 19 N° 3, inciso 1º y final: *“La Constitución asegura a todas las personas: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. (...) Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.*
- c) Artículo 6º: *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.
Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.
La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.*
- d) Artículo 7º: *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.
Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.*
- e) Artículo 63 N° 2 y 14: *“Sólo son materias de ley: (...) 2. Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley. (...) 14. Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”.*
- f) Artículo 65 incisos 1º y 4º N° 2 y 4: *“Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores. (...)”*

*Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:
(...)*

2º.- Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

(...)

4. Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, con excepción de las remuneraciones de los cargos indicados en el inciso primero del artículo 38 bis, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes”.

g) Artículo 100: “Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago”.

Revisaremos ahora detalladamente la forma en que se produce la transgresión de la preceptiva constitucional enunciada.

VII.1) Infraacción al artículo 19 N° 2 de la Constitución

El artículo 19 N° 2 consagra la igualdad ante la ley. Agrega también que en Chile no hay persona ni grupos privilegiados, proscribela esclavitud, establece la igualdad entre hombres y mujeres y, por último, prohíbe las discriminaciones arbitrarias. Todo este conjunto de mandatos configura el contenido de la igualdad ante la ley como derecho fundamental de nuestro acervo jurídico republicano.

Pues bien, la aplicación de los preceptos legales que se impugnan en este recurso generan efectos contrarios al 19 N° 2 en dos formas. La primera es porque tal aplicación trata igualmente a quienes, por mandato legal y constitucional, son desiguales. La segunda es porque con la aplicación referida se genera un privilegio que es insostenible desde la perspectiva del derecho y que descansa en una arbitrariedad.

Sobre ambas normas nos detendremos a continuación.

VII.1.1) Vulneración de la igualdad ante la ley en cuanto las normas impugnadas generan un trato igual a los desiguales.

Como ya ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, no sólo en Chile sino que también en el mundo, la igualdad ante la ley puede afectarse cuando se establecen diferencias arbitrarias y también cuando se trata igual a quienes están en posiciones jurídicas o fácticas distintas.

La jurisprudencia de este Excmo. Tribunal lo ha establecido así en numerosas sentencias:

“(...) la igualdad ante la ley consiste en que sus normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación pero, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas. Esa misma jurisprudencia reitera que, acorde con el inciso segundo del referido artículo 19, N° 2, si es que deben hacerse diferencias entre iguales, éstas no pueden ser arbitrarias, esto es, sin fundamentos o por motivos ajenos a la cuestión” (STC 3570, y en el mismo sentido STC 3702, STC 4078 y STC 4836, entre otros).

La doctrina también ha hecho eco de esta misma máxima. Como otrora escribió el Ministro señor Miguel Fernández: *“(...) discriminar significa tratar igual a los que son diferentes, precisamente en aquello que los distingue, y de modo diverso a los que son iguales, justamente en lo que tienen de semejantes, con lo cual la constitución proscribe tanto las discriminaciones directas, cuanto las indirectas o que operan al revés”*⁴.

De esta forma entonces, la Constitución proscribe no sólo la diferencia arbitraria sino también la homologación de igual carácter. Es decir, el proceso por el cual equivocadamente se somete a personas y circunstancias disímiles a un tratamiento legal unívoco, sin temperar de manera alguna las diferencias y el impacto consecuencial que éstas puedan tener.

Estamos ni más ni menos que en el ámbito tradicional de la noción de igualdad, en tanto garantía básica, lo que algunos autores denominan igualdad general, tradicional o aristotélica.

¿Por qué decimos que la aplicación de los artículos que se impugnan genera un trato igual entre los desiguales? Eso es lo que analizaremos a continuación.

⁴ Fernández González, Miguel Ángel: “Principio de Igualdad ante la Ley”. Ed. LexisNexis, pág. 208.

