

- 1.- RESUMEN ASESORÍA MARZO SENADOR MANUEL JOSÉ OSSANDÓN
- 2.- BANCO CENTRAL RECORTA CRECIMIENTO DEL PIB EN 2016
- 3.- CONTEXTO DE LA REFORMA LABORAL
- 4.- MINUTA VOTACIÓN EN SALA DE LA REFORMA LABORAL
- 5.- OBRAS PÚBLICAS Y TRANSMISIÓN ELÉCTRICA
- 6.- TEMAS PENDIENTES DE LA REFORMA

## ÍNDICE

	PÁG.
1. RESUMEN ASESORÍA MARZO	3
2.-BANCO CENTRAL RECORTA CRECIMIENTO DEL PIB 2016	4
3. CONTEXTO DE LA REFORMA LABORAL	7
4.-MINUTA VOTACIÓN EN SALA DE LA REFORMA LABORAL PROYECTO EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL QUE MODERNIZA EL SISTEMA RELACIONES LABORALES INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO.	28
5.-COMENTARIOS JURÍDICOS EN MATERIAS RELATIVAS A LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS ADMINISTRACIÓN DE FAJAS DE CAMINOS PÚBLICOS.	36
6.-TEMAS PENDIENTES EN LA REFORMA LABORAL PROYECTO	81

## INFORME MES DE MARZO

- Asistencia al Senado en días de Sesión:  
1-2, 8-9-10,15-16, 22-23
  
- INFORMES
  1. Documento que contiene un informe sobre el contexto (nacional y revisión de experiencia internacional) del proyecto que moderniza el sistema de las relaciones laborales, introduciendo reformas al Código del Trabajo, Boletín No. 9835-13
  
  2. Documento que contiene un Informe Jurídico en materias relativas a Obras Públicas y la Ley General de Servicios Eléctricos.
  
- MINUTAS
  1. Sobre Proyecto de Ley que moderniza el sistema de las relaciones laborales, introduciendo reformas al Código del Trabajo, Boletín No. 9835-13
    - Documento que contiene la votación en la comisión de trabajo en discusión en particular.
    - Documento que contiene temas pendientes previo a la discusión en particular en la Sala del Senado en 2º. Trámite constitucional.
  
  2. Documento que contiene análisis y comentarios del Primer Informe de Política Monetaria entregado por el Banco Central a la Comisión de Hacienda del Senado.

## BANCO CENTRAL RECORTA CRECIMIENTO DEL PIB EN 2016 Y RECONOCE RESPONSABILIDAD INTERNA EN LA DESACELERACIÓN ECONÓMICA

De la lectura del Informe de Política Monetaria (IPoM) de marzo, se desprende que la economía chilena completará en 2016 cuatro años de crecimiento económico mediocre, en torno al 2%, y que la inflación sumará un segundo año en o sobre el techo del rango establecido por el ente rector (4%). Todo parece indicar que, al menos en materia de estabilidad económica, el piso siempre puede estar un poco más abajo.

En este contexto, el IPoM de marzo presentado hoy por el presidente del Banco Central, se convierte en el golpe de gracia para el tan esperado despegue económico. De hecho, el instituto emisor nuevamente ha recortado la cifra de crecimiento del PIB, ahora para 2016, desde el rango 2,0% a 3,0% señalado en diciembre pasado, a un rango entre 1,25% a 2,25%. Cabe destacar que con este nuevo ajuste a la baja ya son cuatro los recortes consecutivos que realiza el organismo desde diciembre de 2014<sup>1</sup>. Pero eso no es todo, también ajustó a la baja su expectativa de crecimiento de la demanda en 2016, desde 2,6% estimado en diciembre pasado a sólo 1,5% en la actualidad.

En opinión del Instituto Libertad, “este frágil desempeño está en línea con nuestras estimaciones y nos demuestra que aún estamos lejos de alcanzar un punto de inflexión en cuanto al dinamismo de la economía, y lo más probable es que esta desaceleración nos acompañe durante todo 2016”. Además, en el centro de estudios advierten que “difícilmente en 2016 la economía logrará crecer en torno a 2%, siendo lo más probable que nos deberemos conformar con un dinamismo más cercano a 1,5%, lo que resulta muy inferior a la capacidad de crecimiento de tendencia de la economía”. De acuerdo al Instituto Libertad “tras el desempeño de los últimos indicadores de actividad está el impulso otorgado por la inversión pública, por lo que no se puede pretender que el dinamismo económico sea sostenible, para ello debiésemos observar un repunte en la inversión privada, la que está muy deteriorada, y se debe agregar el efecto estadístico de una poco exigente base de comparación”.

El Instituto hace notar que 2016 será el tercer año consecutivo en que la economía crecerá por debajo de su potencial, y cuarto año de desaceleración. En este contexto, el exceso de gasto público y la aún expansiva política monetaria del Banco Central han sido estériles en cuanto a devolver la capacidad de crecimiento a la economía, y sólo se han traducido en una depreciación de nuestro signo monetario y en mayor inflación.

---

<sup>1</sup> Tres para el crecimiento del PIB 2015, y uno para el dinamismo de la actividad en 2016.

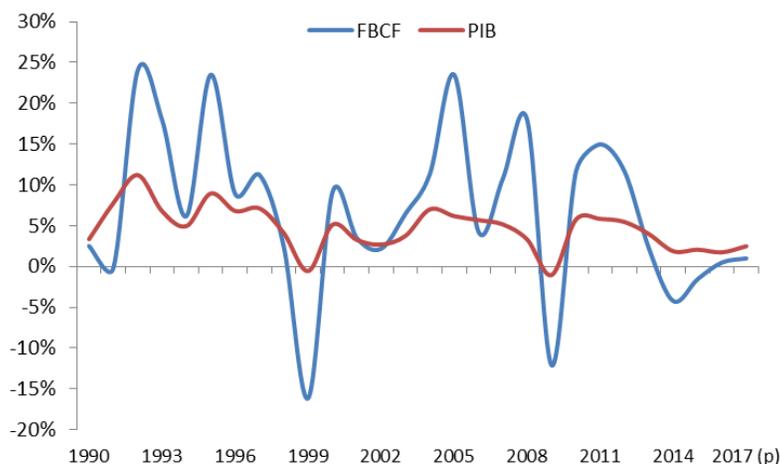
## Cuadro Resumen Principales Indicadores IPoM Marzo 2016

IPoM Marzo 2016					
Variación Anual %	2013	2014	2015	2016 (p)	2017 (p)
PIB	4,2%	1,9%	2,1%	1,25% -2,25%	2,0% -3,0%
Demanda interna	3,7%	-0,3%	1,8%	1,5%	2,6%
FBCF (% del PIB real)	26,1%	24,6%	23,7%	23,4%	23,0%
Consumo total	5,5%	2,8%	2,2%	1,8%	2,7%
IPC (promedio)	1,8%	4,4%	4,3%	4,1%	3,1%
IPC (a diciembre)	3,0%	4,6%	4,4%	3,6%	3,0%
IPCX (promedio)	1,2%	3,6%	4,7%	4,4%	3,0%
IPCX (a diciembre)	2,1%	4,3%	4,7%	3,6%	2,6%
Cuenta corriente (% del PIB)	-3,7%	-1,3%	-2,1%	-2,5%	-2,0%
Precio del cobre BML (US\$cent/lb)		311	249	220	230
Precio petróleo Brent (US\$/barril)		99	52	41	46
PIB socios comerciales		3,4%	2,9%	2,9%	3,1%

(p) proyección

Fuente: Banco Central

### Crecimiento del PIB y de la Inversión (Var. % Anual)



Fuente: Elaboración propia, Banco Central.

Lo más preocupante es que 2016 será un año aún más complejo que el anterior. El propio Banco Central así lo reconoce, y señala que “el cierre de 2015 dio cuenta de una demanda más débil y de una economía que hacia fines de año creció menos que lo anticipado”, agregando que “... este factor, junto con un escenario externo que se prevé más débil, reduce las perspectivas de crecimiento para este año”. A este escenario pesimista se le debe agregar que el mercado laboral parece no ser inmune a la desaceleración económica y ya ha comenzado a acusar

signos de debilidad, fenómeno que debería observarse nítidamente en los próximos meses. Al mismo tiempo, las expectativas empresariales y de los consumidores se mantienen en valores pesimistas, y se suma el retiro progresivo del impulso que proveía la inversión pública, derivado del ajuste fiscal anunciado recientemente.

De acuerdo al think tank, “la tendencia a la baja en los distintos indicadores económicos son reflejo del equivocado diagnóstico de las autoridades económicas respecto del origen de la desaceleración, pues ésta obedece principalmente a factores internos y en menor medida a la baja en los precios de los *commodities*. Además, hoy no se ven factores que permitan esperar un repunte significativo en el consumo privado mientras las expectativas sigan deprimidas, y en consecuencia la inversión seguirá débil afectada por el ciclo económico y la incertidumbre”.

El Instituto Libertad lo venía advirtiendo desde hace varios meses, y ahora encuentra eco en el llamado del presidente del ente rector, Rodrigo Vergara, al afirmar que no se puede culpar “de todos nuestros problemas al escenario externo más adverso”, reconociendo que la discusión interna respecto de los cambios estructurales requeridos para enfrentar los desafíos que significa ser un país de ingreso medio han afectado el clima de los negocios en Chile.

En opinión del centro de estudios, “Chile se enfrenta a un entorno macroeconómico preocupante. Tras varios años de un positivo desempeño económico, la inversión en Chile se ha debilitado y el crecimiento se ha desacelerado de manera marcada, ubicándose por debajo de su nivel potencial. Las causas de lo anterior no hay que buscarlas fuera de las fronteras, ya que los mismos shocks negativos que han afectado a la economía han golpeado a otros países de la región, que exhiben atractivas tasas de dinamismo económico. Al mismo tiempo, han resurgido las presiones inflacionarias, las que llevarán al IPC a ubicarse sobre 4% en los próximos meses, lo que indica que las holguras son menores a las estimadas, abriendo las puertas a un cambio estructural en el ritmo de crecimiento de la economía”.

En este contexto, la inflación continúa perforando el techo del rango meta del Banco Central, ubicándose en 4,7% anual en febrero pasado, y de paso sorprendiendo al Banco Central y al mercado por su persistencia. “La cifra de inflación de febrero nos debe poner en alerta, porque la tendencia es a mantener presión sobre el nivel de precios, en un contexto en que la economía muestra evidentes signos de estancamiento, con un crecimiento en enero de apenas 0,5% y con expectativas de no superar un dinamismo de 1,5% en el año, lo que está muy lejos de las estimaciones oficiales”, señalan en Libertad.

Preocupa aún más la evolución de la inflación estructural, medida a través del IPC subyacente (IPCX<sup>2</sup>) que crece 4,9% anual en febrero, toda vez que refleja una estrechez de carácter estructural en la formación de los precios en la economía,

---

<sup>2</sup> También llamado inflación subyacente, que corresponde al IPC menos alimentos perecibles y combustibles.

incluso ante el beneficio del derrumbe de los precios del petróleo en los mercados internacionales.

En este contexto, en IL advierten sobre “el fuerte golpe sobre los distintos indicadores de confianza en la marcha de la economía es reflejo de la agenda de cambios regulatorios impuesta por la autoridad, que ha minado el ánimo y las expectativas de los agentes privados. A su vez, las negativas cifras económicas contribuyen a deprimir las expectativas, y la economía entra en un ciclo perverso del cual es muy difícil salir”. En este contexto, en el Instituto Libertad señalan que Chile “ya se encuentra en un proceso de estanflación, caracterizado por bajos índices de actividad económica y altos niveles de inflación. Esta combinación viene a convertirse en la peor de las políticas públicas, puesto que afecta principalmente a los trabajadores”.

## CONTEXTO DE LA REFORMA LABORAL

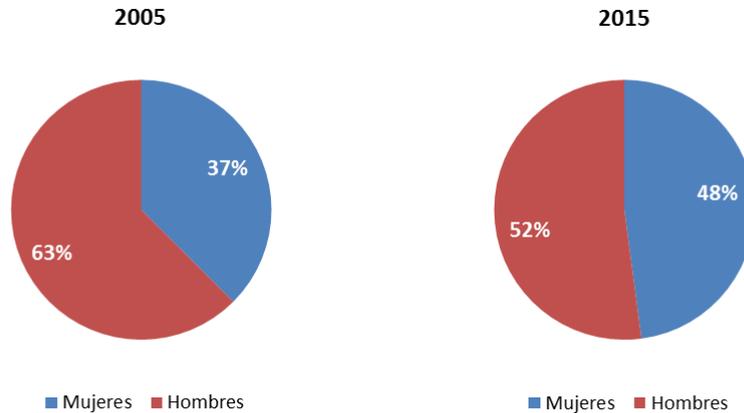
### **II.1 MERCADO LABORAL EN CHILE**

El mercado laboral chileno ha experimentado importantes transformaciones en los últimos 10 años, afectado por las variaciones en la esperanza de vida, las tasas de natalidad, el nivel de escolaridad, la participación de la mujer en el mercado y, obviamente, los ajustes realizados a la normativa vigente.

A lo largo de la última década, el desempleo ha pasado de niveles del 9,2% de la fuerza laboral en 2005, hasta el 6,6% observada en el trimestre móvil terminado en mayo de 2015. Por su parte, la tasa de participación en el mercado laboral ha aumentado desde 55% en el 2005 a 59,7% en la actualidad. Y en particular, la tasa de participación de las mujeres experimentó un significativo crecimiento de 10,4 puntos porcentuales, pasando de 37,5% a 47,9% entre los años 2005 y 2015. Cabe destacar que el incremento en el número de mujeres ocupadas pasó desde 2.017.910 a 3.228.310 en el periodo, mientras que la masa laboral en el país exhibió un incremento de 6.330.290 a 8.513.370 respectivamente.

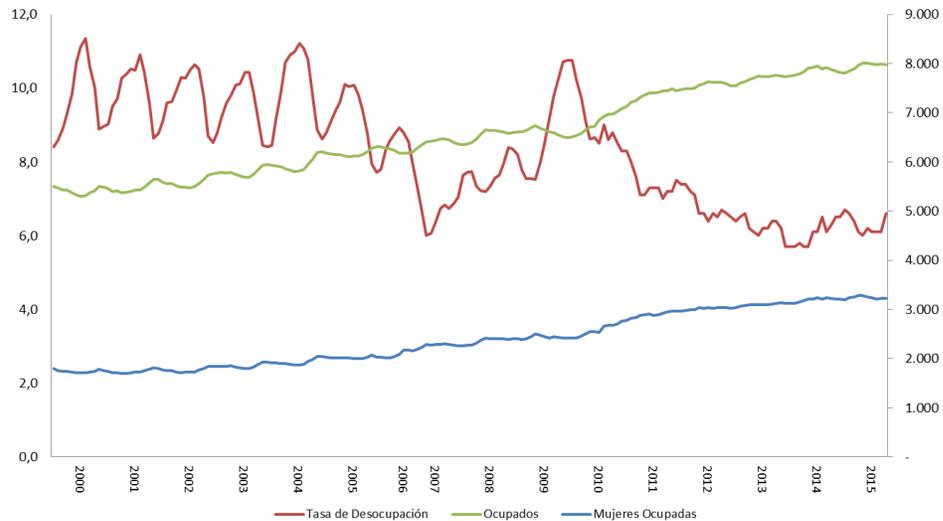
Si bien la tendencia sobre el desempleo ha tendido a la baja, han existido períodos con altas oscilaciones, directamente relacionados con los ciclos de desaceleración económica interna así como con los shocks externos. Los *peaks* en el desempleo se encuentran en los períodos inmediatamente posteriores a las crisis económicas, lo que responde de forma natural al impacto económico de una menor demanda y consumo y, en consecuencia, sobre la inversión y el empleo.

## Evolución de la Participación Femenina en la Fuerza de Trabajo (En % del total)



Fuente: Elaboración propia, INE

## Evolución de la Tasa de desempleo (Var. % Anual 2000-2015)



Fuente: Elaboración propia, Banco Central, INE.

Las mayores crisis de las últimas dos décadas –asiática y crisis subprime-, además de la desaceleración que estamos viviendo actualmente, han impactado negativamente en la economía y en específico en el mercado laboral.

En el período 1991 a 1997 la tasa de desempleo fue de 6,4%, alcanzando su menor nivel el año 1997 con un 5,3%. Con la crisis asiática, el desempleo sube a niveles históricos por sobre el 10% a principios de la década del 2000. Tras el reacomodo económico y las diversas políticas

adoptadas por los gobiernos posteriores a la crisis, la economía comienza a crecer llegando a niveles sobre el 5% pero aún con una tasa de desempleo superior al 7%.

En 2007 el desempleo llega al 7,1% promedio. Sin embargo, la crisis financiera de Estados Unidos afectó fuertemente a Chile. La disminución de la demanda mundial produjo una fuerte baja de los precios de las exportaciones, en particular en el precio del cobre, lo que provocó un cambio en los equilibrios macroeconómicos del país. Se genera un fuerte déficit en la cuenta corriente, el tipo de cambio sube y le sigue una contracción de la demanda interna lo que produce un brusco freno en el crecimiento de la economía afectando así a la inversión. Finalmente los perjudicados son los miles de trabajadores que quedan desprovistos de su principal fuente de ingresos, pues el desempleo se incrementa al 9,7% promedio en 2009.

Sin embargo, la política monetaria expansiva aplicada tras el desastre económico, sumado a una multitud de otros factores (incremento del gasto público que superó el 16% en 2009, disminución de tasas, entre otros), permiten encauzar el ritmo de crecimiento y durante el período 2010-2014, la tasa de crecimiento fue de 5,3%. Pero nuevos obstáculos ponen en jaque la capacidad de crecimiento sostenible y a fines de 2013, comienzan los primeros indicios de que el panorama no auguraba un futuro positivo.

Si bien es prácticamente inevitable que crisis como las mencionadas anteriormente no tengan efectos en el mercado del trabajo, la evidencia empírica señala que el fuerte impacto de los shocks sobre nuestro mercado laboral tiene directa relación precisamente con el aspecto normativo. En este contexto, y con la excusa de intentar atenuar los impactos en el empleo provocados por las crisis económicas, los Gobiernos de la época buscaron implementar medidas que contribuyeran a proteger los puestos de trabajo más que la condición de “empleabilidad”, argumentando la excesiva flexibilidad del mercado que generaba una precarización en las condiciones laborales. Entre las reformas más relevantes se encuentra la implementación de subsidios al empleo juvenil, el nuevo beneficio maternal instaurado en 2011 y los reajustes periódicos del salario mínimo, con un crecimiento real anual de entre 1% y 8%.

Tal vez una de las pocas medidas adoptadas en esos años que escapaba a la norma proteccionista de los puestos de trabajo fue la de implementar un seguro de cesantía en 2002.

En este contexto, no resulta extraño buscar explicaciones para el alto desempleo observado entre los años '90 y 2011 en la progresiva rigidización del mercado laboral, donde las reformas abarcaron el aumento de los costos de despido, sanciones por despido “injustificado”, ampliación

de facultades sindicales y varios aumentos del salario mínimo. En su conjunto, todas estas medidas son responsables, directa o indirectamente, de desalentar la creación de empleos y favorecer una progresiva sustitución de este recurso por una mayor participación del capital, en la medida en que las estructuras productivas lo permitan.

Actualmente, la evidencia indica que hay ciertos factores que han dificultado la acomodación de los factores de producción tras períodos de bajo crecimiento. El Índice de Competitividad Global 2014/2015<sup>3</sup>, del World Economic Forum, ubica a Chile en la posición 33 entre 144 naciones, pero con una alta dispersión al revisar cada uno de los distintos sub-índices que conforman el ranking. Así, con respecto a la Eficiencia del Mercado Laboral, ocupamos el puesto número 50 con un descenso de cinco puestos en comparación al año anterior.

Cabe consignar que este indicador mide la eficiencia y la flexibilidad del mercado de trabajo, aspectos fundamentales para garantizar que los trabajadores sean asignados a las áreas en las que su productividad en la economía es mayor. El índice refleja a la vez la capacidad de los mercados de trabajo de establecer fuertes incentivos para promover la meritocracia en el lugar de trabajo y proporcionar equidad en el entorno empresarial entre mujeres y hombres.

El documento señala, que un mercado flexible debe ser capaz de cambiar trabajadores de una actividad económica a otra rápidamente y a bajo costo, y permitir fluctuaciones salariales sin consecuencias disruptivas dado que una causa importante de las altas tasas de desempleo juvenil, responde a mercados laborales rígidos. En relación a Chile, el Reporte indica que los puntos débiles de nuestro mercado laboral, tienen relación a los altos costos de redundancia, bajo porcentaje de mujeres en la fuerza laboral y los altos costos de contratación y despido.