VII.1.2) Razones por las cuales el órgano estatal no puede ser homologado a los restantes empleadores

En efecto, el Estado y los órganos públicos han estado desde los orígenes del constitucionalismo, y aún antes, sometidos a normas constitucionales que dan vida al Estado de Derecho, en particular, los artículos 6 y 7 del Código Político. En virtud de ellas el Estado debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella sin que prime en sus actos y contratos el principio de autonomía de la voluntad. Igualmente actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de sus competencias y en la forma que prescribe la ley.

Por ello, es que no pueden atribuirse otra autoridad o competencia que la que expresamente le hubiere conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

A las normas señaladas, artículos 6 y 7 de la Constitución, debe agregarse también otras normas constitucionales que dan cuenta del bloque de legalidad en materia presupuestaria. Así, el artículo 100 dispone que para cursar pagos por parte de los órganos del Estado un decreto o resolución expedido por órgano competente *“en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto”*. Igualmente el artículo 65 N° 2 de la Constitución dispone que será materia de ley la creación de empleos rentados, sean fiscales, semifiscales o de las empresas del Estado. Y el mismo artículo en su numeral 4 establece como materia de ley la fijación de remuneraciones y otros beneficios del personal en servicio de los órganos de la Administración del Estado.

Todas estas normas dan forma al principio de legalidad en materias vinculadas al gasto público y, por tanto, también a la contratación. Ello impide que, al momento de aplicar normas vinculadas con la contratación de servicios personales, se siga pura y simplemente las disposiciones que rigen al sector privado.

Así las cosas, la aplicación automática e irreflexiva de la elevada sanción que contemplan los artículos impugnados del D.L. N° 3500 y la ley N° 17.322, implica desconocer que el órgano estatal, a diferencia del empleador privado, no estuvo legalmente habilitado para efectuar el descuento y posterior pago de las cotizaciones objeto de la cobranza laboral, circunstancia que le impidió cumplir en aquella oportunidad el deber que le da sustento a la elevada penalidad.

En este caso, AFP Provida sólo ha podido efectuar la cobranza de cotizaciones previsionales porque previamente una sentencia judicial declaró la existencia de una relación laboral entre la afiliada y el Fisco de Chile, y posteriormente, también por sentencia judicial, se declaró que el Fisco de Chile debía pagar las cotizaciones y se ordenó oficiar a la citada APF para que procediera a la liquidación y cobro de cotizaciones. El fundamento de

tal declaración radica en que la señora Torres, afiliada a AFP Provida, fue contratada por el Estado al amparo del artículo 11 del Estatuto Administrativo, sin embargo, en la práctica el desarrollo del *iter* contractual dio cuenta de una prestación de servicios que no encajó en labores “*no habituales o accidentales*” del organismo y tampoco en la figura del “*cometido específico*”, como dispone dicha norma.

Atento a lo anterior, los Jueces han optado por la **mutación** del tipo contractual (de honorarios a contrato de trabajo) con la finalidad de dar lugar al pago de las prestaciones de naturaleza previsional⁵.

Pero, dicha reconstrucción intelectual obviamente no puede modificar las limitaciones legales y constitucionales que tenían y siguen hoy teniendo los órganos de la Administración del Estado. Tal mutación no puede tener la virtud de dejar sin aplicación normas constitucionales fundantes de nuestro ordenamiento como es el principio de legalidad. Y si lo pretende hacer, como ocurriría en caso de aplicarse las normas que se han impugnado, estaríamos ante una evidente infracción del artículo 19 N° 2 pues estaría igualándose al sector privado y sus reglas de contratación laboral con aquellas que rigen al sector público el que, como hemos visto, está sometido al principio de legalidad y a la legalidad en materia presupuestaria. Nada de esto existe en el sector privado.

Por ello es que al declarar inaplicables las normas que se han cuestionado se corrige esa desigualdad impidiendo que el Estado desembolse cuantiosas cantidades de presupuesto público para financiar sanciones impuestas por el legislador a los empleadores que evaden el pago de cotizaciones previsionales de sus dependientes, reteniendo para sí el monto que ellas representan.

En definitiva, en el caso que nos ocupa, el rompimiento de la igualdad tiene su origen en la sanción que se aplica al imponer la recomposición del fondo previsional de la beneficiaria afiliada a AFP Provida, aumentado en un monto considerable por la supuesta obligación que el Estado tenía de descontar las cotizaciones de la remuneración. Sin embargo, este razonamiento -que podría tener sentido para un contratante privado- no lo tiene para el Fisco de Chile, pues éste nunca tuvo ni pudo tener tal obligación pues no tiene autorización legal para contratar en modalidades distintas a aquellas contempladas para el sector público.

⁵ Sin perjuicio de lo anterior cabe señalar que esta mutación de un contrato a honorarios a un contrato de trabajo es del todo extraña a nuestro sistema jurídico, ya que, si el contrato de honorarios no cumple con los requisitos y formalidades que la ley establece para su validez, su sanción es la nulidad, pero en caso alguno su mutación o transformación en otro contrato de diferente naturaleza.

VII.1.3) Infracción al principio de igualdad por configuración de un privilegio desproporcionado a favor del demandante

El efecto de inconstitucionalidad en lo referido a la igualdad no se agota en lo explicado precedentemente. Por cierto, no pasará inadvertido al criterio de S.S.E. que la aplicación de las normas sub-lite traerá también como consecuencia que la beneficiaria, señora Torres, acumulará con cargo al erario nacional un millonario saldo en su cuenta de capitalización individual, que la coloca en una situación injustificada de privilegio en relación con los restantes funcionarios públicos y trabajadores cotizantes del sistema.

Ciertamente, ningún funcionario público podría jamás haber obtenido un nivel de rentabilidad en su fondo de pensiones, que le permita acumular el millonario monto que se vería forzado a pagar el Fisco, en el evento que sea aplicada al caso la preceptiva cuestionada.

Con este mecanismo se construye artificialmente un fondo que nunca estuvo expuesto a las vicisitudes y vaivenes del mercado bursátil, que sólo generó ganancias ininterrumpidamente durante varias décadas y a una tasa de rentabilidad insólita que ninguna inversión es capaz de ofrecer.

Como expusimos (supra IV), en caso de no declararse la inaplicabilidad la señora Torres quedaría en condiciones de recibir una pensión bruta que ascendería a más de **\$8.000.000**, que representan cerca del **770%** de su última remuneración en actividad que ascendió a \$1.150.000, aproximadamente.

Este escenario resulta aún más irracional e incomprensible si consideramos que en nuestro país el monto promedio de las pensiones de jubilación apenas supera levemente los \$257.000.

Los montos de las jubilaciones en Chile: Pensiones autofinanciadas alcanzaron en promedio los \$257.428 en junio

Una ficha elaborada por la Superintendencia de Pensiones dio cuenta además de que, existe una fuerte brecha entre los montos que reciben hombres y mujeres.

12 de Noviembre de 2021 | 12:26 | Por Ignacia Munita C., Emol

Contrariando esta preceptiva constitucional, la aplicación de los preceptos legales impugnados al caso concreto trae como consecuencia ineludible la generación de un cotizante privilegiado arbitrariamente.

Por cierto, en el caso de la beneficiaria de AFP Provida, señora Torres, no cabe duda que la desmesurada acreencia determinada a su favor la posiciona en un sitial de privilegio ilógico, desproporcionado y absurdo, que sólo tiene por causa la aplicación de las normas cuya censura estamos solicitando para este caso.

VII.2) Vulneración al artículo 19 N° 3 de la Constitución

El artículo 19 N° 3 de la Constitución reconoce un haz de derechos que usualmente se vinculan con el debido proceso y los principios de un justo y racional procedimiento. Así reconoce el derecho a la defensa judicial efectiva, el principio de legalidad, el derecho al juez natural, la tutela judicial efectiva y tantos otros que se insertan dentro de la protección que la Constitución da a la persona en el ejercicio de sus derechos.