Estos son los temas en los cuales la reforma laboral debe poner máxima atención, pues son elementos que terminan condicionando el nivel de bienestar de las personas a lo largo de toda su vida, pues afectan no sólo en la etapa laboral sino que además tienen importantes consecuencias una vez que las personas se jubilan, disminuyendo en forma significativa el nivel de ingreso disponible para enfrentar esta etapa de la vida.

#### EL MERCADO LABORAL EN CIFRAS

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), la tasa de desempleo se ubica en 6,6% a mayo de 2015, lo que significa que 560.520 personas se encuentran desempleadas, lo que representa un incremento de 0,5 punto porcentual (pp) respecto del trimestre móvil inmediatamente

---

<sup>3</sup> [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalCompetitivenessReport\\_2014-15.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf)

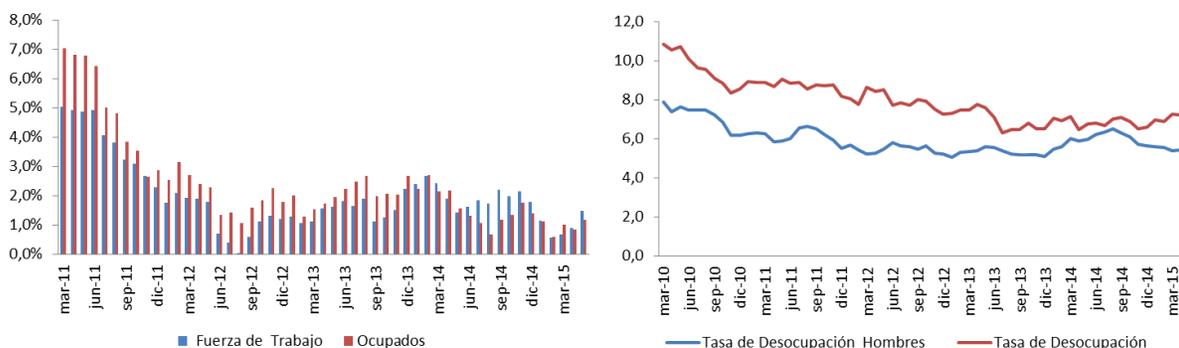
anterior. Sin duda que esta es la cifra más importante al analizar el mercado laboral, pero no es la única que entrega información relevante.

En efecto, hay otras variables importantes de revisar, entre ellas la tasa de Participación en la Fuerza de Trabajo, que en el periodo asciende al 59,7%. Ello equivale a 8.512 mil individuos en edad de trabajar que pueden ubicarse en la categoría de ocupados o desocupados. La tasa representa un incremento de 1,2 pp en doce meses. De aquí se desprende una nueva derivada, los distintos niveles de ocupación.



Fuente: Elaboración propia, INE.

**Fuerza de Trabajo y Tasa de Desocupación de Hombres y Mujeres**  
(Trimestre Móvil terminado en Mayo 2015, en miles)



Fuente: Elaboración propia, INE.

La tasa de ocupación, vale decir, el número de personas ocupadas como porcentaje de la población en edad de trabajar, se ubicó en mayo pasado

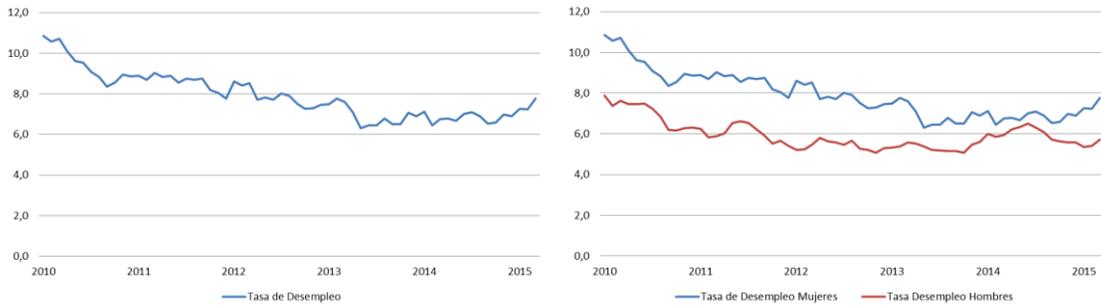
en 55,8%, totalizando 7.988 mil empleados. El aumento anual fue incidido por Administración Pública, Construcción y Servicios Sociales y Salud.

Administración Pública (9,8%) por tercer período consecutivo fue el sector que más empleo aportó al incremento en la ocupación. En estos tres sectores, la categoría ocupacional de mayor incidencia fue Asalariados. En contrapartida, los descensos más significativos se registraron en Hogares Privados con Servicio Doméstico, Industria Manufacturera y Minería.

Otros indicadores relevantes son:

- **Categoría Ocupacional:** El incremento anual de los Ocupados fue incidido principalmente por Asalariados –por décimo período consecutivo–, registrando una variación de 2,4% en doce meses. Empleadores registró una variación positiva de 3,7%, siendo su tercer incremento sucesivo. Por otro lado, los trabajadores por Cuenta Propia, disminuyen por cuarto período consecutivo registrando una disminución de -1,5%. Además, contribuyen de forma negativa las categorías de Personal de Servicio Doméstico y Familiar no Remunerado, los que variaron -3,0% y -14,0%, respectivamente.
- **Relación Contractual:** Según tipo de contrato, los Asalariados con contrato escrito registraron un incremento anual de 2,3%, explicado por la sexta alza consecutiva en hombres (2,5%) y por el incremento en mujeres (1,9%). La proporción de Asalariados con contrato escrito, correspondientes al 86,2% del total de Asalariados, disminuyó 0,1 pp. En contrapartida, los Asalariados que poseen un acuerdo de palabra aumentaron 3,1% en doce meses alcanzando el 13,8% del total de Asalariados.
- **Mujeres y Jóvenes:** Al desagregar la tasa de desocupación por género, se observa que el desempleo ha aumentado mayormente en el caso de las mujeres, quienes han pasado del 6,8% de desempleo al 7,8% en los últimos doce meses, vale decir, un aumento de 1 pp. Los hombres por su parte, si bien durante el mismo período han alcanzado tasas del 6,5%, comparando el mismo trimestre marzo-mayo de 2014 y 2015, la tasa ha caído 0,2 pp encontrándose actualmente en un 5,7%.

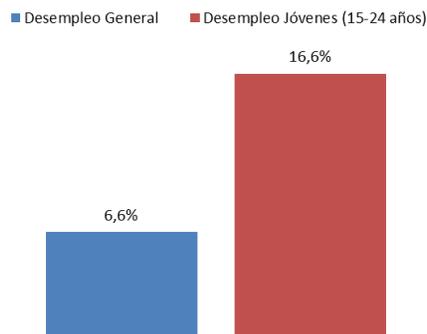
## Tasa de Desocupación Mujeres y Tasa de Desocupación de Hombres y Mujeres



Fuente: Elaboración propia, INE

En cuanto a los jóvenes (15-24 años), la tasa de participación se ubica en un 46,9%, es decir, 12,8 pp menos a la media. El desempleo por su parte alcanza una tasa del 16,4% muy lejano al 6,6% promedio del desempleo durante el trimestre marzo-mayo.

## Tasa de Desempleo trimestre Marzo-Abril-Mayo 2015



Fuente: Elaboración propia, INE.

- **Sindicalización:** La participación sindical alcanza al 15,3% del total de empleados. El porcentaje de huelga efectiva es de tan solo un 0,35% de la fuerza de trabajo, lo que refleja la baja necesidad de agruparse para presionar por mejoras en las condiciones de trabajo.

## II.2 Objetivos y justificación de la reforma

El proyecto ingresado por el Gobierno busca modificar el Código del Trabajo en relación a los derechos colectivos de los trabajadores (N° Boletín 9835-13). En el mensaje se señala que el objetivo general de esta iniciativa es: *“modernizar el sistema de relaciones laborales chileno, en pos de garantizar un adecuado equilibrio entre las partes y con pleno respeto a la libertad sindical conforme a los Convenios Internacionales que Chile mantiene vigentes”* (p. 1).

La modernización del sistema de relaciones laborales, *“mejorará sustantivamente su legitimidad, su calidad y su gobernanza, constituyéndose en una vía fundamental para lograr un desarrollo inclusivo”* (p.6).

Entre los fundamentos del proyecto destacan que las democracias modernas son más que el ejercicio de libertades civiles y políticas, porque incluyen también derechos económicos, sociales y culturales. Entre estos últimos derechos se encuentran las libertades sindicales. Asimismo, se reconoce que la organización de trabajadores en sindicatos es fundamental para mejorar condiciones de empleo, vida y acceso al crecimiento económico de las empresas.

También se señala que cuando se respetan los derechos colectivos de los trabajadores, existe una regulación institucional de los conflictos laborales, donde priman mecanismos institucionales, las reglas del derecho y el reconocimiento de los derechos fundamentales de las partes en disputa.

De esta forma, se plantea que el dialogo social y particularmente la negociación colectiva son *“esenciales para el crecimiento, productividad y desarrollo de empresas socialmente sustentables”* (p.2). En esta línea, el texto del proyecto argumenta que la negociación colectiva es una herramienta de participación, reconocimiento social de los trabajadores u organizaciones sindicales, favorece la productividad, es una manifestación de la sociedad democrática, sirve para promover la no discriminación y la igualdad. Todo esto en el contexto de una sociedad que tiene que admitir la diversidad de intereses, la redistribución del producto económico y la solución de conflictos conforme al derecho y el respeto de los derechos fundamentales.

De acuerdo al proyecto de ley, a mayor nivel de sindicalización y negociación colectiva se pueden establecer acuerdos beneficiosos para trabajadores y empleadores. Al respecto, se afirma que: *“La experiencia de los países donde los niveles de sindicalización son mayores y la negociación colectiva está más desarrollada indica que, bajo estas condiciones, donde al interior de la empresa se privilegian los espacios de diálogo y colaboración entre trabajadores y empleadores, se pueden establecer acuerdos de mutuo beneficio sobre un amplio espectro de materias, tales como políticas de conciliación de vida laboral y familiar, pactos de beneficios asociados al cumplimiento de metas de productividad, organización de regímenes de jornada más flexibles, descansos, políticas de capacitación, entre otras”* (p.3).

Respecto a los sindicatos se dice que son instituciones legítimas de representación de intereses de los trabajadores. Donde además es clave que exista una representación estable y permanente para garantizar la gobernabilidad interna y la proyección estratégica de la empresa en beneficio mutuo.

Se afirma también que en nuestro país las relaciones laborales se caracterizan por la falta de confianza y colaboración, poco diálogo entre los actores involucrados y un orden legal que limita los espacios de negociación y entendimiento. En

relación a esto último, *“nuestro ordenamiento legal presenta múltiples trabas y dificultades para que estos procesos se puedan desarrollar de manera constructiva, principalmente porque no garantiza ni promueve correctamente la igualdad entre las partes, lo que trasunta una profunda desconfianza en la capacidad de éstas para organizarse y colaborar mutuamente”* (p.4). Además, las normas que regulan la negociación colectiva son demasiado formales, rígidas y que obstaculizan los acuerdos.

En este sentido, plantean que a mayor asimetría y rigidez en la negociación colectiva, más interviene el Estado para garantizar los derechos del más débil de la relación laboral. En cambio, a mayor equilibrio entre las partes de la relación laboral y con sindicatos más fuertes y representativos, mayor autonomía tendrán las partes para lograr acuerdos simétricos y beneficiosos para ambos.

Para el gobierno, *“este proyecto constituye una oportunidad para generar una cultura de diálogo y colaboración estratégica entre los actores. Las relaciones laborales modernas se basan en el respeto mutuo, el reconocimiento de la contraparte como un interlocutor legítimo que debe ser respetado en su dignidad y derechos”* (p.5).

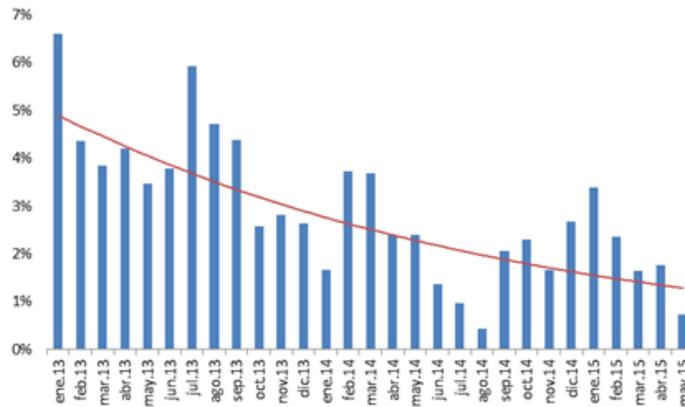
Finalmente, se hace alusión a garantizar la libertad sindical en los términos de los convenios N° 87 y N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por libertad sindical se entiende *“la organización de los trabajadores y empleadores, así como la acción colectiva que supone el ejercicio de los derechos destinados a la determinación común de las condiciones de empleo y la auto-tutela destinada a la solución de los conflictos colectivos a través del ejercicio del derecho de huelga”* (p.6).

### **II.3 Oportunidad de la reforma laboral**

Chile enfrenta en la actualidad un panorama económico complejo, marcado por el derrumbe de la inversión privada, el deterioro en las expectativas, y una seguidilla de indicadores económicos que van de más a menos, configurando un escenario que podría desembocar en una crisis económica de proporciones, y donde los esfuerzos que debe realizar la autoridad de turno en el país deben encauzarse a levantar las expectativas, clave en la recuperación de la inversión y del crecimiento económico.

No es un misterio que la economía se sigue desacelerando, el Imacec de mayo creció apenas 0,8% anual (muy por debajo de las proyecciones contenidas en la Encuesta de Expectativas Económicas, que apuntaban a un desempeño en torno a 1,5%) después de haber crecido 2,3% en febrero, 1,6% en marzo y 1,7% en abril; lo que revela que el punto de inflexión en cuanto al dinamismo de la actividad aún no ha llegado e incluso llama la atención este fenómeno si se considera el tremendo esfuerzo que está haciendo el Estado en sostener el empleo y la inversión por medio de un gasto público expansivo.

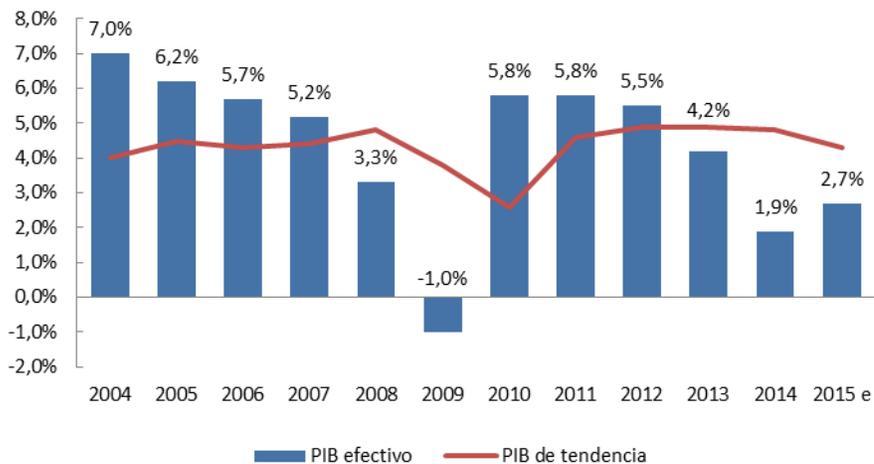
## Evolución IMACEC



Fuente: Elaboración propia, Banco Central, Dipres.

En este contexto, en el IPoM<sup>4</sup> de mayo del Banco Central, se ha vuelto a recortar la cifra de crecimiento esperado para la economía en 2015, desde el rango 2,5% a 3,5% señalado en marzo pasado, a un rango entre 2,25% a 3,25%.

## Pib Efectivo vs Pib de Tendencia (Var. % Anual)



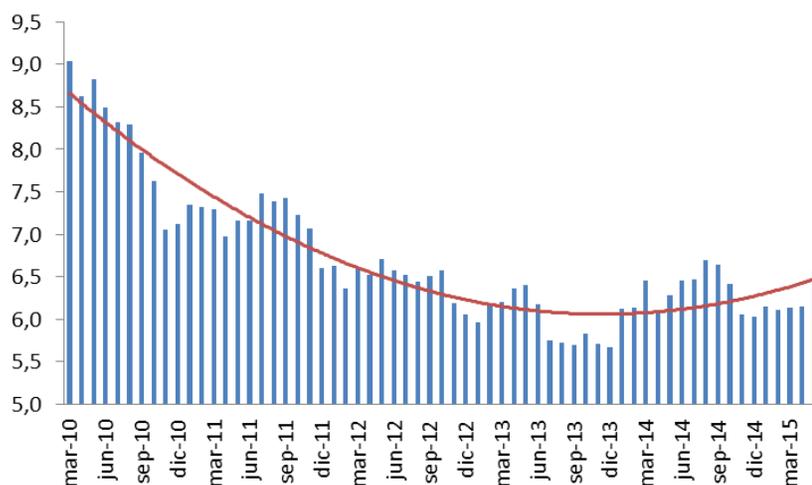
Fuente: Elaboración propia, Banco Central, Dipres.

<sup>4</sup> Informe de Política Monetaria, publicación trimestral en la que el Banco Central da a conocer sus estimaciones para el crecimiento de los principales indicadores macroeconómicos del país.

Por otra parte, y de acuerdo al Fondo Monetario Internacional<sup>5</sup>, Chile deberá conformarse con un crecimiento estimado de 2,5% este año, el que podría recuperarse a niveles de 3,1% en 2016. No obstante, existen estimaciones que apuntan a un dinamismo incluso inferior a los proyectos por el FMI, dando cuenta de la complejidad del escenario económico por el que atraviesa el país. El panorama en América Latina es igual de desolador, previendo el FMI un dinamismo de 0,9% para el 2015 y de 2% para el 2016, mientras que el resto del mundo observaría un crecimiento de 3,5% en 2015 y de 3,8% en 2016.

Otro antecedente es el alza que exhibe la tasa de desempleo, desde 6,1% a 6,6% en el trimestre terminado en mayo, y que refleja que el deterioro económico se está traspasando al mercado laboral. Estos antecedentes son indicativos de la inoportunidad con la que llega la reforma, toda vez que contribuirá a rigidizar el mercado laboral, haciendo aún más difícil la recuperación económica. Un mercado laboral menos flexible incide directamente en menores oportunidades de reinserción laboral, principalmente para los grupos etáreos menos calificados y/o productivos, que son los jóvenes y los mayores. También prolonga indefinidamente el desempleo, afectando así a los más de 560 mil chilenos que no encuentran un puesto de trabajo y de aquellos que no contando con oportunidades salen del mercado laboral.

### Tasa de Desempleo en Chile (Trimestre móvil, en %)



Fuente: Elaboración propia, INE.

Preocupa que el ritmo de incremento en la creación de puestos de trabajo, de 1,2% en doce meses, se ubique por debajo de la expansión de la Fuerza de Trabajo (1,5% en igual periodo), lo que refleja que la demanda de trabajo no está siendo satisfecha por la oferta, y que el desempleo persistirá en los próximos meses. La situación sería aún más dramática de no mediar los empleos estatales. Y es que en el trimestre terminado en mayo, se crearon 155.490 empleos, pero

<sup>5</sup> Panorama Económico Mundial de Abril de 2015

También se destruyeron 63.260 plazas laborales; existiendo entonces una creación neta de empleo del orden de 92.250 empleos anuales. Del total de empleos creados, 82.820 puestos de trabajo correspondieron a actividades ligadas al sector público como administración pública y defensa; enseñanza; servicios sociales y salud, es decir más del 53% del total de empleos creados, y más preocupante aún, esta cifra se eleva a una participación de 89% de total de empleo neto que se generó en el periodo.

Mientras Chile transita hacia una reforma que podría significar una camisa de fuerza para la actividad productiva, otros países buscan favorecer la flexibilidad como la mejor herramienta para combatir los efectos de las crisis y la desaceleración economía que han debido enfrentar. La tendencia en el mundo actual, es ir en sentido opuesto a una mayor rigidez y facilitar la flexibilidad, entre los que destacan España e Italia<sup>6</sup>, entre otros. Algunos de estos ejemplos se revisarán en la próxima sección, en la que se realizará un análisis comparativo, con países seleccionados, para evaluar el impacto que han tenido en los mercados las distintas reformas laborales implementadas, de acuerdo a sus características y objetivos buscados.

### **III. Evidencia comparada**

#### **III.1 Tendencias generales en el mundo**

La tendencia general en los niveles de desempleo mundial se ha mantenido estancada en los últimos 8 años, con pocas proyecciones de mejorías a 2018. A partir de la crisis de 2008, la tasa de desempleo creció significativamente en los países desarrollados, sin que se prevea una recuperación en el mediano plazo.