La aplicación de las normas impugnadas al caso concreto lesiona la esfera de protección que el 19 N° 3 despliega en los derechos fundamentales y su relación con la potestad sancionadora.

En palabras, de Hans Kelsen una sanción es *“la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos”*⁶.

De lo anterior se infiere que no cabe una respuesta represiva del derecho sin que exista previamente un comportamiento sancionable; un acto u omisión voluntaria que quebrante el orden normativo haciendo merecedor a su autor, persona natural o jurídica, de una consecuencia negativa, que se traducirá en la afectación de sus derechos patrimoniales o extrapatrimoniales.

Lo dicho tiene expresión constitucional. En efecto, el artículo 19 N° 3 en su inciso final establece que nadie pueda ser condenado a una pena *“sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*. Es decir, supone no solo una norma que describa la conducta sino que también la existencia de una conducta contraria a derecho.

En la gestión pendiente estamos frente a una sanción que nace de una no-conducta, es decir, de la imposibilidad de desplegar una conducta distinta. Esto es lo que genera que la aplicación de las normas cuestionadas al caso concreto genere también una vulneración del citado artículo 19 N° 3.

⁶ Kelsen, Hans: “Teoría Pura del Derecho”. Ed. Eudeba, año 2006, pág. 56.

VII.2.1) Las normas impugnadas imponen una sanción

Dos de las normas impugnadas imponen una sanción.

Se trata del inciso décimo tercero del artículo 19 del D.L. N° 3500 en la frase que establece que *“El interés que se determine en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores se capitalizará mensualmente”* y el inciso sexto del artículo 22 de la citada ley N° 17.322 sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones donde dice *“Dicho interés se capitalizará mensualmente”*.

A fin de demostrar la naturaleza sancionatoria del incremento que prevé la normativa cuestionada, hemos de acudir tanto a la historia fidedigna de su establecimiento como a la esencia misma del mecanismo.

Ocurre que hasta el año 1993 la tasa de interés que se aplicaba al reintegro de las cotizaciones atrasadas era simple o lineal. Sin embargo, aquello cambió de forma radical al año siguiente, con la entrada en vigencia la ley N° 19.260, que introdujo una modificación de gran importancia a los artículos 19 del D.L. N° 3500 y 22 de la ley N° 17.322, estableciendo que el interés en cuestión se capitalizaría mensualmente.

El motivo de dicha reforma fue la constatación empírica en cuanto a que a las empresas les resultaba económicamente conveniente declarar las cotizaciones pero retardar su pago, puesto que la rentabilidad que el dinero podía generar en el mercado financiero o en las operaciones propias de su giro era superior al interés moratorio que finalmente debían satisfacer al pagar fuera de plazo.

En resumen, no había un disuasivo real y efectivo que reprimiera adecuadamente la conducta ilícita de retención indebida del dinero de los trabajadores cotizantes.

Por ello, en el Mensaje Presidencial del año 1992 que dio origen a la reforma, se lee lo siguiente:

“Lo anterior se hace considerando que el sistema actual, al no establecer la capitalización de los intereses, importa aplicar interés simple a las referidas sumas adeudadas, lo que incentiva a los empleadores a postergar el pago de las imposiciones. En efecto, en la medida en que el Sistema Financiero deba contratar créditos con interés compuesto, al empleador moroso le resulta más conveniente utilizar las sumas correspondientes a imposiciones previsionales, las que devengan interés simple. Esta situación resulta aún más conveniente para el empleador en la medida que posterga por mayor tiempo el pago de las cotizaciones adeudadas”⁷.

Posteriormente, durante la discusión en particular en el seno de la Comisión respectiva se consignó el siguiente acuerdo:

⁷ Mensaje de 21 de enero, 1992. Sesión 35. Legislatura 323.

“La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, aprobó esta norma, sin enmiendas, por cuanto los empleadores siendo meros tenedores de fondos de terceros, no pueden legalmente conservarlos en su poder más allá del plazo de 10 días fijado por la ley, y si lo hacen, les será ahora mucho más oneroso”.