Los países en vías de desarrollo muestran una realidad dispar. Mientras que en África y el Medio Oriente las tasas superan los 10 puntos, los países del este, sudeste y sur de Asia parecen mantenerse en buenas condiciones, bajo el promedio global, pero a costa de manufactura impulsada por una mano de obra barata y trabajos con escasa calificación y o seguridad.

Para Latinoamérica el panorama es básicamente similar al promedio mundial. Tras un bajo a mediano impacto por causas de la crisis de 2008, que la región absorbió de manera correcta, se mantienen los promedios históricos sin mayor perspectiva de cambio para el corto o mediano plazo. Esto sólo de no mediar una crisis importante, puesto reiteramos que los resultados regionales contemplan sólo un pequeño impacto de la crisis más próxima.

---

<sup>6</sup> Ambos países se han embarcado en años recientes en sendas reformas laborales, sugeridas y apoyadas por la OCDE, que buscan devolver el dinamismo perdido en sus economías.

En cuanto a las diferencias por género, los datos no son auspiciosos. La participación de las mujeres en el mundo del trabajo se ha estancado, incluso experimentando pequeñas bajas en sus niveles históricos. Entre 1990 y 2012 experimentó una caída de 2 puntos, llegando a 55%. Además, el porcentaje mencionado anteriormente no refleja el hecho que las mujeres tienen la mitad de las posibilidades que un hombre de tener trabajo de tiempo completo bajo un empleador. A esto se le suma la realidad que ellas al menos duplican a los hombres en el tiempo utilizado en trabajo no remunerado doméstico.

La brecha salarial persiste, registrándose entre un 10% y un 30% de menor ingreso a igual responsabilidad, y sólo 5 países en las mediciones internacionales alcanzan y superan la paridad de género en ocupaciones como legisladores, gerentes, jueces, etc.

### Tasas de Desempleo en el Mundo (2007-2018)

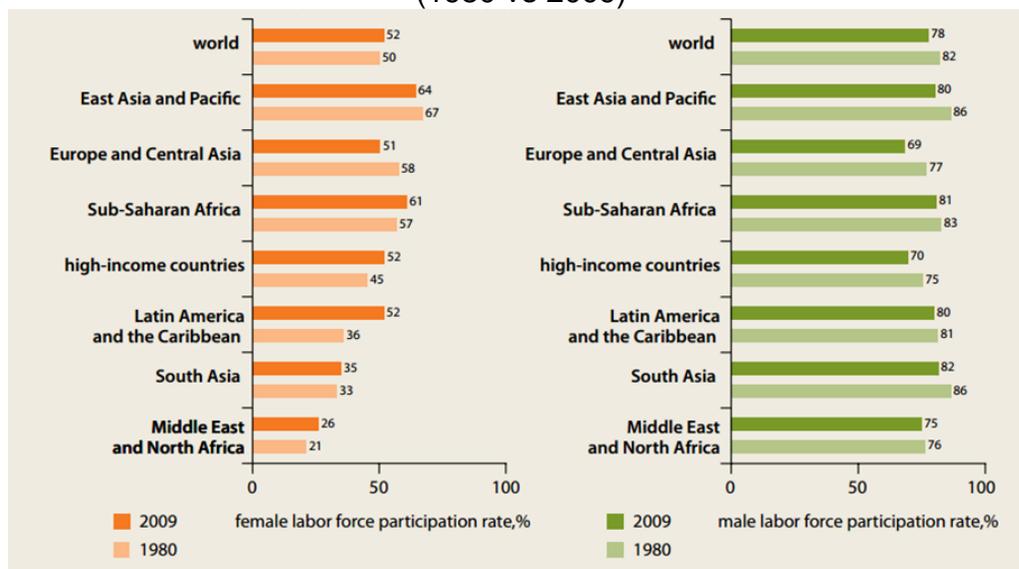
Region	Rate (%)											
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013*	2014*	2015*	2016*	2017*	2018*
World	5.5	5.6	6.2	6.1	6.0	6.0	5.0	5.1	5.1	6.1	6.1	6.0
Developed Economies and European Union	5.8	6.1	8.4	8.8	8.4	8.6	8.6	8.6	8.4	8.2	8.0	7.9
Central and South-Eastern Europe (non-EU) and CIS	8.2	8.1	9.9	9.2	8.5	8.0	8.2	8.3	8.2	8.2	8.2	8.1
East Asia	3.8	4.3	4.4	4.2	4.3	4.4	4.5	4.7	4.8	4.9	4.9	5.0
South-East Asia and the Pacific	5.5	5.2	5.1	4.7	4.4	4.1	4.2	4.3	4.3	4.3	4.3	4.4
South Asia	4.1	4.1	4.2	3.8	3.8	3.9	4.0	4.0	4.1	4.1	4.1	4.1
Latin America and the Caribbean	6.9	6.5	7.5	7.3	6.7	6.6	6.5	6.5	6.5	6.5	6.4	6.4
Middle East	10.2	10.1	10.3	11.1	10.8	10.9	10.9	11.0	10.9	10.8	10.8	10.7
North Africa	11.1	10.5	10.6	10.4	11.8	12.1	12.2	12.2	12.1	12.1	12.1	12.0
Sub-Saharan Africa	7.5	7.7	7.7	7.6	7.6	7.6	7.6	7.6	7.5	7.5	7.5	7.5

Region	Change from 2007 (percentage points)											
	2008	2009	2010	2011	2012	2013*	2014*	2015*	2016*	2017*	2018*	
World	0.2	0.8	0.6	0.5	0.5	0.6	0.6	0.6	0.6	0.6	0.6	0.6
Developed Economies and European Union	0.3	2.6	3.0	2.6	2.8	2.8	2.8	2.6	2.4	2.2	2.1	
Central and South-Eastern Europe (non-EU) and CIS	-0.1	1.7	1.0	0.3	-0.3	0.0	0.0	0.0	0.0	-0.1	-0.1	
East Asia	0.6	0.6	0.4	0.5	0.7	0.8	0.9	1.0	1.1	1.2	1.2	
South-East Asia and the Pacific	-0.2	-0.4	-0.8	-1.1	-1.3	-1.2	-1.2	-1.2	-1.2	-1.1	-1.1	
South Asia	0.1	0.1	-0.2	-0.2	-0.2	-0.1	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	
Latin America and the Caribbean	-0.4	0.6	0.4	-0.2	-0.3	-0.4	-0.4	-0.4	-0.5	-0.5	-0.5	
Middle East	-0.1	0.0	0.8	0.6	0.7	0.7	0.8	0.7	0.6	0.6	0.5	
North Africa	-0.5	-0.5	-0.7	0.8	1.0	1.1	1.1	1.0	1.0	1.0	0.9	
Sub-Saharan Africa	0.2	0.2	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	0.0	0.0	0.0	

Fuente: Global Employment Trends 2014 (OIT)

## Participación Laboral Femenina (1980 vs 2009)



Fuente: World Development Report 2012, Banco Mundial

**III.2 Revisión de casos seleccionados** (Alemania, España, Italia y Grecia) (análisis comparativo pre y post reforma en cuanto a desempleo, fuerza de trabajo, creación de puestos de trabajo (participación laboral), concentración de empleo por sectores (estructuras), calidad del trabajo (formal/informal; asalariado/cuenta propia), participación por género y por grupos étnicos, competitividad del país (efecto de sindicatos fuertes)). (Equipo IL)

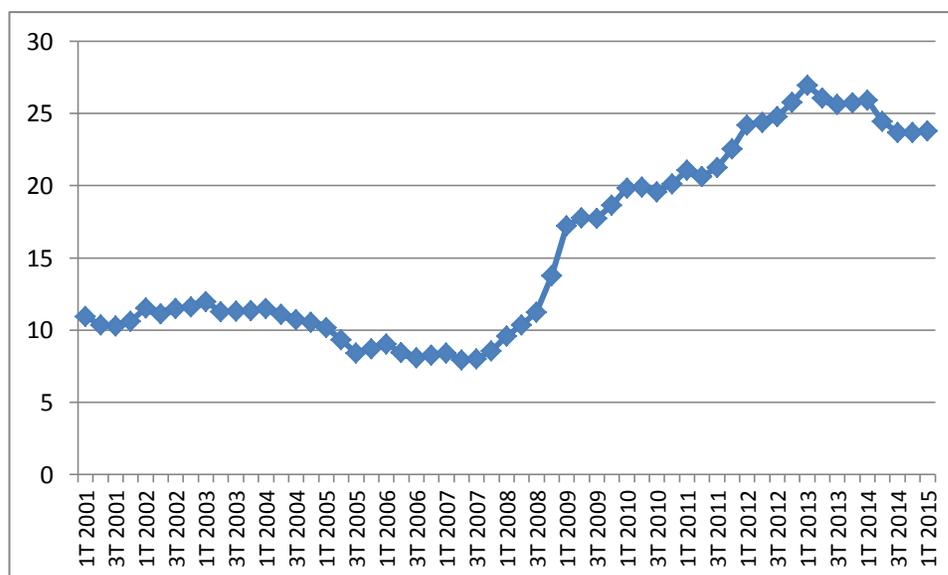
### España

Desde la década del ochenta a la fecha España ha experimentado varias reformas laborales, teniendo como objetivo principal la mayor creación de empleo y el establecimiento de mecanismos de flexibilidad laboral, sin embargo, las medidas no tendrían los resultados esperados.

Destacan como las reformas más importantes las de 1984, 1994, 1997, 2001, 2006, 2010 y 2012. El gráfico a continuación muestra la evolución de la tasa de desempleo desde 2001 al primer trimestre de 2015<sup>7</sup>. El desempleo en la última medición llega al 23,78% de la población activa, existiendo 5,4 millones de personas sin empleo.

<sup>7</sup> [http://www.ine.es/prensa/epa\\_tabla.htm](http://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm)

## Evolución de la tasa de desempleo en España 2001-2015



Fuente: Elaboración propia en base a Instituto Nacional de Estadística (España)

En las cifras del Eurostat<sup>8</sup> se ve que las cifras de desempleo en España (26,1%) junto con las de Grecia (27,3%) son las más altas de la Unión Europea. Además, las estadísticas sobre desempleo en los jóvenes en España superan el 50%. En 2011 llegó al 46,2%, en 2012 al 52,9%, en 2013 al 55,5% y en los datos en el cuarto trimestre de 2013 alcanzaron el 54,9%. Según esas mismas fuentes, el desempleo de las mujeres en España también está sobre el 25%.

### La reforma del 2012<sup>9</sup>

Las principales características del mercado laboral español eran: excesiva rigidez en la regulación de las condiciones internas de trabajo, segmentación entre condiciones laborales de trabajadores indefinidos y temporales, negociación colectiva inadecuada y con falta de capacidad de reacción e inadecuado nivel de formación de los trabajadores. De esta forma el objetivo general era *“construir un nuevo modelo de relaciones laborales que frenara la destrucción del empleo sentara las bases para la creación de empleo estable y de calidad y favoreciera la competitividad”*, buscando que trabajadores y empresas se adapten a la situación económica.

Entre sus objetivos se encontraban:

<sup>8</sup> [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment\\_and\\_beyond](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment_and_beyond)

<sup>9</sup> Informe de evaluación del impacto de la reforma laboral, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, 2013.

1. Favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa real a la destrucción de empleo.
2. Modernizar la negociación colectiva para acercarla a las necesidades específicas de empresas y trabajadores y fomentar del diálogo permanente en el seno de la empresa.
3. Mejorar la empleabilidad de los trabajadores a través de la formación y la eficacia de la intermediación laboral.
4. Fomentar la creación de empleo estable y de calidad y reducir la dualidad laboral.
5. Combatir el absentismo laboral injustificado.
6. Reforzar los mecanismos de control y prevención del fraude, de protección de los derechos de los trabajadores y de lucha contra la competencia desleal a las empresas.

El modelo detrás de la política laboral es de *flexiseguridad*, es decir, que garantice tanto la flexibilidad de las empresas en la gestión de recursos humanos como la seguridad de los trabajadores en el empleo. Esto en un contexto general en el cual la destrucción del empleo era el mecanismo más utilizado para ajustarse a las condiciones de la demanda. En lugar del despido, se buscan alternativas temporales para enfrentar la crisis, como las suspensiones temporales de contrato y reducción de la jornada. Incluso, post-reforma se han mantenido prácticamente los niveles de consenso en las medidas adoptadas entre empresas y trabajadores.

## EVALUACIÓN DE LA REFORMA 2012

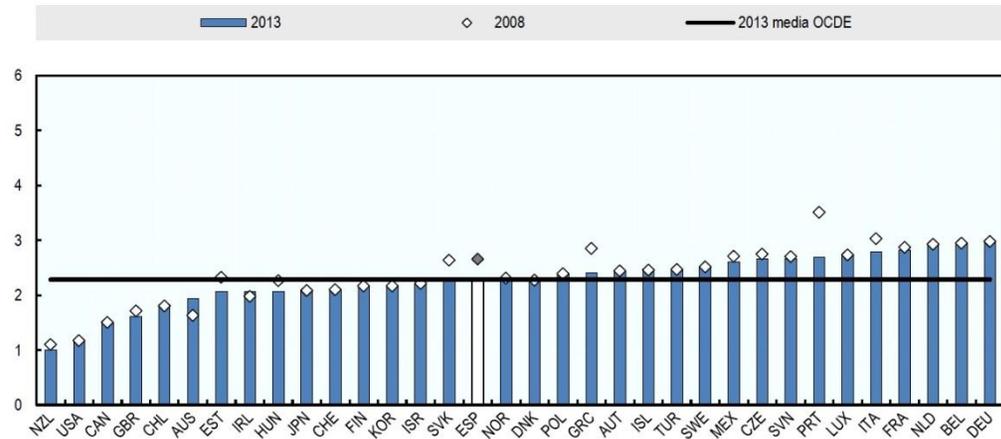
Un estudio de la OCDE<sup>10</sup> en diciembre del 2013 analizaba los efectos de la reforma laboral de 2012. En el documento se afirma que la reforma ha promovido la flexibilidad interna en las empresas, se han reducido los costes ligados al despido para los trabajadores indefinidos, ha contribuido a una significativa moderación salarial, aumento de la contratación indefinida, tiene el potencial para impulsar el crecimiento de la productividad y la competitividad, pero debería ir acompañada de esfuerzos adicionales para promover una mayor competencia en los mercados de bienes y políticas de activación eficientes.

En particular, la reforma redujo la rigidez de la regulación de los despidos como se observa en la siguiente figura.

---

<sup>10</sup> Estudio de la OCDE sobre la reforma laboral 2012 en España: una evaluación preliminar.

Gráfico A. Indicadores de la rigidez de la normativa laboral para trabajadores permanentes contra despidos individuales y colectivos, 2008 y 2013



Notas: Los indicadores varían del 0 (menos rígido) al 6 (más rígido).

Fuente: OECD Employment Protection Database, 2013 update.

## Italia

En una Italia en la que se suceden las noticias económicas negativas (baja actividad económica, baja inflación persistente, datos de empleo que no mejoran) han caído como una bomba las últimas previsiones de la OCDE que auguran que el país cerrará este año con una caída de 0,4 puntos del PIB y anticipan un crecimiento mucho más débil del previsto para el próximo año. Y es que Italia se encuentra técnicamente en recesión desde septiembre de 2013, y este fenómeno se hace sentir con fuerza en la tasa de desempleo, que en junio de 2014 alcanzó un récord histórico tras exhibir una tasa de 13,6%. Desde esa fecha y hasta ahora el desempleo ha fluctuado en torno a esta cifra, anotando en junio de 2015 una tasa de 12,4%.

En este contexto, el Primer Ministro de Italia, Matteo Renzi, ha implementado una reforma laboral que busca precisamente devolver el dinamismo perdido al mercado del trabajo, de forma de lograr salir de la depresión que afecta al Gobierno peninsular. La Reforma, aprobada en octubre de 2014, busca simplificar los tipos de contrato y permite a los empleadores despedir a trabajadores más fácilmente (se limitarán los casos de readmisión obligatoria, tras un despido improcedente).

En líneas generales, la reforma laboral se articula en cinco grandes dimensiones:

1. Revisión del actual sistema de prestaciones por desempleo
2. Reestructuración de los Servicios Públicos de Empleo y de las políticas activas de empleo

3. Simplificación y racionalización de los procedimientos para la gestión de las relaciones laborales
4. Reestructuración de las modalidades contractuales actualmente existentes
5. Reestructuración de la normativa en materia de protección de la maternidad y conciliación laboral

Sin entrar en todos los detalles de la prolija y genérica enumeración de principios, pueden resumirse los objetivos más importantes en cada uno de los apartados de la siguiente manera:

### **1. Prestaciones de desempleo**

El objetivo de la reforma es proceder a una progresiva eliminación del actual sistema de "Cassa Integrazione"<sup>11</sup>, que corresponde a un tipo de subsidio al ingreso para los trabajadores que cumplan determinadas condiciones. Simultáneamente, se pretende una reorganización del actual seguro general de desempleo (Assicurazione Sociale per l'Impiego – ASPI), ampliándolo a trabajadores que están actualmente excluidos del mismo (autónomos dependientes) y mejorando su duración máxima.

Hasta ahora, el subsidio de desempleo en Italia cubría principalmente a trabajadores de empresas de más de 15 empleados y dejaba sin protección a una parte considerable de la fuerza laboral. El nuevo seguro de desempleo tendrá ahora mayor cobertura. Asimismo, se extenderá el salario mínimo para los sectores sin convenios colectivos nacionales.

Ambas medidas señaladas anteriormente apuntan a flexibilizar las condiciones laborales en el seno de las empresas y, al mismo tiempo, mejorar las prestaciones a cargo del Estado para los trabajadores que pierdan su puesto de trabajo.

### **2. Servicios públicos de empleo y políticas activas de empleo**

La reforma crea una Agencia Nacional para el Empleo, que no existe en la actualidad. No obstante, la ley reafirma que la competencia en materia de políticas activas de empleo continuará residiendo en las Regiones y Provincias autónomas.

Por lo demás, la Ley se limita a formulaciones absolutamente genéricas sobre la racionalización de los incentivos para la contratación, los incentivos al autoempleo, la necesaria activación laboral de las personas en situación de desempleo o la revisión de las políticas activas de empleo.

---

<sup>11</sup> La "Cassa Integrazione" es una prestación de apoyo al ingreso. Puede ser Ordinaria (para los trabajadores de empresas industriales en caso de suspensión o contracción temporal de la actividad productiva por eventos ajenos a la voluntad del empresario y de los trabajadores, o por situaciones temporales de mercado); Extraordinaria (en caso de reestructuración, reorganización, conversión, crisis de empresas industriales con más de 15 trabajadores, de empresas comerciales con más de 50 trabajadores, o de empresas de vigilancia).

### **3. Simplificación de procedimientos de relaciones laborales**

La ley se limita a una serie de declaraciones de tipo genérico: racionalización y simplificación de procedimientos, eliminación de las excesivas normas actuales, revisión del régimen de sanciones, etc.

### **4. Reordenación de las modalidades contractuales**

En esta dimensión, las novedades más significativas son las siguientes:

- Establecimiento de un contrato indefinido con tutela creciente en función de la antigüedad del trabajador. En concreto, la indemnización por despido será menos costosa, y se elimina la readmisión en caso de despido sin causa justificada. Con la nueva ley, los costes de despido serán crecientes en función del tiempo trabajado en la empresa y corresponderán a 2 meses por año trabajado, con un mínimo de 4 meses y un máximo de 24.

Además, se clarifican las razones objetivas del despido, definiéndose los motivos que lo justificarían, ya sean económicos, de demanda o por cambios tecnológicos u organizativos de la empresa.

La nueva ley también posibilita la conciliación de mutuo acuerdo entre empresarios y trabajadores en caso de despido, lo que supone otro avance para dinamizar el mercado laboral y reducir la incertidumbre a la hora de contratar. Esta indemnización tendría un coste todavía menor, pero también creciente en función de la antigüedad en la empresa (un mes por año trabajado, con un máximo de 18 meses).

- Anuncio de futuras subvenciones para los contratos de carácter indefinido. La ley se limita a decir a este respecto que estos contratos deben ser “más atractivos con relación al resto de tipos de contratos, en términos de costes directos e indirectos”<sup>12</sup>.
- Introducción, “de manera experimental”<sup>13</sup> de un salario horario mínimo, que no ha existido nunca en Italia, que sea aplicable tanto al trabajo por cuenta ajena como a las actuales fórmulas de autónomos dependientes o falsos autónomos.
- El establecimiento de texto orgánico simplificado sobre tipos de contratos y relaciones laborales, a semejanza del compendio unificado que existe en otros países europeos, siguiendo el modelo español<sup>14</sup>.