Queda demostrado entonces que la *ratio legis* fue indiscutiblemente cumplir con una finalidad de prevención general intimidatoria, dotando al ordenamiento de una herramienta sancionatoria robusta que alertase a los potenciales infractores, al tiempo de impedir la reincidencia en el comportamiento de retención indebida de fondos ajenos, para lo cual se diseñó el severo castigo económico, actualmente en vigor.

Parece importante reflexionar en cuanto a que esta exacción pecuniaria no cumple un rol indemnizatorio, pues obviamente no persigue la recomposición del fondo previsional más la rentabilidad que aquel habría generado, sino que su objeto -como demostramos- es diverso.

Ha de recordarse que los intereses pueden clasificarse en retributivos y moratorios, siendo estos últimos los que tienen como finalidad resarcir el perjuicio que el retardo en el cumplimiento de la obligación pecuniaria irroga al acreedor.

A su respecto, impera la regla del artículo 1559 N° 3 del Código Civil, con arreglo a la cual los “*intereses atrasados no producen interés*”, lo que es lógico, porque en caso contrario el interés abandona la finalidad reparatoria del daño (emergente o el lucro cesante) pasando a satisfacer otros fines, como en este caso: finalidad sancionatoria.

Así las cosas, queda probado que la figura cuyo efecto inconstitucional impugnamos en el presente libelo corresponde a una sanción; pero, en lo que al órgano público respecta, se trata de una sanción que no está precedida de una conducta antijurídica reprimible, lo que vulnera el artículo 19 N° 3 inciso final de la Carta Fundamental.

En efecto, al aplicarse la sanción *ipso iure* y, como una consecuencia inexorable de un mandato legal, se genera un efecto atentatorio contra la garantía de la igualdad y el principio de juridicidad. Pero, adicionalmente se infringe el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución, porque se aplica a mi parte una penalidad de plano, por el solo ministerio de la ley, y más aún, presumiendo de derecho la apropiación de las cotizaciones.

VII.2.2) La sanción no podría dejar de ser cursada, pese a que su aplicación transgrede normas constitucionales

Según hemos expuesto en párrafos precedentes, la ley N° 17.322 contempla en el inciso segundo de su artículo 3° una presunción de derecho. Bien sabemos que la presunción es un mecanismo probatorio consistente en la deducción o establecimiento de hechos ignorados a partir de circunstancias conocidas.

De conformidad con el artículo 1712 del Código Civil, las presunciones se clasifican en legales y judiciales. Enseguida, el artículo 47 del mismo Código divide las primeras en simplemente legales y de derecho. En cuanto a estas últimas, el citado precepto establece en su inciso final que: *“Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”*.

Siendo así, el aludido inciso segundo del artículo 3º, cuya inaplicabilidad estamos solicitando, contempla precisamente una presunción de esta última especie, con arreglo a la cual, a partir de un hecho conocido -pago de la remuneración-, se asume de forma irrefragable que el empleador efectuó el descuento respectivo para fines previsionales, en el caso de la beneficiaria de AFP Provida, el 10%.

En abstracto esta presunción no despierta ningún inconveniente. En efecto, ya ha sostenido ese mismo Tribunal que en nuestro derecho son admisibles las presunciones de derecho sin que sean, por sí mismas, contrarias a la Constitución.

Pero sabemos que la inaplicabilidad es un control concreto que examina los efectos de la aplicación de la norma a un caso en particular. Y es entonces cuando, haciendo este ejercicio en la gestión pendiente de marras, podemos concluir que el efecto que se produce es irrefragablemente inconstitucional.

El efecto de esta presunción en el caso concreto es de una simpleza y gravedad superlativas. Pues, se da por establecida la perpetración de una ilegalidad por el solo hecho de haberse pagado mensualmente los honorarios a la señora Torres, beneficiaria de AFP Provida.

Desde luego y, dado que se trató de sucesivos contratos aprobados por actos administrativos que jamás fueron impugnados, no se efectuaron descuentos de ninguna especie al momento de pagarse dichos honorarios. Más aún, conforme relatamos, la sentencia del grado en la causa por tutela y despido injustificado⁸ reconoció y consignó expresamente -como era lógico- *“la existencia de un contrato honorario que las partes firmaron en su oportunidad de buena fe”*, declaración que no objeto de impugnación alguna, quedando firme.

No hacer esos descuentos era lo natural y ajustado a derecho. Pero, por efecto de la aplicación de la norma impugnada que contiene una presunción inexpugnable, se tendrá por cierto todo lo contrario a la realidad; es decir, que los mentados descuentos fueron efectuados, quedando entonces fijado también como hecho base que el Fisco de Chile

⁸ Rol T-30-2016 del Juzgado del Trabajo de Temuco.

retuvo y se apropió indebidamente de dinero de la beneficiaria, en lugar de enterarlo en la AFP correspondiente.

Ha de recordarse que, analizando precisamente la temática de las presunciones de derecho bajo el prisma del debido proceso, este Excmo. Tribunal ha resuelto que *“(...) para no merecer un reproche de inconstitucionalidad, la disposición legal que cree una presunción de derecho en materias procesales debe respetar las normas fundamentales que le son aplicables, entre las cuales resalta la garantía que asegura a toda persona un racional y justo procedimiento”* (STC 1368, considerando 4º).

Nos parece evidente que el estándar mínimo al que aludieron los juzgadores en el fallo que acaba de ser citado no se satisface en lo absoluto en el caso en cuestión.

En definitiva, como hemos visto, el constituyente previó como requisito ineludible de cualquier mecanismo sancionatorio, que exista y se constate un comportamiento antijurídico como antecedente que, según hemos demostrado, en la especie no concurre ni podía concurrir.

Adicionalmente, en la especie, las normas impugnadas generan tal sanción sin que pueda impedirse cualquier ponderación judicial que exima o morigere las perniciosas consecuencias de un mecanismo sancionatorio cuyo dimensionamiento atiende exclusivamente a variables numéricas y matemáticas.

VII.3) Vulneración a la reserva legal

La reserva legal es otra garantía que contempla el constitucionalismo en virtud de la cual ciertas materias sólo pueden ser reglamentadas por decisión del legislador. De esa forma se protegen bienes jurídicos esenciales y se atiende a la deliberación democrática para la toma de decisiones fundamentales en un Estado de Derecho moderno.

La reserva legal es una garantía para las personas y es una limitación para el actuar estatal que debe actuar conforme a derecho tanto en sus aspectos formales como sustantivos.

Por la aplicación de las normas impugnadas en este requerimiento se lesiona también la regla constitucional de reserva legal, dado que el otorgamiento de esta clase de beneficios sólo podría tener como fuente una ley, *“tal como lo exige el artículo 65, inciso cuarto, N° 4, de la Carta Fundamental, cuando se trata de establecer nuevos beneficios al personal de la Administración Pública”* (STC 6802).

En esa misma línea, se ha fallado en esta sede que: *“(...) hacer extensiva al sector público una norma del régimen laboral común que ha sido concebida para operar dentro del sector privado, exige una ponderación más estricta por parte del legislador. A fin de hacer compatible con el carácter estatutario y de derecho público del vínculo que media entre los*

empleados públicos y el Estado, así como para modular el gasto público comprometido, ello amerita un pronunciamiento inequívoco y específico, en que el legislador no puede ser sustituido por el sentenciador". (STC 3853, considerando 11º)

Insistimos en que, al acogerse este requerimiento el fondo previsional de la actora no quedará desprovisto de una rentabilidad, dado que permanecerán en vigor aquellas normas que le otorgan el derecho a percibir intereses, pero sin incurrir en el anatocismo punitivo.