### **5. Maternidad y conciliación laboral**

Tal vez uno de los aspectos menos desarrollados en la reforma de 2014, y que no pasa de ser un conjunto de declaraciones genéricas sobre la voluntad de mejorar los derechos sociales y las prestaciones económicas para los casos de maternidad y para la conciliación de la vida laboral y personal, anunciando la

---

<sup>12</sup> Decreto Ley 30/2014, sobre Disposiciones urgentes para favorecer el relanzamiento del empleo y para la simplificación de las obligaciones a cargo de las empresas.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> En España existe el Estatuto de los Trabajadores, texto unificado de los tipos de contratos y relaciones laborales. En España existe desde 1980.

intención de extender estos derechos a colectivos que no cuentan con ellos en la actualidad.

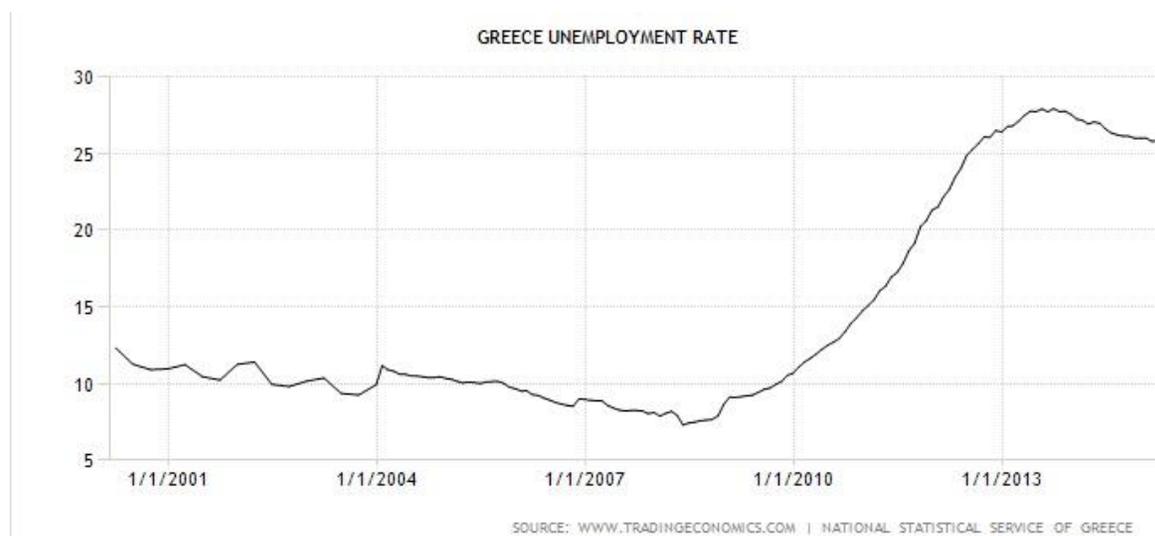
En este apartado no existen plazos ni medidas concretas que permitan dimensionar los efectos y/o alcance de la reforma.

## Grecia

### Crisis y el desempleo

Tal como gran parte de los países de la Eurozona, Grecia experimentó una drástica caída del empleo durante el período 2007-2013. Producto de la crisis global y, propiciada por una contracción del PIB, promediando un crecimiento negativo de -4,37 puntos<sup>15</sup>; la tasa de desempleo subió en 19 puntos, similar sólo al caso español en el mismo período, alcanzando un peak de 27,3%.

Evolución de la tasa de desempleo en Grecia 2000-2015



Fuente: Trading economics, basado en datos del Servicio Estadístico de Grecia

Con el paso de la crisis, se presumió la situación griega mejoraría de cara a 2014. Sin embargo, los problemas asociados a la deuda de Grecia con sus socios de la Unión Europea han impactado aún más en la situación del desempleo. De acuerdo a las cifras oficiales, el segundo trimestre de 2014 registró una tasa de desocupación del 26,6%, mientras que el último llegó al 26,1%. Esto representa un número de 3.535.274 desocupados, de los cuales 1.240.000 son personas que se

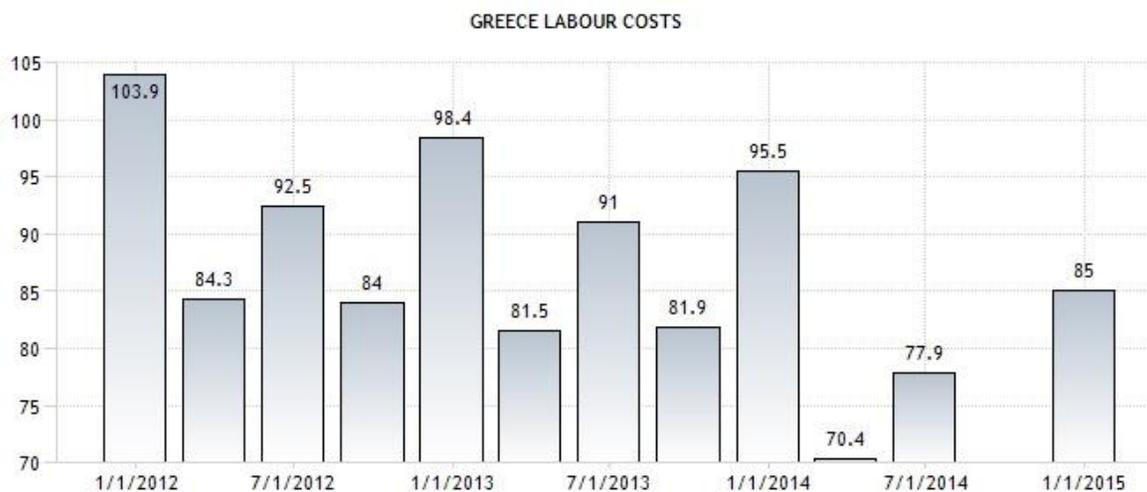
<sup>15</sup> Eurobank (2014), *Economy & Markets*, vol. IX, Issue 6. Junio 2014. Disponible en: [http://www.eurobank.gr/Uploads/Reports/ECONOMYMARKET1\\_JUNE2014.pdf](http://www.eurobank.gr/Uploads/Reports/ECONOMYMARKET1_JUNE2014.pdf)

encuentran en búsqueda de trabajo. De estos, más del 70% son desempleados de largo plazo, es decir, al menos por 1 año.<sup>16</sup>

### Reformas laborales y el combate al desempleo

La crisis por la cual atraviesa Grecia ha forzado la necesidad de reformas laborales, con la finalidad de reducir el desempleo en mente. Tanto como necesidad interna, como también impulsada por la presión de los acreedores, las medidas de austeridad también han impactado principalmente en los costos del empleo.

Costos del empleo en Grecia 2012-2015



Fuente: Eurostat

Si bien, el costo del trabajo en Grecia está casi la mitad por debajo de Alemania, las reformas impulsadas van hacia la congelación de los salarios mínimos y la flexibilidad de las negociaciones, siempre y cuando estas respeten el mínimo. La meta es que este nivel se mantenga en tanto no se regrese a un nivel de desempleo del 10%.<sup>17</sup> Al mismo tiempo, se buscará una institucionalización de los mecanismos para la fijación de tal salario mínimo, los cuales estarán basados en criterios no sólo de supervivencia, pero también en la competitividad y el desempleo. Este plan debería entrar en vigor durante 2017.<sup>18</sup>

La segunda gran reforma tiene que ver con las tasas de impuestos sobre los trabajadores. La medida disminuirá en 3.9% las contribuciones sociales de los trabajadores (dividido en 2.9% por parte del empleador y un 1% a los

<sup>16</sup> Comisión Europea <https://ec.europa.eu/eures/main.jsp?catId=2589&acro=Imi&mode=&recordLang=en&lang=es&parentId=&countryId=GR&regionId=GR0>

<sup>17</sup> Greek national reforms programme 2013, p.36.

<sup>18</sup> Greek national reforms programme 2014, p. 37-38.

empleados),<sup>19</sup> a modo de aumentar los salarios de quienes se encuentran empleados, aumentar las posibilidades de contratación, y más importante, poder reducir la tasa de evasión que existe en el país. Al mismo tiempo, una medida de este tipo buscaría regularizar al menos un poco, la situación del empleo negro.

En cuanto a flexibilidad, se ha permitido a las empresas contratar empleados temporales, sin la restricción de que sea solamente por concepto de aumento de demanda por temporadas. Al mismo tiempo, se ha establecido un período de 3 meses entre el despido de empleados indefinidos y la contratación de empleados temporales.

Por último, se ha priorizado la simplificación de los trámites administrativos de las empresas. Esto se logra digitalizando los trámites de la dirección e inspección del trabajo y la transferencia electrónica, bajo un solo formulario, de las contribuciones sociales de las empresas. Más importante aún, se trabaja ahora en la aprobación de un único código laboral.

#### MINUTA VOTACIÓN EN SALA DE LA REFORMA LABORAL

PROYECTO EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO.

### Boletín N°9835-13

#### **1.- NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y TITULARIDAD SINDICAL. Artículo 303.**

#### **Texto aprobado por la Comisión de Trabajo (paq.82 al 84 del comparado)**

*“Artículo 303.- Negociación colectiva, definición, partes y objetivo. La negociación colectiva es aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro.*

*Las partes deberán negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones siguientes, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ambas.*

*Los trabajadores tendrán derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de la o las organizaciones sindicales que los representen, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en el Título IV de este Libro, a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el Título V de*

---

<sup>19</sup> Ibid. p. 38.

*este Libro, o de forma directa, y sin sujeción a normas de procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 314.*

*Tendrán derecho a negociar los sindicatos que cumplan con los quórum de constitución establecidos en el artículo 227.*

*En todas aquellas empresas en que no exista organización sindical con derecho a negociar, podrán hacerlo, según las normas previstas en el artículo 315, grupos de trabajadores unidos para ese efecto.*

*Para determinar si dos o más empresas deben ser consideradas como un solo empleador para efectos de la negociación colectiva, se estará a lo dispuesto en los incisos cuarto y siguientes del artículo 3° de este Código.”*

Uno de los temas más discutidos durante la tramitación de la reforma laboral pretende reconocer una titularidad exclusiva al sindicato para negociar colectivamente, convirtiéndose en el representante único de los trabajadores en la negociación colectiva y en la celebración de contratos colectivos de trabajo con el empleador. Con esto se reconoce al sindicato como sujeto principal de la negociación colectiva en representación de sus afiliados y solo en aquellas empresas en donde no exista dicha organización sindical con derecho a negociar se posibilita que los trabajadores puedan agruparse para negociar colectivamente, siendo denominados para dichos efectos como “grupo de trabajadores unidos”, poniendo así término a la coexistencia vigente entre sindicatos y grupos negociadores, conforme a las normas del artículo 303 del Código del Trabajo, erradicando así, toda referencia en el concepto de negociación colectiva, en los contratos colectivos del trabajo y cualquier atisbo que se le asemeje, como la figura del delegado sindical, por considerar el Ejecutivo y los parlamentarios de la Nueva Mayoría que dichas figuras solo tienen por objeto mermar el poder negociador de los sindicatos y debilitan su función al interior de las empresas.

### **Puntos Clave**

**Efecto esperado por el Ejecutivo.** Este enfoque pretende que los trabajadores que deseen negociar colectivamente sus condiciones laborales necesariamente deberán hacerlo a través de su sindicato y para lograr tal objetivo deberán afiliarse a un sindicato existente o bien agruparse para crear un sindicato nuevo, lo que en la práctica significaría – según sostiene el Mensaje - una mayor tasa de sindicalización y un aumento en el número de sindicatos. En la práctica, la exclusión de los grupos de trabajadores de estos conceptos va más allá de posicionar al sindicato como titular del derecho a negociar colectivamente, genera un desincentivo a gran escala de toda negociación colectiva que se produzca fuera de una organización sindical, privándole a los trabajadores -que quieren mejorar sus condiciones laborales- todas las prerrogativas que se desarrollan bajo el amparo de la negociación colectiva reglada, entorpeciendo su libertad a negociar en la forma y modo que más les convenga.

**Fundamento del ejecutivo.** El fortalecimiento de los sindicatos implica principalmente reconocerles titularidad sindical para los fines de la negociación, mejorando su posición ante el empleador para mejorar las condiciones de trabajo, como también el acceso a los frutos del crecimiento económico de las empresas. Crítica. No se condice con el escenario de una economía desacelerada, con poca capacidad para crecer y con una política de ajuste fiscal en proceso. ( Ver anexo contexto de la Reforma Laboral)

**Cuestión de constitucionalidad.** El proyecto con el objeto de relevar y fortalecer a los sindicatos como el principal sujeto de la negociación colectiva ha condicionado el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente, de rango constitucional, afectando con ello la esencia de la libertad sindical prescrita en el artículo 19 N°19 de nuestra carta fundamental, razón por la cual esta disposición durante toda su tramitación ha sido objeto se reserva de constitucionalidad, entendiendo que el derecho a negociar colectivamente es un derecho del que constitucionalmente son titulares los trabajadores no importando su forma de organización.

En efecto, el artículo 19 N° 19 de la Constitución, establece el derecho a negociar colectivamente como un derecho propio de los trabajadores, independiente de su forma de organización, lo que implica que no puede negarse el derecho a negociar colectivamente a los trabajadores como se pretende en el proyecto. Esta disposición dispone expresamente que la afiliación sindical será siempre voluntaria, por cuanto cabe preguntarnos ¿qué voluntariedad podría existir en los trabajadores que quieren mejorar sus condiciones de trabajo y remuneración si todos los estímulos, prerrogativas y facultades para negociar con el empleador en un plano de mayor equidad están puestos en la negociación colectiva reglada?, al cual solo podrán acceder una vez que se afilien a una organización sindical, a la luz de esta propuesta.

A su vez, se ha expuesto que esta disposición vulneraría de igual forma el inciso 3, del artículo 19 N°15 de nuestra Constitución, el cual dispone claramente que nadie puede ser obligado a pertenecer a asociación alguna, por cuanto el trabajador puede libremente no querer afiliarse (libertad sindical negativa), lo cual se encuentra en sintonía con lo dispuesto con el inciso 4, del artículo 19 N°16 de la Constitución, al disponer que ninguna ley puede exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad. Similar disposición se encuentra contemplado en por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente al disponer el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresamente el derecho de las personas de asociarse libremente con fines laborales (como negociar colectivamente). Similar disposición podemos encontrar en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por último, establecer la titularidad sindical tal como se propone en el proyecto, supone afectar en su esencia el derecho del trabajador a negociar colectivamente, ya que para su ejercicio requiere como condición previa (sin la cual no lo puede

ejercer) el encontrarse afiliado a un sindicato, lo que impide ejercer libremente este derecho, ya que se le impone la afiliación sindical como requisito sine qua non, lo que afecta directamente la esencia de este derecho y con ello lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución.

**“Artículo 26.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”**

## **2.- EXTENSIÓN DE BENEFICIOS. Artículo 323.**

### **Texto aprobado por la Comisión de Trabajo (págs. 115 al 117 del comparado)**

*Artículo 323.- Efecto de la afiliación sindical y aplicación de las estipulaciones de un instrumento colectivo. La afiliación sindical otorgará de pleno derecho a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorporen, conforme a los requisitos establecidos en dicho instrumento, a partir de la comunicación de la afiliación al empleador.*

*La comunicación al empleador deberá realizarse por escrito al correo electrónico designado por este y enviarse copia de la misma a la Inspección del Trabajo.*

*Las partes de un instrumento colectivo podrán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical. En el caso antes señalado, para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo.*

*El acuerdo de extensión de que trata el inciso anterior deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el empleador podrá aplicar a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, siempre que dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo.*

### **Puntos Clave**

**Los beneficios de un instrumento colectivo se otorgan a los nuevos socios de pleno derecho.** Así obtendrán todos los beneficios provenientes del instrumento suscrito por la organización sindical a la que se incorporen, desde la comunicación de dicha afiliación al empleador.

**Extensión a trabajadores no sindicalizados de los beneficio negociados por el sindicato.** Serán las partes del instrumento colectivo las que acordaran si se

aplican en forma general o parcial las estipulaciones, a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical. A este acuerdo se le exige fijar los criterios generales y no arbitrarios para extender los mencionados beneficios a los trabajadores afiliación. **Critica**, se señala que resulta erróneo hablar de extensión de beneficios, más bien se trata de incorporar los beneficios, pues cuando algo se extiende se hace a quien no forma parte de, y aquí se le está diciendo al trabajador que si desea tener extensión de beneficios debe incorporarse al sindicato.

La OCDE es partidaria de la extensión de los beneficios y así lo recomienda, pero no existe ni un solo país donde la fórmula de extensión se obtiene automáticamente por medio de la afiliación al sindicato.

**Norma Anti-empleo.** Puede provocar que trabajadores recién contratados obtengan por la vía de afiliación al sindicato un mejoramiento de sus remuneraciones, situación que va a generar un desincentivo al empleo, de manera que debiera al menos hacerse una diferenciación entre los actuales trabajadores y los futuros trabajadores.

**Facultad unilateral del empleador de reajustar el IPC.** Se reserva al empleador la decisión unilateral de aplicar a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del IPC . Sin embargo esta facultad está condicionada -eso si - a que dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo.

### **3.- HUELGA. Artículo 347**

#### **Texto aprobado por la Comisión de Trabajo (página 133 del comparado)**

*Artículo 347.- Derecho a huelga. La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores.*

*Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga.*

*La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.*

*La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes.*

*En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme a las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del Trabajo. El Tribunal, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492 de este Código.*

## **Puntos Clave**

**3.1.- Huelga y su definición.** Sin duda uno de los temas que han resultado más gravitantes durante toda la discusión del proyecto son los que se originan en la huelga, particularmente las limitaciones a la facultad de administración y dirección que posee el empleador en la distribución de sus recursos humanos, al vedarse la posibilidad de reemplazar a los trabajadores en ejercicio de la huelga, ya sea por medio de la reasignación interna o por medio de la contratación de nuevos trabajadores para aquellos puestos paralizados y cuya infracción constituye una práctica desleal grave, habilitando a la autoridad laboral para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. Eliminándose, en definitiva, la posibilidad de realizar ajustes o adecuaciones necesarias que no tengan por objeto el permitir el desempeño de las funciones convenidas por el trabajador.

**3.2.- Prohibición del reemplazo de trabajadores y adecuaciones necesarias:** Se suprime la facultad del empleador de reemplazar los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga, con trabajadores propios o externos de la empresa. En ese sentido El Ejecutivo ha resuelto mantener el criterio de no permitir el reemplazo externo ni interno, y solo se permiten ciertas modificaciones en los turnos u horarios y ciertas adecuaciones calificadas de “necesarias” con el solo propósito de respetar los derechos de los trabajadores que no están en huelga y puedan desempeñar las funciones convenidas en sus contratos. Este criterio se sostiene en dos indicaciones que se encuentran íntimamente vinculadas entre sí, a saber:

**En la definición de huelga. Inc.3 Art. 347:** *“La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.”*

**En las prácticas sindicales Letra d), artículo 405.** “El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro”.

***El empleador en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo”.***

De esta discusión surge la interrogante respecto al alcance de “las funciones convenidas”, ya que en principio se pueden alojar en un mismo trabajador diversas funciones. Por cuanto, cabe la necesidad de aclarar si se trata de funciones convenidas ejecutadas, ejecutadas parcialmente, en forma habitual, con intermitencia o de otra índole, que permita clarificar la extensión de dicha expresión y el contenido de dicha norma. A pesar de aquello, el Ejecutivo se negó a profundizar o especificar respecto de que funciones convenidas se trata, limitándose a sostener que estas funciones están dadas no solo por el contrato de trabajo, sino que también por el principio de realidad que inspira, guía e informa a

toda la legislación laboral chilena, por ello sostienen que siendo la realidad de una riqueza tal, que resulta impensado especificar el contenido de las funciones convenidas, dejando en definitiva a que esta extensión y contenido sea resuelto caso a caso por los tribunales, uniformando la jurisprudencia y en el sentido que ha fallado la Corte Suprema, respecto a la prohibición de reemplazo interno.

En definitiva el criterio fijado por el Ejecutivo sostiene la prohibición de todo tipo de reemplazo externo e interno, y solo podrán efectuarse los cambios de turnos u horarios de trabajo y efectuarse las adecuaciones necesarias, con el objeto de garantizar el desempeño de las funciones convenidas por los trabajadores que no se encuentran en huelga. Cualquier otro propósito, por el cual se efectúen cambios de turnos u horarios de trabajo y se efectúen adecuaciones, se considerara como práctica desleal, es decir el despliegue de acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos.

### **3.3.- Limitaciones a la huelga y servicios mínimos estrictamente necesarios:**

El artículo 359, aprobado por la Comisión, dispone que durante la huelga la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal, durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron destinados, esto es:

- **Atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes;**
- Garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas; y
- Garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.