VII.4) Razones por las cuales el órgano estatal no puede ser homologado a los restantes empleadores

Demostrar que el órgano público no puede ser tratado del mismo modo que el empleador privado en un caso de reconversión retroactiva, es lo mismo que afirmar que, de hacerlo, se incurre en una homologación arbitraria y, por ello, inconstitucional. O dicho en palabras de la doctrina constitucional, lo que se hace es tratar como iguales a quienes son desiguales lo que constituye un nuevo quebrantamiento del artículo 19 N° 2.

En consecuencia, y siguiendo la línea de razonamiento que venimos trazando, demostraremos cuáles son las diferencias sustantivas entre el aparato estatal y los empleadores privados en este ámbito y cómo al no respetarlas se atropellan también otras normas del Código Político, específicamente:

- a) Artículos 6º, 7º y 100, bloque de legalidad presupuestaria y de contratación;
- b) Artículo 65 incisos primero y cuarto N° 2 y 4, en relación con el artículo 63 N° 2 y 14, en lo que respecta a la reserva legal en materia de creación de empleos rentados con fondos fiscales.

Abordaremos en primer término el principio de legalidad y su proyección específica en materia presupuestaria y de contratación.

En efecto, sabemos que no habrá discusión en cuanto a que la Subsecretaría de Desarrollo Social de la Araucanía no podía celebrar con la beneficiaria un contrato individual de trabajo regido por la normativa del ámbito privado, pues para ello habrían requerido habilitación legal previa que jamás existió.

Cabe recordar que los órganos del Estado desempeñan sus funciones de acuerdo con lo que se denomina Legalidad Dual. Por una parte, están las normas que fijan qué es lo que el órgano debe hacer y cómo hacerlo (legalidad competencial) y, por la otra, están las normas que destinan los recursos financieros para llevar a cabo las funciones encomendadas (legalidad presupuestaria).

Conforme a los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, los órganos del Estado sólo pueden ejecutar aquellos actos para los cuales están expresamente facultados por la ley.

En dicho marco de rigidez normativa, el “empleador” estatal a diferencia del privado tiene un presupuesto anual definido por reglas de rango legal (ley anual de presupuesto del sector público).

Por lo mismo, en materia de contratación y compromiso de fondos públicos, la juridicidad constitucional ha sido modelada con perfiles de especial rigor. Ha de recordarse que el artículo 100 de la Constitución contiene una trascendental norma prohibitiva que dispone:

“Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago”.

En consecuencia, si la premisa es que el compromiso de fondos públicos sólo es posible cuando haya habilitación legal previa, de ello se sigue que el órgano sólo puede celebrar aquellos contratos onerosos que estén debidamente autorizados en una norma de rango legal; dicho sea de paso, el contrato individual de trabajo es un contrato bilateral, consensual, conmutativo y, por cierto, oneroso.

En relación con esto último, ha de recordarse lo previsto en los artículos 4º inciso segundo y 9º inciso tercero del D.L. Nº 1263 sobre Administración Financiera del Estado.

El artículo 4º del D.L. Nº 1263 establece:

“Todos los ingresos que perciba el Estado deberán reflejarse en un presupuesto que se denominará del Sector Público, sin perjuicio de mantener su carácter regional, sectorial o institucional.

Además, todos los gastos del Estado deberán estar contemplados en el presupuesto del Sector Público”.

Lo anterior, significa que no puede haber erogación o gasto público sin habilitación legal previa (Ley Anual de Presupuestos) y que no se puede efectuar cualquier tipo de desembolso. Los únicos válidamente ejecutables son aquellos descritos en la tipología del clasificador presupuestario respectivo.

El inciso 3º del artículo 9º del mismo D.L. Nº 1263, a su turno dispone:

*“En los presupuestos de los servicios públicos regidos por el Título II de la ley N° 18.575 se deberán explicitar las dotaciones o autorizaciones máximas relativas a personal. Para estos efectos, las dotaciones máximas de personal que se fijen incluirán al personal de **planta**, a **contrata**, contratado a **honorarios** asimilado a grado y a jornal en aquellos servicios cuyas leyes contemplen esta calidad”.*

Como se ve, la contratación bajo el Código del Trabajo no está ni ha estado nunca contemplada. Por tanto, no era posible efectuar los descuentos que ahora se atribuyen y que son propios de aquella relación laboral construida judicialmente para efectos de dar curso al pago de las prestaciones previsionales.

En lo que guarda relación con la reserva legal, esta se infringe porque se asume que la creación de un cargo en la dotación de la Subsecretaría de Desarrollo Regional servido al amparo del Código del Trabajo, sólo es posible mediante la dictación de una ley, que en este caso es de iniciativa del Ejecutivo, conforme lo ordena la Constitución Política en los artículos 65 incisos primero y cuarto N° 2 y 4, en relación con el artículo 63 N° 2 y 14, reproducidos anteriormente. Sabemos que eso no es exigible a otras entidades privadas las que no están regidas a este respecto por el principio de legalidad.

La exigencia de una ley para la contratación en el Estado es un requisito muy antiguo en nuestro derecho constitucional. Responde a la necesidad de someter la política de personal a la decisión del legislador y evitar un excesivo gasto fiscal sin control alguno.

Desconocer esta distinción no solo implica subvertir el principio de legalidad sino que también tratar como iguales a quienes son jurídicamente diferentes ante la Constitución y las leyes. El Estado contrata sometido a la reserva legal y al principio de legalidad; las entidades privadas no tienen tales restricciones.

El corolario de lo anterior es muy sencillo: el pago de las cantidades que se ordena pagar a título de cotizaciones **sólo es posible jurídicamente hoy**, en cumplimiento de la sentencia judicial firme que así lo establece. Por tanto, resulta indiscutible que la situación en que se encontraba y se encuentra el Fisco es diametralmente distinta a la de un empleador del ámbito privado.

Dicho lo anterior, se concluye que el aplicarse a mi parte las normas sancionatorias que fueron diseñadas para los empleadores privados configura una hipótesis de homologación inicua y desprovista de razonabilidad que la justifique.

VIII.) CONCLUSIÓN

La conclusión natural de todo lo expuesto es que lo exageradamente abultado de la liquidación del crédito por la deuda previsional correspondiente a la señora Torres, afiliada a APF Provida S.A., no solamente desafía la razonabilidad, sino que encuentra una clara explicación en la aplicación de normas sancionatorias a las cuales no puede ser sometido el Fisco sin que se conculquen las disposiciones constitucionales en la forma que hemos detallado.

POR TANTO,

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 93 N° 6 de la Constitución; 79 y siguientes de la ley N° 17.997, LOC del Tribunal Constitucional, **SÍRVASE S.S.E.** tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acogerlo a tramitación y, en definitiva, declarar la inaplicabilidad parcial del inciso segundo del artículo 3º de la ley N° 17.322, el inciso décimo tercero del artículo 19 del D.L. N° 3500 y el inciso sexto del artículo 22 de la citada ley N° 17.322, en aquellos pasajes que hemos precisado y respecto de la causa rol A-1602-2020 del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, caratulada “AFP PROVIDA S.A. con FISCO”.

Primer otrosí: En virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso 11 de la Constitución y en el artículo 85 de la Ley 17.997, solicito a SS. Excm., disponer la inmediata suspensión del procedimiento en los autos rol A-1602-2020 del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, hasta que el requerimiento de inaplicabilidad de autos sea resuelto por fallo firme.

Segundo otrosí: Para efectos de lo dispuesto en el artículo 79 inciso segundo de la Ley 17.997, vengo en acompañar certificado emitido por el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, con citación.

Tercer otrosí: Sírvase S.S.E. tener presente que mi personería para actuar como Abogado Procurador Fiscal (S), consta en el documento que acompaño en este acto, con citación.

Cuarto otrosí: Sírvase S.S.E. tener presente que en mi calidad de Abogada habilitada para el ejercicio profesional, patrocino personalmente esta presentación.