**En esta determinación se deberán** considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.

El personal destinado por el sindicato a atender **los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación y recibirá el nombre de equipo de emergencia.** Sus integrantes deberán percibir remuneraciones por el tiempo trabajado.

**En el caso que el sindicato no provea el equipo de emergencia.** La empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, **incluyendo la contratación de estos servicios,** debiendo informar de ello inmediatamente a la Inspección del Trabajo, con el objeto que constate este incumplimiento. **Las medidas adoptadas por el empleador no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato.**

Sobre este último punto el criterio del Ejecutivo se centró en no dejar margen posible para que se pueda vulnerar la huelga y generar, por omisiones e imprecisiones del texto, espacio para reemplazos internos.

#### **4.- SINDICATOS INTEREMPRESA. Artículo 363.**

##### **Texto aprobado por la Comisión de Trabajo**

*Artículo 363.- Requisitos para la negociación colectiva del sindicato interempresa. Para presentar un proyecto de contrato colectivo en una empresa, el sindicato interempresa deberá contar con un total de afiliados no inferior a los quórum señalados en el artículo 227, respecto de los trabajadores que represente en esa empresa. E*

*En el caso que el sindicato interempresa cumpla la exigencia señalada en el inciso anterior, será obligatorio para la micro empresa negociar colectivamente cuando la organización sindical sólo afilie a trabajadores de micro y/o pequeñas empresas. Tratándose de pequeñas empresas, será obligatorio negociar cuando el sindicato sólo afilie a trabajadores de micro, pequeñas y/o medianas empresas.*

*Para constatar si el sindicato cumple la exigencia contemplada en el inciso segundo, el empleador podrá solicitar dentro de los dos días siguientes a la presentación del proyecto de contrato colectivo, la intervención de la Inspección del Trabajo, la que deberá llamar a una audiencia, siendo aplicable lo dispuesto en las letras d), e) y f) del artículo 342. La negociación se suspenderá mientras la Inspección del Trabajo no resuelva el requerimiento del empleador, tiempo durante el cual los trabajadores gozarán del fuero del artículo 309.*

*Si el sindicato interempresa no cumpliera la exigencia adicional del inciso segundo de este artículo, se entenderá para este solo efecto, que los trabajadores de la empresa afiliados a él constituyen un sindicato de empresa, sujetándose a las normas de la negociación reglada y siéndole aplicable lo dispuesto en los Títulos I, III y IV de este Libro.*

##### **Puntos Clave**

**Titularidad sindical para sindicatos interpresa y obligación de negociar.** Tema fuertemente discutido al interior de la Comisión de Trabajo, en el cual se establece como regla general la obligación del empleador de negociar colectivamente definieron los requisitos que se solicitaran para que estos sindicatos negocien colectivamente, posibilidad que es inexistente en la legislación actual, y que sin embargo se le dedica un título completo en la reforma laboral.

**Obligación de negociar con sindicatos interpresa.** Para ello, se establece una fórmula que diferencia el tipo de empresa para establecer la obligación de negociar con un sindicato interpresa, una vez que se cumplen los requisitos que señala el artículo 363.

- Tratándose del empleador mype, le nace esta obligación cuando (yo agrego “se constata”) que la organización sindical interempresa solo afilia a trabajadores de micro y/o pequeñas empresas.
- A su vez le surge esta obligación al empleador pyme, cuando constata que la organización solo afilia a trabajadores de pequeñas y medianas empresas.

**Constatación de los requisitos.** Se permite al empleador constatar, ante la autoridad laboral, el cumplimiento de las exigencias establecidas por ley, y durante este periodo de constatación se suspende la negociación colectiva, **eso sí, conservando el fuero para este efecto.**

**Incumplimiento de las exigencias de este artículo.** De no cumplirse los requisitos antes señalados (inciso 2), se entiende que estos trabajadores constituyen (solo para dicho efecto) un sindicato de empresa y por cuanto se aplican tanto las normas generales, la titularidad sindical, la extensión de beneficios y el derecho a huelga (***negociación reglada y le serán aplicables las normas bajo el título I, III y IV***).

## **COMENTARIOS JURÍDICOS EN MATERIAS RELATIVAS A LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS: ADMINISTRACIÓN DE FAJAS DE CAMINOS PÚBLICOS**

### **I.- INTRODUCCIÓN.**

En la discusión que se dio al interior de la Comisión Constituyente que produjo la Constitución de 1980, y como natural consecuencia de las circunstancias políticas e históricas anteriores al gobierno militar y que debilitaron enormemente la seguridad jurídica que sustentaba la propiedad privada, se propuso un nuevo orden económico constitucional en el cual se consagrare a la iniciativa privada como el motor principal de una comunidad para desarrollarse y progresar<sup>20</sup>, en contraposición a las filosofías políticas de períodos anteriores que centraban el progreso económico y social en la acción estatal.

En tal sentido, el Informe del Consejo de Estado recaído en la propuesta de Constitución expresaba que *“El proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto (...) lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada. No parece necesario abundar en este concepto para reconocer que su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad empresarial”*<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Este nuevo ordenamiento jurídico debía contemplar *“normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común”*, concluyendo en la importancia de *“incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de empresas del Estado”*. Extractos tomados del Informe Final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y citados en artículo de Enrique Navarro Beltrán, *“La Libertad Económica y su protección”*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N°2, pp. 300 (2001).

<sup>21</sup> Informe Final del Consejo de Estado, pp. 38-39.

Sin entrar al fondo del fundamento filosófico del principio de subsidiariedad, sólo diremos brevemente que su primer sustento “es la convicción de que cada ser humano individual, está provisto de un valor, o dignidad inherente e inalienable, debido al cual el valor de la persona humana es ontológica y moralmente superior al del Estado, u otra agrupación social”<sup>22</sup>.

Al analizar la evolución histórica de la legislación eléctrica desde 1940 a la actualidad, específicamente para el período de 1973-1982, el profesor Eugenio Evans sostiene que “Teniendo en cuenta los problemas estructurales detectados<sup>23</sup> y para dar una solución a ellos, se definió una estrategia para el sector energía y para el subsector eléctrico en particular, consistente con la política general de desarrollo económico y social postulada para el país. En síntesis, se buscaba lograr el máximo bienestar de la comunidad a través de establecer condiciones de eficiencia en el sector, en un marco de subsidiariedad del Estado”<sup>24</sup>.

El mismo autor sostiene, refiriéndose al sector eléctrico, que: “En términos generales, se reconoce que el servicio eléctrico es una actividad económica más, que obedecía a las mismas fuerzas que el resto y que las regulaciones que se impusieran no podían ir contra el principio de subsidiariedad, plasmado en las Bases de la Institucionalidad de la Constitución de 1980”<sup>25</sup>.

Las citas al profesor Evans, si bien están acotadas al sector eléctrico, son perfectamente extrapolables a otros sectores económicos que en décadas pasadas estuvieron controlados en su totalidad por empresas estatales, tales como el sector sanitario.

Ahora bien, ¿qué modelo económico y legal se usó para regular los sectores eléctricos y sanitario en el nuevo orden económico constitucional instaurado por la Constitución de 1980?. El modelo usado fue el de “servicio público” en mano privada, concepto que ahondaremos con mayor profundidad en el siguiente capítulo. Y la modalidad que se usó para que los privados pudieran llevar adelante dichos servicios públicos, sean eléctricos o sanitarios, fue a través de la concesión administrativa, concepto que también será explicado en el siguiente capítulo.

---

<sup>22</sup> Extracto tomado de Carozza, Paolo G. “Subsidiarity as a structural principal of international human rightslaw, *The American Journal of International Law*”, Vol. 97: 38, 2003, p.42, y citado por Francisco Javier Urbina, “El principio de subsidiariedad, sus fundamentos y su función en una sociedad democrática”, *Revista de Derecho y Humanidades*, Nº 11, 2005, p. 326.

<sup>23</sup> Entre éstos, se mencionan: Tarifas ineficientes desde el punto de vista económico, conflicto de interés entre el rol normativo y empresarial en las empresas estatales, dificultad de control, entre otros.

<sup>24</sup> Eugenio Evans E. “*Derecho Eléctrico*”, AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago, 2010, p.16-17.

<sup>25</sup> *Ibid.* p.17.

En el presente informe analizaremos en detalle el conflicto de normas producido entre el artículo 41 del DFL N° 850<sup>26</sup>, (que en esencia atribuye a la Dirección de Vialidad la competencia para administrar las fajas de los caminos públicos, en cuanto bienes nacionales de uso público<sup>27</sup>, para su cuidado y mantención) con determinadas normas de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) y la Ley General de Servicios Sanitarios (LGSS).

Específicamente, se ha producido una fuerte controversia jurídica y constitucional por la aplicación e interpretación que se ha dado al inciso final del precitado artículo 41, que hace de cargo de los respectivos propietarios<sup>28</sup> los costos del traslado de las instalaciones que se encuentran en las fajas de los caminos.

Por su parte, tanto la LGSE como en la LGSS contienen artículos específicos que, contradiciendo al menos en apariencia el inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, disponen que los costos de los traslados ordenados por la autoridad deberán ser asumidos por ésta. En la legislación sanitaria se establece específicamente que dicho traslado será a costa del “interesado”, mientras que la eléctrica hace de cargo *“del Estado o de la municipalidad u organismo que las haya dispuesto”* los costos del traslado.

Por lo explicado en los tres párrafos anteriores es que adquiere importancia comprender adecuadamente el contexto jurídico-constitucional que sustenta el régimen legal y administrativo que rige a los concesionarios de servicio público sanitario y eléctrico, pues no se trata de una mera concesión o “gracia” estatal dada a los privados, sino que se trata de actividades cuyo ejercicio, en virtud del ordenamiento económico constitucional que nos rige, se encomienda a los privados bajo parámetros muy exigentes derivados de ser dichos servicios de carácter “público”, por lo que no resulta baladí determinar, en la controversia particular que se analizará, quién asume los costos de los traslados de las instalaciones que ocupan las fajas de caminos públicos: quién ordena dichos traslados (es decir, la autoridad) o los dueños de las instalaciones (es decir, los concesionarios de servicios público).

En el siguiente capítulo veremos en detalle el concepto de “servicio público” que se aplica tanto a los concesionarios de servicios sanitarios y a los concesionarios de servicio eléctrico (aunque en este último caso, con ciertas excepciones y matices), para luego entrar de lleno al análisis de los fallos que sobre la materia han emitido la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y el Tribunal Constitucional

---

<sup>26</sup>DFL N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N° 206, de 1960, del mismo Ministerio, sobre Construcción y Conservación de Caminos.

<sup>27</sup> Concepto que también será analizado más adelante.

<sup>28</sup> Por “respectivos propietarios”, se entienden los concesionarios de servicio público, sea eléctrico o sanitarios, que accedieron a la faja vía concesión administrativa.

(TC), éste último conociendo de un Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del precitado artículo 41 del DFL N° 850. Adicionalmente, se analizarán una serie de dictámenes de Contraloría que versan sobre el mismo tema.

Por último, se explorarán posibles proyectos de ley que, dadas las conclusiones a que han llegado los últimos fallos emitidos por la Corte Suprema y el TC, sirvan el propósito de asignar al interesado en los traslados, y no a los concesionarios de servicio público, los costos de los mismos.

## **II.- El Concepto de “servicio público” en mano privada y la concesión administrativa<sup>29</sup>.**

Desde una perspectiva finalista<sup>30</sup>, es decir, considerando la prestación final (suministro a clientes), el sector eléctrico y sanitario se constituye como un “servicio público”<sup>31</sup> en mano privada: lo anterior significa la asunción del Estado de la titularidad sobre ese servicio o actividad, en la cual, si bien aquel delega o concede su gestión a privados, asume en cambio (por razones económicas o de buen servicio), poderes de regulación y control del servicio o actividad. Es decir, se reconoce un interés público, pero se entrega la gestión del servicio a empresas privadas, asumiendo el Estado un rol subsidiario, como entidad reguladora y fiscalizadora.

El profesor Alejandro Vergara Blanco va más allá, y sostiene que *“La actividad de servicio público eléctrico puede ser desarrollada por los particulares por la vía de las concesiones, acorde con el actual estatuto jurídico contenido en el art. 19 N° 21 de la Constitución Política, y en aplicación del principio de subsidiariedad recogido en varias disposiciones de tal Constitución (arts. 2 y 19 N° 22). La explicación dogmática del derecho administrativo durante muchos años fue distinta. Se pensaba que estas actividades de servicio público debían ser desarrolladas ab initio por un órgano de la Administración, el cual podía “delegar” tal función en los privados a través de un “contrato de concesión de servicio público”, lo que es claramente arcaico en nuestro estado actual de derecho.*

*Hoy, en Chile, a partir del estatuto jurídico que se desprende de la Constitución, no hay nada que delegar, pues los particulares ab initio pueden desarrollar estas actividades de servicio público, y el legislador debe establecer los marcos*

---

<sup>29</sup> Para este capítulo: Eugenio Evans E. “Derecho Eléctrico”, AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago, 2010, y Alejandro Vergara Blanco, “Derecho de la Energía”, Capítulo 17: “Estatuto general y principios del servicio público eléctrico chileno”.

<sup>30</sup> Eugenio Evans E. ob.cit.

<sup>31</sup> En la terminología legal y administrativa, se puede entender el concepto de servicio público considera dos criterios para definirla: i) orgánico o formal, que identifica el servicio público con los órganos o entes que integran la Administración del Estado y las actividades que dichos órganos realicen; y ii) el funcional, que basa la cualidad de servicio público en la concepción de actividad de interés general, independiente del órgano o ente que la realice y si éste es público o privado, que la satisfaga o realice.

regulatorios atinentes y concordantes con esta forma especial de ejercer la garantía de la libertad económica que se origina en los supuestos de servicio público, en los cuales se deben incorporar los supuestos de esta actividad, las exigencias, las que desde la perspectiva jurídica podemos denominar, por su amplitud dogmática, principios generales.

*De estos principios se derivan: potestades para la Administración; y derechos y obligaciones tanto para el concesionario del servicio público de distribución como para los usuarios finales situados en la respectiva zona de concesión; y, a partir de la especificidad técnica de los sistemas eléctricos, a raíz de las interconexiones y necesaria operación coordinada, hoy también se derivan obligaciones y responsabilidades para generadores y transportistas.”*

Más allá de estas digresiones académicas, y a pesar de no existir una definición legal del término, ni en la LGSS ni en la LGSE, lo concreto es que el “servicio público” tiene ciertas características que se le aplican independientes del tipo de actividad que se realice:

- a)** Continuidad: la actividad no puede interrumpirse o paralizarse dado el carácter público de su función en beneficio de toda la colectividad.
- b)** Regularidad: se refiere a la sumisión del servicio a las reglas o a las normas positivas preestablecidas que lo han creado y estructurado.
- c)** Uniformidad: el servicio ha sido establecido en beneficio o interés de toda la colectividad, por ende, sus prestaciones son iguales para todos aquellos habitantes que, dentro de un mismo orden, se encuentran en condiciones de solicitar sus beneficios.
- d)** Obligatoriedad: la prestación es obligatoria, debe necesariamente cumplirse, sin que pueda la autoridad beneficiar con ella a algunos y negarla para otros, y
- e)** Permanencia: la permanencia está regida por la subsistencia de las necesidades públicas en relación a las cuales fue creado. Si aquellas desaparecen, el servicio automáticamente debe suprimirse no existiendo el fundamento racional y social de su existencia.

En materia sanitaria, todo el régimen de concesiones que pueden otorgarse cae en la categoría de servicio público. No es difícil entender por qué: el suministro de agua potable y todos los servicios previos y posteriores al mismo (producción, recolección y disposición) constituyen un pilar fundamental del funcionamiento normal en la vida de las personas, empresas y en general de la sociedad de un país. Sin un adecuado sistema sanitario en funcionamiento, todas o casi todas las actividades cotidianas de una sociedad civilizada se detendrían. Lo mismo puede decirse del suministro de electricidad. Por tanto, es imperativo que a quienes lleven adelante tales servicios se les exija continuidad, regularidad, etcétera.

Respecto de esta materia, el artículo 5º de la LGSS dispone que:

- Es servicio público de producción de agua potable, aquel cuyo objeto es producir agua potable para un servicio público de distribución.
- Es servicio público de distribución de agua potable, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación.
- Es servicio público de recolección de aguas servidas, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación.
- Es servicio de disposición de aguas servidas, aquel cuyo objeto es disponer las aguas servidas de un servicio público de recolección. Ésta puede ser con tratamiento o sin tratamiento, caso en el cual tal función se concentra en el concesionario de recolección, condicionado a la autorización del Servicio de salud competente y sujeto a un sistema de vigilancia, sin necesidad de solicitar concesión alguna. De requerirse por la autoridad sanitaria un sistema de tratamiento, el recolector deberá solicitar una concesión de disposición de aguas servidas lo que se confunde con el tratamiento.

Luego, las características propias del servicio público precitas están claramente establecidas (las más importantes al menos) en los artículo 35 y siguientes de la LGSS, que establecen (artículo 35) que: *“El prestador deberá garantizar la continuidad y la calidad de los servicios, las que sólo podrán ser afectadas por causa de fuerza mayor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, podrá afectarse la continuidad del servicio, mediante interrupciones, restricciones y racionamientos, programados e imprescindibles para la prestación de éste, los que deberán ser comunicados previamente a los usuarios. (...)”*.

Asimismo, la Superintendencia de Servicios Sanitarios *“podrá ordenar a las concesionarias la suscripción de contratos que aseguren la provisión de agua cruda, cuando su ausencia, por negligencia o imprevisión, afecte la continuidad del servicio. Las circunstancias indicadas serán calificadas en resolución fundada de la Superintendencia. (...)”*.

Es decir, se menciona expresamente el concepto de “calidad”. A este respecto, el profesor Alejandro Vergara Blanco sostiene que: *“El concepto de “calidad del servicio” que incorpora la legislación eléctrica chilena, más que un principio delimitado, pareciera definir completamente al servicio público, comprendiendo todas las exigencias del servicio público eléctrico establecidos en las leyes y*

*Reglamentos. Es como si bastara con decir que el servicio público debe ser de “calidad”, para englobar en tal concepto su continuidad, regularidad, seguridad y obligatoriedad”.*

*Luego, sostiene que “(...) ya no debiésemos considerarla como uno más de los principios del servicio público, es más que eso: el criterio superlativo del servicio público, la condición global hacia la que tienden todos los que en estricto rigor pueden ser calificados como verdaderos principios del servicio público.”.*

Si bien el profesor Vergara Blanco está refiriéndose al servicio público eléctrico, sus conclusiones en cuanto a la preeminencia del factor “calidad” son igualmente aplicables al sector sanitario u otra legislación sectorial que la incluya.

Por su parte, en materia eléctrica el asunto es un tanto más complicado. Sin perjuicio de que el sector eléctrico, desde una perspectiva global, se configure como un “servicio público en mano privada”, la LGSE en el artículo 7º, incisos 1º y 3º, respectivamente, ha declarado como “servicio público eléctrico” de manera específica a la actividad de distribución a usuarios finales ubicados en zonas de concesión o conectados a ellas mediante líneas propias o de terceros, y a las actividades de transmisión, en sus fases troncal y subtransmisión.

En definitiva, donde se aplica en plenitud todas las características del servicio público mencionadas previamente, es en el segmento de distribución a usuarios finales en zonas de concesión. El segmento generación no cae en la categoría de servicio público. Éste se caracteriza por ser un mercado competitivo, donde no existen economías de escala y en la cual los precios tienden a reflejar el costo marginal de producción. No existen además, barreras legales para la entrada de nuevos actores, ni se identifican monopolios naturales, sin que todo lo anterior obste a la existencia de cierta regulación por parte del Estado.

Las últimas reformas importantes realizadas a la legislación eléctrica confirman la inclusión del segmento generación en la aplicación de algunas de las características propias del servicio público. De esta manera, a raíz de la gravísima sequía que afectó nuestro país en 1998 y 1999, y que produjeron graves trastornos al suministro de agua potable y la generación de electricidad, se dejó de considerar a la sequía prolongada como causal de fuerza mayor o caso fortuito, debiendo las empresas generadoras pagar compensaciones a los usuarios por dichos déficits hídricos (en caso deriven en cortes por falta de producción de energía eléctrica). En otras palabras, la obligación de “continuidad” del servicio público ha sido traspasada a las empresas generadoras, las cuales, ante la inminencia de pagar compensaciones y ser multadas y sin poder excusarse por la falla de alguna central por la existencia de sequía, se han transformado, hasta cierto punto, en empresas de utilidad pública.

Por su parte, el segmento transmisión fue declarado como servicio público con la aprobación de la Ley Corta I a principio de la década de 2000, con el fin justamente de someter al propietario de los sistemas de transporte de energía

Eléctrica a las mismas exigencias que se hacen para el sector de distribución y que consisten básicamente en continuidad, calidad, no discriminación y obligatoriedad en la prestación del servicio.

En conclusión, es importante tener claro que la actividad económica que cae en la categoría de servicio público está sometida a una fuerte regulación, supervigilancia y fiscalización por parte del Estado en razón del carácter esencial para el adecuado funcionamiento del país de los servicios que se proveen, y el alcance casi total que dichos servicios tiene en la población nacional.

Por tanto, es la misma población nacional quien debe pagar por recibir un suministro de un servicio público sanitario y eléctrico que el Estado chileno exige sea oportuno, de calidad, continuo y permanente, siendo natural que el administrador de los denominados “bienes nacionales de uso público” (cuyo significado y alcance se explicará con mayor detalle en el siguiente capítulo), es decir, el mismo Estado de Chile, favorezca el acceso gratuito de los concesionarios de servicio público a los precitados bienes de uso público, y asuma los eventuales costos de los traslados que la autoridad decreta.

### **III.- El Concepto de los “bienes nacionales de uso público”<sup>32</sup>.**

Variados y abundantes han sido los conflictos que, en los últimos años y ante los Tribunales de Justicia o en solicitud de dictámenes de Contraloría, han involucrado a los denominados “bienes nacionales de uso público”, incluyendo: el acceso a las playas; el uso público de caminos situados en terrenos privados, la naturaleza jurídica del subsuelo de los bienes nacionales de uso público; y el cierre, por motivos de seguridad, de calles y pasajes urbanos.

En definitiva, los interrogantes de fondo que se plantean en estos conflictos se refieren a: ¿de quiénes son dichos bienes?, ¿son del Estado?, ¿de todos?, ¿constituyen “propiedad común”?, ¿es propiedad de “todos nosotros”, ¿quiénes exactamente somos “todos”?. Aquí entran en juego distintas visiones doctrinales acerca de los que estos bienes realmente son.

Pero veamos primero la explicación general y doctrinalmente aceptada de lo que son los bienes nacionales de uso público, en adelante “BNUP”, en el contexto de los bienes materiales.

- Bienes privados y Bienes públicos.

En primer lugar, debe distinguirse entre bienes fiscales y BNUP. Los bienes fiscales tiene la naturaleza jurídica de “bienes privados”, dentro de los cuales se comprenden además los bienes de particulares y los bienes municipales.

---

<sup>32</sup> Basado principalmente en: Alejandro Vergara Blanco, “Naturaleza Jurídica de los “Bienes Nacionales de Uso Público”, Derecho Administrativo, pp.73-83.

Entonces, al hablar de “bienes públicos” nuestra legislación se está refiriendo a los BNUP como las calles, plazas, puentes y caminos, según los ejemplos que da el artículo 589 inciso 21º del Código Civil; o las aguas (artículo 6º del Código de Aguas); o los álveos o lechos de ríos y lagos (artículo 30 del Código de Aguas).

Por su parte, son bienes privados, para la legislación chilena, todos aquellos que no son públicos, o sea, “aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes”, y que pertenecen directamente a una persona, ya sea un particular, o están destinados por el Estado a uno de sus organismos fiscales o si son municipales. Todos estos bienes, a diferencia de los bienes públicos, se rigen por el derecho común.

Es importante hacer la distinción entre bienes fiscales y municipales por un lado, y BNUP, ya que los primeros tienden a ser confundidos por “bienes públicos”, en circunstancias que se rigen, al igual que los bienes de particulares, por las normas del derecho común.

- Explicaciones doctrinales de los Bienes Públicos.

Explicado lo anterior, debe mencionarse a continuación que el régimen jurídico actual, siguiendo una importante tradición histórica, considera a los bienes públicos como bienes del “dominio público” o del “dominio del Estado”, lo que lleva inmediatamente a la duda sobre qué diferencia existe entre el dominio que un ente estatal o municipalidad puede tener sobre un bien fiscal o municipal, respectivamente, y el que tiene el Estado sobre los BNUP. Evidentemente se tratan de dominios de distinta naturaleza, ya que está explícitamente establecido que los bienes fiscales y municipales se rigen por las mismas normas que rigen a los bienes privados.

Para explicar el especial vínculo del Estado con los bienes públicos, se explicará la teoría de la *publicación* y las dos explicaciones que fundamentan la publicación: la concepción “patrimonialista” y la “funcionalista”.

La teoría de la *publicatio* presupone una intervención administrativa en que se trasvasan al ámbito público ciertas actividades y bienes que pudieran parecer del ámbito privado (recordemos que los bienes fiscales y municipales forman parte del ámbito privado). De esta manera, se invade el área privada mediante la publicación que opera sobre un sector o determinados bienes, los que en consecuencia, quedan fuera del comercio privado de los bienes, o se constituyen en sectores regulados por la misma Administración o Estado. Implica, en definitiva, la exclusión de estos bienes de la posibilidad de apropiación privada, sea por prescripción u otros medios hábiles del derecho civil.

A su vez, existen dos visiones doctrinales sobre la naturaleza de este vínculo que se produce entre el Estado o nación con ciertos bienes denominados “públicos”: la concepción “patrimonialista” y la “funcionalista”.

La concepción “patrimonialista” considera el dominio de los bienes públicos como un tipo especial de propiedad, pero igualmente propiedad, que se distingue de la privada por ser ésta “del Estado”. Esta tesis se ve reflejada en algunos textos legales que declaran a los bienes públicos como “propiedad” de la nación o como “propiedad” estatal. Su característica común es la utilización del concepto de propiedad o dominio.

Por su parte, la concepción funcionalista ve en el dominio público de los bienes, más que un “dominio o propiedad” sobre éstos, un soporte jurídico de potestades, es decir, un título jurídico de intervención que habilita al Estado-administración a disciplinar ciertas conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias del interés general.

A nuestro juicio, la concepción funcionalista es la que mejor explica la actual dinámica<sup>33</sup> en que se desenvuelve la relación entre el Estado, los bienes públicos y los bienes privados. En efecto, los bienes públicos, por sus especiales características de uso y aprovechamiento, de inalienabilidad e imprescriptibilidad, se resisten a ser configuradas en base al concepto de propiedad, que supone la plena disposición sobre el objeto. Los bienes públicos están más bien destinados a un determinado fin, que en general debieran estar al alcance pleno de los particulares, quienes podrán usarlos en forma común o exclusiva, según su naturaleza, bajo la administración y gestión de los poderes públicos.

Lo anterior queda de manifiesto al analizar las potestades del Estado sobre las riquezas nacionales, por ejemplo, los minerales, las que efectivamente se declaran de “dominio público”.

Pero esta declaración no tiene un interés patrimonial del Estado; más bien tiene el objeto de buscar el cumplimiento de fines de interés público. Con dicha declaración lo que se hace es publicar una determinada actividad (en el ejemplo propuesto, la minería), de la cual surgen potestades permanentes para el Estado y que regulan el acceso de los privados a su aprovechamiento.

Esta teoría permite por un lado el uso preferente y público de estos bienes (por ejemplo, de las calles o plazas), y por otro, cuando es posible y de interés de los particulares, por la vía de la concesión se regula el otorgamiento de derechos de aprovechamiento privativo a favor de los particulares (por ejemplo, las concesiones mineras, el derecho a instalar quioscos en la vía pública y las concesiones de uso de aguas).

En definitiva, la *publicatio* opera principalmente para evitar la apropiación privada de estos bienes y con la finalidad de entregar al Estado atribuciones interventoras para regular su uso. Sea que un bien sea “del Estado”, “de la nación”, “del dominio público”, o cualquier otra fórmula que se encuentre en la legislación, ésta

---

<sup>33</sup> En mi opinión personal, es también la que mejor se adapta a los principios económicos que sustentan la Constitución Política de la República.

denominación tiene por finalidad, más que el establecimiento de una especie de propiedad, excluir la aplicación del derecho común o civil para la apropiación de dichos bienes. Ahí radica la esencia de un bien “público” en contraposición a uno “privado”.

En los siguientes capítulos se analizarán en detalle una serie de dictámenes y fallos cuya completa comprensión exige un manejo adecuado de los dos conceptos recién analizados: el servicio público en el derecho administrativo y los bienes nacionales de uso público. Lo anterior en cuanto los precitados fallos y dictámenes resuelven conflictos jurídicos que involucran, por un lado, a concesionarios de servicio público eléctricos y sanitarios, y por otro, a un ente estatal (la Dirección de Vialidad) con competencia para regular el buen uso y el acceso a las fajas de los caminos públicos, cuya naturaleza jurídica es la de bienes nacionales de uso público.

#### **IV.- Revisión y Análisis de Dictámenes de Contraloría.**

Como se explicó brevemente en la introducción, analizaremos en este informe una serie de dictámenes y fallos que tratan la controversia suscitada por la aplicación e interpretación que se le ha dado al inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, en contraposición a ciertas normas de la LGSS y la LGSE.

Antes de revisar los dictámenes de Contraloría, revisaremos las principales normas involucradas en la controversia jurídica que produjo la serie de fallos y dictámenes que se verán posteriormente.

- El artículo 41 del DFL N° 850 establece:

*“Artículo 41º.- Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo.*

*Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, y respecto de aquellos caminos que construya el Ministerio de Obras Públicas, y que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del mismo Ministerio, este último otorgará concesiones a particulares mediante decreto supremo, y según el procedimiento estipulado en el citado cuerpo legal. Estas concesiones se otorgarán mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Para tales efectos, el expropiado, o el propietario colindante, en su caso tendrá prioridad en caso de igualdad de condiciones en el proceso de licitación de la concesión, la que deberá, además, materializarse en conformidad a las bases respectivas y dentro de un plazo máximo de tres años.*

*Sin perjuicio de sus atribuciones, la Dirección de Vialidad podrá autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley. Estos derechos serán exigibles respecto de aquellos permisos y contratos de concesión otorgados con posterioridad a la publicación de la Ley Nº 19.474.*

*Dichas autorizaciones deberán otorgarse, a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas. La Dirección de Vialidad no tendrá responsabilidad u obligación alguna por el mantenimiento y conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones.*

*La Dirección de Vialidad, mediante resolución fundada, podrá ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo, previa restitución de los derechos pagados, en proporción al tiempo que reste para que la autorización a que se refiere el inciso tercero, llegue a su término.*

***En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo.”***

Como puede apreciarse, este artículo entrega competencia a la Dirección de Vialidad para supervisar el cuidado y el buen uso de las fajas de los caminos públicos, y su inciso final hace de costo del propietario de las instalaciones que ocupen las fajas de los caminos públicos el costo del traslado de dichas instalaciones. A su vez, tanto en la LGSS como en la LGSE existen artículos que hacen de cargo “del interesado” o de la autoridad que ordene el traslado el costo del mismo, respectivamente. Estos son:

- El Artículo 124 (LGSE) establece que:

*“Artículo 124.- Dentro del territorio en que el concesionario haga servicio público, en las calles o zonas que fijen los Alcaldes, éstos podrán decretar, oídos los concesionarios, que canalicen subterráneamente sus líneas de distribución existentes de energía eléctrica. En este caso el concesionario podrá exigir a la*

*Municipalidad un aporte financiero reembolsable por el costo de las obras de la canalización subterránea, deducido el valor de los materiales de la línea aérea existente que se retire. El concesionario determinará los valores que correspondan, pero la Municipalidad podrá reclamar a la Superintendencia, quien efectuará en este caso una tasación definitiva. El cumplimiento del decreto alcaldicio de canalización subterránea, estará condicionado a la entrega del aporte financiero reembolsable, cuando corresponda, por parte de la Municipalidad.*

***Si el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos efectuaren obras de rectificación, cambios de nivel o pavimentación definitiva en calles, plazas y caminos, podrán disponer que los concesionarios de servicio público de distribución de energía eléctrica hagan en sus instalaciones las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción de esas obras. El costo de estas modificaciones será de cargo del Estado o de la municipalidad u organismo que las haya dispuesto.”***

- Por su parte, la LGSS dispone en su artículo 46:

***“Artículo 46.- Cuando trabajos o instalaciones de terceros, hagan necesario trasladar o modificar instalaciones de servicios públicos existentes, correspondientes a los indicados en el número 1 del artículo 1° de esta ley y éstas hubiesen sido construidas de acuerdo con las normas o indicaciones de los organismos pertinentes, el costo de tales traslados o modificaciones será de cargo del interesado.”***

De esta manera, desde el punto de vista jurídico, la controversia radica esencialmente en determinar qué norma de las recién transcritas se aplicaría a un caso concreto de traslado de instalaciones de las fajas de los caminos públicos, en virtud del principio de especialidad: las leyes sectoriales eléctricas y sanitarias, por un lado, o el DFL N° 850 del MOP.

Otra arista que ha sido abordada, al menos a nivel de dictámenes de la Contraloría, es el que se refiere a si los concesionarios sanitarios o eléctricos deben pagar derechos y solicitar autorización por acceder a la faja de los caminos. Aquí nuevamente nos encontramos con una aparente contradicción entre el artículo 41 del DFL N° 850 del MOP, específicamente su inciso tercero, y ciertos artículos de LGSE y LGSS que hacen explícito el acceso gratuito para los concesionarios de servicio público.

#### **a) Dictamen de Contraloría N° 65813, de 2011.**

En este dictamen, quizá el más importante de los que se analizarán aquí, la Contraloría se pronuncia sobre dos aspectos:

i) Si resulta procedente que la Dirección de Vialidad exija que las empresas concesionarias de servicio público de distribución eléctrica cuenten con una autorización de esa Dirección para instalar postaciones eléctricas en las fajas fiscales de caminos públicos y, en su caso, el alcance de dicha autorización, y

-Respecto del primer punto, y como recién se mencionó, el inciso tercero del referido artículo 41 señala que la Dirección de Vialidad podrá autorizar en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley.<sup>34</sup>

Basados en este inciso, la Dirección de Vialidad se ha atribuido la facultad de cobrar derechos y otorgar autorización para acceder a las fajas de los caminos públicos.

A lo anterior, las concesionarias de distribución de energía eléctrica argumentaron que no corresponde tal autorización atendido los derechos que les confiere su calidad de concesionarias, lo que produciría que el ejercicio de la potestad autorizacional por parte de la Dirección de Vialidad carezca de sentido y fundamento; asimismo sostuvieron que esa autorización es gravosa para su actividad, ya que la limita y condiciona más allá de lo permitido por la ley; por último, dicha autorización importa una subordinación del Ministerio de Energía a esa Dirección, afectando el principio de la unidad de acción que rige a la Administración, y, en fin, que las exigencias que se imponen para otorgar esas autorizaciones estarían contempladas en actos infrareglamentarios.

¿A qué se refieren con “los derechos que les confiere su calidad de concesionario”?<sup>35</sup>

El artículo 16 de la LGSE dispone que *“Las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para*

---

<sup>34</sup>A lo anterior, el inciso cuarto del artículo 41 agrega: *“Dichas autorizaciones deberán otorgarse, a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas”.*

<sup>35</sup>Por su parte, la legislación sanitaria es más explícita aún:

*“Artículo 9° Las concesiones otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para construir o instalar infraestructura sanitaria, siempre que no altere, en forma permanente, la naturaleza y finalidad de éstos. Asimismo, otorgan el derecho a imponer servidumbres, que se constituirán en conformidad con lo establecido en el Código de Aguas.”*

*“Artículo 9° bis.- Las concesiones para establecer, construir y explotar servicios públicos destinados a producir agua potable, distribuir agua potable, recolectar aguas servidas, y disponer aguas servidas, otorgan derecho a usar, a título gratuito, bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria, en las condiciones dispuestas por las respectivas municipalidades cuando estas instalaciones pudieran afectar el normal uso del bien nacional de uso público. (...)”.*

*tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión. (...)*”.

Por su parte, el artículo 55° establece que *“Las líneas de transporte y distribución de energía eléctrica podrán atravesar los ríos, canales, las líneas férreas, puentes, acueductos, cruzar calles, caminos y otras líneas eléctricas.*

*Estos cruzamientos se ejecutarán en conformidad con las prescripciones que establezcan los reglamentos, de manera que garanticen la seguridad de las personas y propiedades.”*

Luego, el dictamen destaca el artículo 15 de la misma LGSE: *“Las concesiones se otorgarán sin perjuicio del derecho de tercero legalmente establecido con permiso o concesión, y en lo que ellas no prevean, estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia.”*

Ahora bien, ¿cuál es la interpretación que hace la Contraloría de las normas anteriores?. Ésta sostiene que *“en ese contexto normativo, y considerando que el antes referido artículo 41 no efectúa distinción alguna en cuanto a la existencia de título previo para efectuar las instalaciones de que trata, que la regulación eléctrica exige el sometimiento de los concesionarios de distribución de energía eléctrica al resto del ordenamiento jurídico, y que en la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 19.474 -que incorporó en los términos señalados el mencionado artículo 41 del decreto con fuerza de ley N° 850, citado- se alude expresamente a la aplicación del precepto a las concesionarias eléctricas, es dable sostener que éstas requieren contar con la autorización del órgano administrador de las fajas adyacentes a los caminos públicos -Dirección de Vialidad- para la ejecución material de las obras propias de sus instalaciones en tales fajas.”*

Entonces, basados en el artículo 15 transcrito y en la historia de la ley N° 19.474 que introdujo la redacción actual del artículo 41, la Contraloría concluye que la Dirección de Vialidad tiene la potestad de otorgar autorización para ocupar las fajas de los caminos.

Pero enseguida se aclara el alcance de dicha autorización: *“Es preciso tener presente que en ningún caso la autorización de que se trata puede ser entendida como título habilitante para ocupar la faja adyacente a los caminos públicos, por cuanto esa ocupación constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en conformidad al estatuto jurídico que rige esa clase de concesiones.”*

Luego añade que *“el título que habilita para ocupar los bienes de que se trata es la concesión eléctrica, al establecer que las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público con el fin de tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión, y al disponer que el decreto de otorgamiento de la concesión debe contener su ubicación, con indicación de los caminos, calles y otros bienes*

*nacionales de uso público que se ocuparán, y de las propiedades fiscales, municipales y particulares que se atravesarán.”*

Entonces, la conclusión a la que se llega es que la autorización para ocupar la faja de los caminos públicos por parte de los concesionarios debe provenir de la Dirección de Vialidad en virtud de lo dispuesto en los incisos primero y tercero del artículo 41 del DFL N° 850, pero dicha autorización *“sólo puede tener por finalidad comprobar y verificar el cumplimiento de ciertos requisitos que garanticen que el ejercicio de ese derecho no producirá ninguna perturbación en el bien público que se pretende proteger con su regulación”*, sin que lo anterior implique una subordinación del Ministerio de Energía a la Dirección de Vialidad.

Se concluye en definitiva que, obtenida la concesión por la empresa eléctrica, el único requerimiento que puede hacer la Dirección de Vialidad se relaciona solamente con *“medidas que garanticen el uso adecuado de dichos bienes y el resguardo de la seguridad vial, y limitadas a las necesarias para obtener dichos fines, sin que puedan representar un actuar arbitrario de la autoridad administrativa, por lo que, desde ya, a juicio de esta Entidad de Control, no serían aplicables a las concesionarias de que se trata la exigencia de garantías –por cuanto no se advierte su fuente legal-, ni los plazos de duración de las autorizaciones, ya que las concesiones eléctricas se otorgan por tiempo indefinido.”*

ii) Si resulta procedente que el costo de traslado de instalaciones eléctricas y sanitarias, ubicadas en las fajas adyacentes de caminos públicos, sea asumido por las respectivas empresas, cuando ese traslado ha sido dispuesto por la aludida Dirección de Vialidad.

- El segundo punto abordado en el dictamen se aboca a resolver el punto principal del conflicto que este informe analiza: si el costo del traslado de instalaciones eléctricas y sanitarias, ubicadas en las fajas adyacentes de caminos públicos, debe ser asumido por las respectivas empresas, cuando ese traslado ha sido dispuesto por la Dirección de Vialidad.

¿Qué dicen sobre esta materia la LGSE y la LGSS?.

La LGSE, en su artículo 124 dispone, en su inciso segundo, que *“Si el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos efectuaren obras de rectificación, cambios de nivel o pavimentación definitiva en calles, plazas y caminos, podrán disponer que los concesionarios de servicio público de distribución de energía eléctrica hagan en sus instalaciones las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción de esas obras. El costo de estas modificaciones será de cargo del Estado o de la municipalidad u organismo que las haya dispuesto.”*

Por su parte, la LGSS establece en su artículo 46 que *“Cuando trabajos o instalaciones de terceros, hagan necesario trasladar o modificar instalaciones de servicios públicos existentes, correspondientes a los indicados en el número 1 del*

*artículo 1° de esta ley y éstas hubiesen sido construidas de acuerdo con las normas o indicaciones de los organismos pertinentes, el costo de tales traslados o modificaciones será de cargo del interesado.”*

A lo anterior se opone el inciso final del artículo 41, ya citado en este informe, que establece que cualquiera sea el motivo para cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, dicho traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo.

Lo primero que se destaca de lo dictaminado por la Contraloría, es que pone de relieve, anticipando de alguna manera el dictamen final, el criterio adoptado por la misma entidad de control en presentaciones similares.

Al respecto se señala que, si bien el inciso final del mencionado artículo prima en relación a las normas que sobre la misma materia se contienen en los cuerpos legales reguladores de la actividad pertinente, dictámenes anteriores<sup>36</sup> excluyeron de su aplicación al traslado de las instalaciones correspondientes a concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la ley N° 19.474, esto es, antes del 30 de septiembre de 1996, cuyo costo de traslado continuaba de cargo de la autoridad que lo disponía.

En este punto nos detendremos brevemente: ¿porqué se dictaminó que el costo del traslado para las concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la ley N° 19.474 debe ser asumido por la autoridad que lo ordena?

El Dictamen 12.351, de 2000, señala al respecto que *“en cuanto a la aplicación del aludido inciso séptimo del artículo 41° a instalaciones correspondientes a concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la ley 19.474, debe señalarse que de la historia de la ley fluye que la voluntad del legislador fue que el precepto en cuestión sólo rigiera para el futuro.”*

Luego agrega que *“el costo de los trabajos debe ser asumido por la administración y no por Chilectra S.A. que es titular de la respectiva concesión. Lo anterior de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del antiguo artículo 42° del decreto N° 294, de 1984, de Obras Públicas, en cuanto estatuye que el cambio de ubicación de las instalaciones “será hecho por cuenta exclusiva del interesado”, calidad esta última que inviste, en la situación en comento, el Ministerio de Obras Públicas.”*

La alusión al “antiguo artículo 42°” se refiere al artículo antecesor del actual artículo 41 del DFL N° 850. Este artículo anterior, al señalar que el costo de traslados debía correr por cuenta del interesado, coincide con lo señalado en la actual normativa sanitaria y eléctrica.

---

<sup>36</sup>Dictámenes N°s 12.351 y 33.481, de 2000; 20.108, de 2002; 35.182, de 2003 y 18.196, de 2004. Se verán a continuación algunos de estos dictámenes.

Resumiendo, son dos las razones por las que la Contraloría apoyaba la tesis que asignaba a la Administración el costo de los traslados previo a la Ley N° 19.474:

- Esa fue la voluntad del legislador, al discutirse el proyecto de ley que se convirtió en la Ley N° 19.474.
- Lo dispuesto en el artículo antecesor del artículo 41, que asignaba “al interesado” el costo de los traslados.

Destaco lo anterior porque este criterio será desechado por la Contraloría en el dictamen en análisis, por la Corte Suprema y también por el Tribunal Constitucional.

Continuando con el análisis del dictamen N° 65813, la Contraloría consideró que el inciso final del artículo 41 prima por especialidad por sobre los artículos ya citados de la LGSE y la LGSS: *“(…)sólo cabe agregar que el artículo 41, objeto de análisis, constituye una norma especial, posterior a los artículos 124 y 46, antes citados, referido a una clase particular de bienes, como son los caminos públicos y sus fajas adyacentes, y a un órgano con competencia específica sobre esos bienes en orden a velar por la seguridad vial, es decir, se trata de una competencia que no se extiende a los aspectos técnicos eléctricos ni sanitarios, sino al correcto emplazamiento de las respectivas instalaciones, desde la perspectiva de la seguridad de los usuarios de la vía.”*

Concluye el dictamen reconsiderando su postura anterior respecto a la aplicación del inciso final del artículo 41 sólo para las concesiones posteriores a la Ley N° 19.474, señalando que *“(…)y en lo relativo al segundo punto, esto es, a la aplicación temporal del inciso final del artículo 41, corresponde reconsiderar lo señalado por la referida jurisprudencia -en cuanto estimó que ese precepto sólo regía para los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad respecto de instalaciones de concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 19.474-, por cuanto dicha norma en su carácter de disposición de Derecho Público, rige in actum, lo que significa que desde su publicación afecta a todas aquellas situaciones comprendidas en el ámbito de su regulación.”*

Como se verá más adelante, similar criterio adopta el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema respecto a la aplicación temporal del inciso final del artículo 41.

#### **b) Dictamen de Contraloría N° 35182, de 2003.**

En este dictamen, empresas de telefonía piden a la Contraloría su pronunciamiento sobre los cobros que la Dirección de Vialidad les ha exigido por la utilización de la faja fiscal, así como por traslados de infraestructura de telecomunicaciones anteriores al 30 de diciembre de 1996 (entrada en vigencia del inciso final del artículo 41).

El Ministerio de Obras Públicas (MOP), justificando el cobro de derechos por el uso de la faja fiscal, señala que *“(…)en lo relativo al cobro de derechos por el uso*

*de la faja fiscal, que los derechos de inspección son cobros que reembolsan al Fisco -MOP- los gastos que demanda el costo de inspección de las obras de conducción que las Empresas de Servicio Público ejecutan en la faja vial, facilitando con ello en favor de éstas el uso gratuito de un bien nacional de uso público. Agrega que la solución de los derechos correspondientes no reviste la naturaleza jurídica de impuestos o tributos. Finalmente, manifiesta que si se discrepa del monto de los derechos fijados por la Dirección de Vialidad, antes que argumentar la improcedencia de su pago, lo que corresponde es que se revisen las cifras en conflicto, sea por vía administrativa o por vía judicial, proceder que el Servicio de Vialidad está llano a observar.”*

Es decir, según el MOP, el cobro por el uso de la faja fiscal no son “cobros” sino más bien “reembolsos” que se exigen por los gastos que demanda a la Dirección de Vialidad las labores de inspección de las obras de conducción que las Empresas de Servicio Público ejecutan en la faja vial. En esta perspectiva, no se les considera tributo o impuesto.

Concerniente al cobro por el traslado de instalaciones de las fajas de los caminos públicos, el MOP argumenta que dicha recaudación se justifica en que “(...)la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.474 acredita que la sustitución del vocablo “interesado” por “respectivo propietario”, tuvo por finalidad significar que en la época en que las empresas prestadoras de servicios públicos tenían el carácter estatal, sus representantes actuaban como simples interesados de la gestión empresarial, al paso que cuando dichas empresas se privatizan sus gestores asumen la calidad de propietarios de la misma.”

Como se verá más adelante, este argumento es replicado por el Tribunal Constitucional al desechar el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41.

Pero primero veamos cómo responde la Contraloría respecto al cobro por la utilización de la faja de los caminos públicos.

Sobre lo anterior, la Contraloría rebate lo expuesto por el MOP en cuanto a que el cobro por el uso de la faja fiscal no es un tributo, y señala que “(...)los derechos correspondientes a las instalaciones que ocupen los caminos públicos y sus respectivas fajas(...)caen dentro del régimen de legalidad tributaria de los artículos 19° N° 20°, 60° y 62° de la Constitución Política, y, por tanto, su exigibilidad está supeditada a la existencia de una ley que los establezca e indique los elementos necesarios para su precisa determinación. Asimismo, se estableció que “la resolución exenta N° 4.677, de 1999, de la Dirección de Vialidad, y, desde luego el oficio N° 9.420, de 1996, de la misma repartición, que le sirve de antecedente, no se ajustan a derecho y deben ser dejados sin efecto”.

Al referirse el dictamen a la resolución exenta N° 4.677, de 1999, de la Dirección de Vialidad, y el oficio N° 9.420, de 1996, de la misma repartición, se está

refiriendo a las dos resoluciones administrativas que sirvieron de sustento legal a la Dirección de Vialidad para referido cobro.

La discusión sobre la legalidad de cobros por el uso de la faja fiscal ha sido motivo de pronunciamientos posteriores por parte de Contraloría y los Tribunales, pero todos invariablemente se han pronunciado en contra de tales cobros.

Y por último, respecto al cobro por traslados de instalaciones en la faja de caminos públicos, la Contraloría sostiene que los cambios de instalaciones previos al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la ley n° 19.474, *“(...) continúa rigiéndose por el primitivo texto del artículo 42 de la Ley N° 15.840. Agregan esos informes jurídicos que de la historia de la Ley N° 19.474 se desprende que la intención del legislador es que sólo rija para el futuro, por lo que no puede aplicarse el artículo 41, inciso séptimo, a instalaciones correspondientes a concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia del último de los textos legales citados.”*

Es este el criterio que cambia con el primer dictamen analizado en este informe, el N° 65813 de 2011.

Concluye el dictamen ordenando a la Dirección de Vialidad la restitución de las sumas cobradas tanto por concepto de traslados de infraestructura como por concepto de derechos relativos al mero uso de la faja fiscal.

### **c) Dictamen de Contraloría N° 20108, de 2000.**

Este dictamen se origina porque una empresa de distribución eléctrica que opera en la VIII Región solicitó que se declarara que el costo de los traslados de instalaciones eléctricas en fajas de caminos públicos de la precitada región, sean asumidos por la Dirección de Vialidad de la VIII Región.

El caso concreto sobre el que tiene que pronunciarse la Contraloría es el mismo que el planteado en el dictamen anterior: quién asume el costo de traslado de instalaciones eléctricas en las fajas de los caminos públicos, previo a la entrada en vigencia de la ley N° 19.474. Al respecto se señala que *“(...) la remoción de las instalaciones, por tratarse de una concesión anterior a la vigencia de la ley 19.474, publicada en el Diario Oficial el día 30 de septiembre de 1996, está sujeta al artículo 42 del decreto 294, de 1985, de Obras Públicas, antiguo texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 15840 y del decreto con fuerza de ley 206, de 1960, que refundió y uniformó las leyes sobre construcción y conservación de caminos. Dicho precepto estatúa, en lo que interesa para estos efectos "en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de las instalaciones de transmisión de energía eléctrica del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado."*”

Por tanto, de acuerdo a la Contraloría, no hay duda de que el costo de traslado debe ser solventado por la Dirección de Vialidad, sustentándose además en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 124 de la LGSE, transcrito más arriba.

Respecto a la alegación de la Dirección de Vialidad de que el inciso final del artículo 41 rige *in actum* ya que no se hace distingo respecto de la época de constitución de la concesión, la Contraloría señala que aquello “(...)es *inexacto* dado que de la historia de la ley fluye que la voluntad del legislador fue que el precepto en cuestión sólo rigiera para el futuro (dictamen 12351, de 2000), esto es sólo se aplica a las instalaciones de las concesiones otorgadas a contar del 30 de septiembre de 1996, data en que entró en vigor, como se ha dicho, la ley 19.474, que estableció dicho precepto.”

Nuevamente se usa como argumento “la voluntad del legislador”.

Un segundo punto sobre el que se pronuncia la Contraloría se refiere a la autorización para ocupar las fajas de los caminos públicos. En este punto, la Dirección de Vialidad argumentó que “(...)las instalaciones de la reclamante en la faja fiscal del camino indicado no han sido autorizadas por él, en su calidad de ente público competente, y con ello se ha vulnerado el aludido artículo 41° que exige permiso expreso y que no hace otra cosa que reiterar lo que al respecto dispusieron los mencionados decreto con fuerza de ley N° 206, de 1960, y decreto 294, de 1985, de Obras Públicas.”

A lo anterior, la Contraloría advierte que “(...) el derecho de la empresa recurrente para ocupar bienes nacionales de uso público emana exclusivamente de la ley y no puede ser restringido supeditándolo a una autorización de la Dirección de Vialidad, máxime si el referido decreto de concesión N° 564 establece, en forma expresa, dicha facultad. Al margen de ello debe agregarse que lo regulado en dichas normas prima por sobre lo consignado en el citado artículo 41° del DFL. 850, conforme al principio de la especialidad de las normas jurídicas.”

Sobre el punto anterior ha coincidido toda la jurisprudencia administrativa, judicial y constitucional, en dictámenes y sentencias posteriores.

Llama la atención que se resalte que, concerniente al derecho a ocupar los bienes nacionales de uso público por un concesionario de servicio público, priman las normas sectoriales por sobre el artículo 41 del DFL N° 850, por aplicación del principio de especialidad. Llama la atención lo anterior porque, respecto al costo de traslados ordenados por la autoridad de las fajas de caminos públicos, se cambie de criterio y se considere más especial al artículo 41 del DFL N° 850.

**d) Dictamen de Contraloría N° 33481, de 2000.**

Este dictamen se pronuncia sobre el traslado de líneas de distribución y transporte de gas ordenado por la Dirección de Vialidad a la empresa Gas Sur S.A., en la VIII Región. Específicamente, se solicita pronunciamiento sobre la acción de reembolso que tendría la Dirección de Vialidad por los pagos hechos a la empresa para que ejecutare los traslados, distinguiéndose entre líneas de distribución autorizadas en concesiones anteriores a la Ley N° 19.474 y posterior a dicha ley.

Al respecto, el dictamen señala que *“en cuanto a la aplicación del aludido inciso séptimo del artículo 41° a instalaciones correspondientes a concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la ley 19.474, debe señalarse que de la historia de la ley fluye que la voluntad del legislador fue que el precepto en cuestión sólo rigiera para el futuro.”* Como en los dos dictámenes anteriores, se reitera la posición que atribuye a la voluntad del legislador el que dicho artículo, al menos en el tema del costo de los traslados, sólo rigiera para el futuro.

Luego se agrega que la resolución del MOP que establecía que el pago a la empresa Gas Sur S.A. era *“sin perjuicio de la facultad que asiste a la Dirección de Vialidad para demandar su reembolso”*, y habiéndose dado curso legal por parte de la Contraloría a dicha resolución, el ente de control argumenta que lo hizo *“en el entendido que la concesión de que se trata fue otorgada con posterioridad al día 30 de septiembre de 1996, fecha en que entró en vigencia la ley 19.474, dado que si la concesión ha sido otorgada con anterioridad a esa data el costo de los trabajos debe ser asumido por la Administración y no por la empresa.”*

**e) Dictamen de Contraloría N° 12351, de 2000.**

En este dictamen, la Contraloría se pronuncia a petición de Chilectra, quien consulta si la Ley N°19.474 puede aplicarse a instalaciones existentes con anterioridad a su vigencia y si los artículos 50° y 51° del DFL N° 850<sup>37</sup> facultan a la

---

<sup>37</sup> Artículo 50°.- Las medidas que en conformidad a este Título adoptare la Dirección de Vialidad se cumplirán no obstante cualquiera reclamación que en contra de ellas se interpusiere. Estas reclamaciones se deducirán ante el Juez de Letras respectivo dentro del término de diez días y se tramitarán breve y sumariamente entre el reclamante y la Dirección.

Para los efectos de la aplicación de las disposiciones del presente Título la representación del Fisco la tendrá el Director de Vialidad, o el funcionario del Servicio en quien éste delegue dicha representación. Las tramitaciones judiciales que procedieren se harán por intermedio de los servicios del Consejo de Defensa del Estado.

Artículo 51°.- La Dirección de Vialidad hará notificar por oficio y carta certificada la resolución que dicte, ordenando cumplir las medidas adoptadas y fijará el plazo prudencial en que deberán ejecutarse los trabajos.

Si las obras no se hicieren dentro del término señalado, la Dirección ordenará hacer el presupuesto de ellas, que servirá de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecutará con cargo a éstos.

Dirección de Vialidad para adoptar las decisiones contenidas en una resolución exenta<sup>38</sup> de dicha repartición, que expresa *"procédase a ejecutar los cambios de servicios y traslados de redes que interfieran en la obra "Mejoramiento Rotonda Grecia", por parte de Chilectra S. A. conforme al Oficio Ord. N° 6.597 de 29 de julio de 1997"*.

Se plantea nuevamente si corresponde que la Dirección de Vialidad obligue a Chilectra a ejecutar a su costo los cambios y traslados de instalaciones eléctricas existentes antes de la vigencia de la Ley N° 19.474.

Al solicitársele informe a la Dirección de Vialidad, ésta expreso que las disposiciones de la Ley N° 19.474 implicó *de facto* la derogación del sistema de gratuidades existentes en relación al uso de la faja vial. Asimismo sostuvo que el artículo 51 transcrito en pie de página torga facultades discrecionales a la Dirección de Vialidad, exigiéndole sólo que se ajuste a las regulaciones del Título III de esa ley.

Luego argumenta que de la historia de la ley 19.474 fluye que todo el que utilice la faja fiscal queda afecto a la normativa del aludido artículo 41, por lo cual esa repartición puede autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, las postaciones con alambrado de transmisión de energía eléctrica ubicadas en la faja vial.

Finalmente sostiene que, en cuanto a los costos del traslado de las instalaciones eléctricas, dicho cambio es de cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión.

A todo lo anterior la Contraloría reitera que el argumento de "la voluntad del legislador" en cuanto a que la Ley N° 19.474 rige sólo hacia el futuro: *"En el caso concreto de que se trata esta oportunidad, como la resolución exenta N° 10.713, de 1997, de la Dirección de Vialidad, ordena se proceda a la ejecución de cambios de servicios y traslados de redes de instalaciones pertenecientes a una concesión otorgada con anterioridad e la dictación de la ley 19.474, el costo de los trabajos debe ser asumido por la administración y no por Chilectra S.A. que es titular de la respectiva concesión. Lo anterior de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del antiguo artículo 42° del decreto N° 294, de 1984, de Obras Públicas, en cuanto estatuye que el cambio de ubicación de las instalaciones "será hecho por cuenta exclusiva del interesado", calidad esta última que inviste, en la situación en comento, el Ministerio de Obras Públicas."*

En consideración a lo anterior, no puede conminarse a Chilectra a que realice a su costo labores de cambio y retiro de instalaciones eléctricas, puesto que el artículo

---

<sup>38</sup> Resolución Exenta D.V. N° 10.713, de 3 de noviembre de 1997, de la Dirección de Vialidad, cuya parte resolutoria expresa *"procédase a ejecutar los cambios de servicios y traslados de redes que interfieran en la obra "Mejoramiento Rotonda Grecia", por parte de Chilectra S. A. conforme al Oficio Ord. N° 6.597 de 29 de julio de 1997"*.

50° pone como condición para su aplicación que las medidas adoptadas por la Dirección de Vialidad lo sean en conformidad con el Título que contiene dicho artículo, requisito que en la situación en análisis no se cumple dado que se pretende aplicar retroactivamente el inciso séptimo del artículo 41°, lo cual resulta jurídicamente improcedente.

Concluye el dictamen señalando que:

- i) No puede aplicarse el inciso séptimo del artículo 41° del decreto con fuerza de ley N° 850, de 1997, de Obras Públicas, a instalaciones correspondientes a concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la ley 19.474, y
- ii) Los artículos 50° y 51° de dicho cuerpo legal facultan a la Dirección de Vialidad para adoptar las decisiones a que se refiere la resolución exenta precitada, de esa repartición. Sin embargo, se hace el alcance que el costo de la ejecución de los cambios de servicios y traslados de redes dispuestos por dicha resolución exenta, es de cargo de la Administración.

## **V.- Revisión y Análisis de Sentencias de la Corte Suprema.**

Como vimos en los dictámenes de Contraloría, el tema central que en definitiva debe resolverse en torno a la disyuntiva de si corresponde aplicar o el inciso final del artículo 41° o las normas sectoriales (eléctrica, sanitaria, de gas, etcétera), se reduce a determinar qué norma se aplica en virtud del principio de especialidad y si se aplica dicho inciso con efecto retroactivo. Especialidad de la norma y su aplicación en el tiempo.

A continuación veremos dos fallos de la Corte Suprema que resuelven la controversia anterior, y que tiene su reflejo en el primer dictamen de Contraloría que revisamos, del año 2011.

### **a) Sentencia Corte Suprema: Fisco de Chile con Chilectra, Rol N° 6091-2007, 17 de junio de 2009.**

El Fisco interpuso un recurso de Casación en el Fondo en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó la sentencia de primera instancia del Duodécimo Juzgado de Santiago, y que favorecía a Chilectra.

El conflicto planteado es el mismo que se ha analizado en este informe: si corresponde aplicar el inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, en contraposición a las normas contenidas en legislación sectorial (sanitaria, eléctrica, de gas, etcétera).

Al presentar su Recurso de Casación, el Fisco argumenta que la sentencia de primera instancia confirmada en segunda instancia yerra al dar preeminencia al

inciso segundo del artículo 124 de la LGSE por sobre el inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, ya que este último prevalece por especialidad sobre el anterior.

Se argumenta que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta que el artículo 41 se aplica especialmente a las instalaciones ubicadas en las fajas de los caminos públicos y, además, trata únicamente de los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad, lo que le daría un carácter doblemente específica respecto del artículo 124 de la LGSE, que se refiere en términos generales a otros bienes nacionales de uso público y a que las obras se dispongan por el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos.

Se agrega que, conforme a los artículos 4° y 13° del Código Civil<sup>39</sup>, corresponde aplicar preferentemente la norma de grado más particular por sobre aquella que es más general. Sin embargo, reclama que los jueces del fondo prefirieron aplicar la LGSE.

Asimismo, se señala que la actual redacción del artículo 41 proviene de la Ley N° 19.474 de septiembre de 1996, mientras que el artículo 124 de la LGSE es de 1982, por lo que el Fisco estimó que habría operado la derogación tácita de esta última norma, de acuerdo a lo previsto en el artículo 52<sup>40</sup> del Código Civil.

Por ello, argumenta el Fisco, la sentencia impugnada no ha aplicado el inciso final del artículo 41 a un caso concreto en que debió aplicársele, cometiendo en consecuencia un error de derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo.

Yerra también la sentencia de primera instancia al considerar que la modificación introducida por la Ley N° 19.474 (que es la que atribuye al concesionario el costo de los traslados ordenados por la autoridad) no se le aplica al traslado que ejecutó Chilectra (ya que la concesión de ésta es anterior a septiembre de 1996, que es cuando entro en vigencia la Ley N° 19.474).

Al respecto, el Fisco arguye que la ley N° 19.474, en lo concerniente al artículo 41, se refiere a la determinación de quién debe soportar el gasto de reubicación o traslado de las redes de estos servicios de utilidad pública dispuestos por la Dirección de Vialidad cuando atañe a caminos públicos y sus fajas adyacentes y no al derecho de concesión de distribución eléctrica. Por tanto, concluye, debe aplicarse la ley vigente al tiempo del traslado, y no la que regía al otorgarse la concesión.

---

<sup>39</sup> Art. 4°. Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.

Art. 13. Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición.

<sup>40</sup> Art. 52. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Continúa el Fisco señalando que el decreto supremo que otorgó la concesión nada dice respecto de quién debe soportar el costo del traslado de redes o instalaciones cuando así lo dispusiere la dirección de Vialidad, citándose el artículo 15 de la LGSE, para ilustrar que el concesionario debe atenerse a lo que dispongan las leyes, reglamentos u ordenanzas futuras:

*“Artículo 15°.- Las concesiones se otorgarán sin perjuicio del derecho de tercero legalmente establecido con permiso o concesión, y en lo que ellas no prevean, estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia.”*

3 Luego el Fisco, en un argumento que es clave, ataca el tema de la aplicación con efecto retroactivo del artículo 41: señala que se ha aplicado erróneamente el artículo 22<sup>41</sup> de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes sobre la base de una errónea calificación contractual de la concesión, al entender que al acto de concesión se entiende incorporado el artículo 124 de la LGSE (transcrito más arriba). Al respecto, se apunta a que no se trata de un contrato que celebren particulares, sino de un acto unilateral de la Administración y que por tanto pertenece al ámbito del derecho administrativo puesto es realizado por órgano público en uso de sus potestades soberanas.

4 Asimismo, se argumenta que se ha dado una errónea aplicación al artículo 12<sup>42</sup> de la Ley de Efecto Retroactivo, ya que la sentencia de primera instancia entendió que aplicar el artículo 41° implicaría desconocer un derecho adquirido del concesionario<sup>43</sup>. Desde el punto de vista del Fisco, este razonamiento estaría equivocado porque o se desconoce un derecho adquirido del concesionario y atinge más bien a una materia que no fue objeto de regulación en el acto de concesión. Por el contrario, arguye el Fisco, al concederse una concesión, ésta queda afectada por el artículo 15 de la LGSE (precitado) y a lo que se disponga en el acto mismo de la concesión.

---

<sup>41</sup> Art. 22.

En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vijentes al tiempo de su celebración.

Exceptúense de esta disposición:

1. ° Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; i 2.° Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues esta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

<sup>42</sup> Art. 12.

Todo derecho real adquirido bajo una ley en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces i cargas i en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese ordenado o se ordenare por leyes especiales.

<sup>43</sup> En este caso, el “derecho adquirido” se refiere a que no se le asigne al concesionario el costo de traslados de instalaciones autorizadas por concesiones otorgadas con anterioridad a septiembre de 1996, fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.474.

Sobre los argumentos esgrimidos por el Fisco de Chile, Chulectra, y lo fallado en primera instancia y confirmado en segunda, la Corte Suprema sentenció que:

*Concerniente al conflicto de normas por aplicación del principio de especialidad, argumentó que hacer primar el artículo 124 de la LGSE por sobre el inciso final del artículo 41 constituye un yerro jurídico en cuanto “el artículo 41 se circunscribe específicamente a las instalaciones ubicadas en los caminos públicos y sus fajas adyacentes, esto es, en esos delimitados bienes nacionales de uso público, y además trata únicamente de los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad, lo que le da el carácter de doblemente específica respecto de la LGSE, que se refiere en términos generales a otros bienes nacionales de uso público y a que las obras se dispongan (también en general) por el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos. Por ello, la sentencia impugnada ha dejado de aplicar en un caso previsto por la ley en el artículo 41 del DFL N° 85, cometiendo en consecuencia un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”*

Respecto a la aplicación en el tiempo del tanta veces citado artículo 41, en especial su inciso final, se señala que *“lo cierto es que, para entender a cabalidad el problema planteado es necesario tener presente que, de acuerdo a la atenta lectura del inciso final del precepto señalado, lo que se regula es el traslado de las instalaciones eléctricas ubicadas en los delimitados bienes nacionales de uso público ya referidos a partir de la necesidad que surge de hacerlo, y en la especie esta necesidad se produjo bajo la vigencia del actual texto del artículo 41 incorporado por la Ley N° 19.474 (...). De este aserto se colige que carece de trascendencia que la concesión se haya constituido antes de que tal norma entrara en vigencia, e igualmente es irrelevante que las instalaciones originarias o primitivas se hayan efectuado antes de que el precepto legal existiera.”*

Y continúa: *“Tal razonamiento además encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 9<sup>o44</sup> del Código Civil (...). Por ello, la sentencia de los jueces de fondo incurre en un nuevo yerro jurídico al dejar de aplicar el artículo 41<sup>o</sup> del DFL N° 850 y aplicar falsamente el referido artículo 9<sup>o</sup>, sin advertir que la irretroactividad en que se apoya no se da en la especie.”*

Sobre las demás alegaciones del Fisco la Corte no se pronuncia en cuanto dichas alegaciones parten de un supuesto que fue confirmado por la Corte, es decir, que la sentencia de primera instancia consideró que la aplicación del inciso final del artículo 41 importaría otorgarle efecto retroactivo, lo que como ya se vio la Corte estimó jurídicamente erróneo.

---

<sup>44</sup> Art. 9º. La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.

**b) Sentencia Corte Suprema: Consejo de Defensa del Estado con Chilectra S.A., 13 de enero de 2013.**

Luego del fallo recién analizado, los jueces de primera instancia y las Cortes de Apelaciones comenzaron a aplicar el criterio jurisprudencial y doctrinal adoptado en dicho fallo.

En la sentencia que analizaremos a continuación, quien interpone el Recurso de Casación no es el Fisco de Chile, sino que Chilectra, en contra de sentencia de primera instancia, confirmada en segunda, que obligó a dicha empresa a pagar al Fisco la suma de \$903.197.690, por los costos derivados de trabajos de traslado de instalaciones eléctricas localizadas en fajas de caminos públicos, y ordenados por la Dirección de Vialidad.

El recurso de casación alega, en primer lugar, que se ha dado una errónea aplicación artículos 2514<sup>45</sup> y 2515<sup>46</sup> del Código Civil, en relación con el artículo 51 del DFL N° 850. Chilectra sostiene que ello es así desde que se han considerado fechas y momentos errados para comenzar a contar el plazo de prescripción, pues para determinar cuándo la obligación se hace exigible debe estarse a lo previsto en el citado artículo 51 del DFL N° 850<sup>47</sup>.

Según el criterio de Chilectra, lo anterior ocurre cuando el presupuesto respectivo adquiere mérito ejecutivo, lo que acaece desde que él es incluido en el acto administrativo respectivo, esto es, la Resolución DGOP N° 2819, de 30 de noviembre de 2001. En consecuencia, al momento de notificar la demanda (hecho ocurrido el 4 de enero de 2007) la acción se hallaba prescrita. Explica que ello se debe a que sólo desde tal inclusión el Fisco tiene la facultad de exigir (ejecutiva u ordinariamente) su cobro en forma compulsiva. Añade que el Fisco no tiene acción de reembolso, por lo que si paga o no obras no tiene significación jurídica bajo el régimen establecido en el DFL N° 850.

En segundo lugar, el recurso alega que se violan los artículos 124 de la LGSE y 4° y 13° del Código Civil. Además, se denuncia que se le da una falsa aplicación a los artículos 41 y 51 del DFL N° 850.

---

<sup>45</sup> Art. 2514. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

<sup>46</sup> Art. 2515. Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos.

<sup>47</sup> Artículo 51°.- La Dirección de Vialidad hará notificar por oficio y carta certificada la resolución que dicte, ordenando cumplir las medidas adoptadas y fijará el plazo prudencial en que deberán ejecutarse los trabajos.

Si las obras no se hicieren dentro del término señalado, la Dirección ordenará hacer el presupuesto de ellas, que servirá de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecutará con cargo a éstos.

Es decir, como se ha explicado en profundidad, se aplica el inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, considerándola la norma especial a aplicar, en desmedro del artículo 124 de la LGSE. Chilectra argumenta que el artículo 124 estaba vigente al momento de otorgarse la concesión, y por tanto se entiende incorporado al régimen de concesión, de modo que forma parte de su patrimonio. Asimismo, el antiguo artículo 42 de la Ley de Caminos (predecesor del actual artículo 41 del DFL N° 850) asignaba “al interesado” el costo de los traslados, en consonancia con el precitado artículo 124.

Luego, en una argumentación que por su importancia transcribo a continuación, se ataca la interpretación que hace primar por especialidad al artículo 41 por sobre el artículo 124 de la LGSE:

*“Respecto de los artículos 41 y 51 del D.F.L. N° 850 aduce (Chilectra) que han sido erróneamente aplicados. El primero contiene dos reglas que regulan la materia. La primera, o principal, dispone que para definir quién debe asumir el costo de que se trata se debe atender al régimen jurídico del propietario de las instalaciones y en el caso de autos ese régimen (Ley General de Servicios Eléctricos) contiene una norma que lo resuelve (el artículo 73), relevando al concesionario de él. Sólo en ausencia de una norma especial como esa se aplica la regla supletoria, en cuya virtud el obligado al pago es el propietario y respecto de instalaciones edificadas en fajas de caminos públicos con posterioridad a la entrada en vigencia del texto actual del artículo 41. Así, los sentenciadores yerran al estimar que el Fisco es titular de una acción de reembolso en su contra, pues en realidad no la tienen desde que Chilectra no es la obligada a pagar dicho costo. Añade que el artículo 51 citado no autoriza al Fisco para pagar las obras y luego obtener su reembolso, sino que sólo le faculta para cobrar y después iniciar los trabajos, de modo que la intentada acción de cobro del artículo 51, en este caso en que ha sido pagado el presupuesto y ejecutadas las obras, es improcedente.”* En consecuencia, sostiene Chilectra, se le da una falsa aplicación al artículo 41 y se omite aplicar el artículo 124 de la LGSE, que debiera primar por especialidad.

La argumentación que se esgrime en el párrafo transcrito sin duda aporta el punto más fuerte a favor de la postura de que el artículo 41 es la regla supletoria y que debiera primar por especialidad la normativa que regule la respectiva concesión, sea ésta sanitaria, eléctrica, de gas, u otra similar.

Luego ataca la aplicación en el tiempo del artículo 41: *“(…)Reconocer efecto inmediato o retroactivo al inciso final del artículo 41, en la parte que pone de cargo del propietario el costo del traslado, supone dar a dicha regla un efecto contrario a la Constitución Política de la República y que viola los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima<sup>48</sup>, postulado que, estima, se ve reafirmado por la*

---

<sup>48</sup> Ambos principios son también esgrimidos en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por Chilectra en contra de la aplicación del artículo 41, y que veremos en detalle en el siguiente capítulo.

*historia fidedigna de la ley y por dictámenes de la Contraloría General de la República<sup>49</sup>, cuya opinión es, además, vinculante para la Administración.”*

Respecto a la argumentación esgrimida por Chilectra relativa al principio de especialidad y su aplicación, la Corte Suprema sostuvo en el fallo que, tanto en primera instancia como en segunda, se aplicó correctamente este principio al preferir la aplicación del artículo 41 del DFL N° 850, y descarta de plano que exista vicio alguno en tal razonamiento. Luego el fallo agrega que *“(...) En efecto, el conflicto de que se trata debe ser resuelto al tenor de lo prevenido en el artículo 41 del D.F.L. N° 850, toda vez que dicha disposición es la norma dictada específicamente para regular la situación de las obras instaladas en fajas de caminos públicos, cuyo es el caso de autos, a diferencia de lo que acontece con el precepto contenido en el artículo 73 de la Ley General de Servicios Eléctricos (hoy artículo 124 del D.F.L. N° 4 de 2006), referido, genéricamente, a “obras de rectificación, cambios de nivel o pavimentación definitiva en calles, plazas y caminos”. Como se aprecia, de la sola lectura del primero de los preceptos se desprende de manera nítida que él es el que rige por especialidad la situación sometida al conocimiento de esta Corte, de modo que al resolver el litigio a su tenor los falladores no han hecho sino aplicar correctamente el derecho.”*

Luego se aborda el tema de la aplicación en el tiempo del artículo 41, punto importante para Chilectra pues, en el caso concreto que origino la demanda de primera instancia, las instalaciones que fueron trasladadas fueron autorizadas por una concesión de distribución eléctrica anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.474, que, como se ha visto repetidamente en este informe, dio forma al actual artículo 41 del DFL N° 850.

Sobre este punto, la Corte Suprema pone de relieve que el inciso final del artículo 41 *“(...) reguló el traslado de las instalaciones ubicadas en determinados bienes nacionales de uso público y no se refirió a las condiciones o términos de otorgamiento de una concesión, es decir, el asunto regulado está referido a un hecho más simple, como es que ante la necesidad de cambiar la ubicación de las instalaciones la norma regula quién es el obligado a ejecutar ese acto. Por ello, la enmienda efectuada a la ley no altera la concesión que se ha otorgado a la demandada, sino que sólo ha definido que corresponde al propietario de las instalaciones y redes asumir el costo del traslado de las mismas (...).”*

---

<sup>49</sup> Para los dictámenes, ver Capítulo anterior.

Luego, el fallo remata el argumento anterior, al señalar que *“(...) el citado artículo 41 se estaría aplicando con efecto retroactivo, puesto que de una atenta lectura del inciso final de esa disposición legal es posible advertir que lo regulado en él es el traslado de instalaciones ubicadas en determinados bienes nacionales de uso público a partir de la necesidad que surge de hacerlo, que en la especie aconteció bajo la vigencia del actual texto del artículo 41 incorporado por la Ley N° 19.474, publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 1996, norma que es la que rige la situación materia de estos autos. De este aserto se colige que carece de trascendencia que la concesión se haya constituido antes de que tal norma entrara en vigencia e igualmente es irrelevante que las instalaciones originarias o primitivas se hayan efectuado antes de que el precepto legal existiera.”*<sup>50</sup>

Respecto al argumento de Chilectra referido a la inexistencia de una especie de acción o sistema de reembolso derivado de lo dispuesto en los artículos 41 y 51 del DFL N° 850, la Corte arguye que dichas normas deben interpretarse en el contexto de la obligación que pesa sobre Chilectra en virtud del artículo 41 y que la obliga a asumir el costo de traslados ordenados por la Dirección de Vialidad.

En este contexto, la Corte señala que *“(...) el artículo 51, por su parte, dota de mérito ejecutivo al presupuesto que se haga para el traslado de las obras y faculta conforme a él a iniciar su cobro por la autoridad.”*

Luego agrega que *“(...) nada obsta a que el ente fiscal pueda perseguir por la vía ordinaria el reembolso de lo pagado por este concepto, si fue precisamente el Fisco quien solventó la obligación que era de cargo de la concesionaria, más aún cuando pesa sobre el Estado el deber de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública, de tal suerte que si fue el Fisco quien proporcionó los medios para la pronta realización de una faena cuyo obligado no la había cumplido en el tiempo dispuesto, en pro de esa misma eficiencia debe ejercer las acciones para recuperar los fondos públicos invertidos; admitir lo contrario implicaría dejar en la indefensión a la Administración y favorecer el incumplimiento de las obligaciones por parte de los administrados, lo que repugna a la eficacia del Derecho, por lo que este capítulo también debe ser rechazado.”*

Es decir, la Corte Suprema descarta lo argumentado por Chilectra sobre la base de que éste parte de un supuesto erróneo, a saber, que el artículo 41 no asigna al concesionario el costo de los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad. Por tanto, concluye la Corte, el artículo 51<sup>51</sup> dota de mérito ejecutivo al presupuesto

---

<sup>50</sup> Mismo argumento se usa en el fallo del Tribunal Constitucional que se verá en el siguiente capítulo de este informe.

<sup>51</sup> Artículo 51º.- La Dirección de Vialidad hará notificar por oficio y carta certificada la resolución que dicte, ordenando cumplir las medidas adoptadas y fijará el plazo prudencial en que deberán ejecutarse los trabajos.

Que se haga para el traslado de las obras y faculta conforme a él a iniciar su cobro por la autoridad.

## **VI.- Revisión y Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 24 de julio de 2012.**

Para la interposición de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no existe un plazo fatal o determinado, sino que una oportunidad procesal para ello: debe estar pendiente el asunto judicial respecto del cual se quiere obtener la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal para su resolución. El asunto judicial en cuestión es la causa caratulada “Consejo de Defensa del Estado con Chilectra S.A.”, recurso de casación en el fondo, Rol N° 1910-2010, cuya sentencia definitiva se analizó en el capítulo anterior (letra b), y el precepto legal el inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, tantas veces citado.

Previo a entrar en materia, es importante destacar que el recurso y fallo que analizaremos no fue el único que se resolvió ese 24 de julio. Además de Chilectra, otros concesionarios de servicio público, tales como ENTEL, Metrogas, Empresa Eléctrica de Antofagasta y Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica, presentaron también recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41º, recursos cuyo origen y objetivos fueron prácticamente idénticos<sup>52</sup> al presentado por Chilectra.

### **a) Argumentos de Chilectra.**

Parte su acción Chilectra citando el artículo 16 (que establece el derecho de las empresas concesionarias para hacer uso gratuito del espacio público)<sup>53</sup>, y el artículo 124 (que hace de cargo del interesado los costos de traslados de instalaciones en las fajas de caminos públicos), tantas veces citado.

Luego Chilectra hace un recuento de la historia de la Ley N° 19.474 (que estableció el inciso impugnado) y recuerda que el texto actual del artículo 41 se impuso con motivo de la construcción de las autopistas urbanas concesionadas, lo que demandó traslados de instalaciones. Antes de esta ley, el entonces artículo 42 del Decreto Supremo N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, disponía el costo de los traslados “por cuenta exclusiva del interesado”, esto es, quien obtuviera provecho de ello.

---

Si las obras no se hicieren dentro del término señalado, la Dirección ordenará hacer el presupuesto de ellas, que servirá de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecutará con cargo a éstos.

<sup>52</sup> Prácticamente idénticos fueron también los fallos de tales recursos.

<sup>53</sup> Sobre este acceso gratuito, y sus implicancias, ver Capítulo 2º y 3º de este informe.

Luego hace un recuento de fallos<sup>54</sup> de la Corte Suprema que han hecho primar el artículo 41 por sobre la normativa sectorial (eléctrica, sanitaria u otras similares), y pone de relieve que tal postura generaría efectos inconstitucionales.

Agrega que la LGSE no incorpora dentro de los costos que deben ser remunerados por las tarifas, el traslado de las instalaciones ubicadas en la faja fiscal, y recuerda que la Corte Suprema y el mismo TC ha sostenido en repetidas ocasiones que sobre la concesión existe un derecho de propiedad amparado por el artículo 19, N° 24°, de la Carta Fundamental.

- Entrando a las infracciones constitucionales concretas, en primer lugar, alega Chilectra que la aplicación del artículo 41 en la gestión *sub lite* transgrede los artículos 6° y 7° de la Constitución, de los cuales se derivan los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima<sup>55</sup>.

¿Qué significa el concepto de seguridad jurídica?

De acuerdo a Chilectra, *“(...) implica que la empresa concesionaria que realiza una actividad empresarial y adquiere un derecho, goce de precisión normativa y de un régimen jurídico determinado para el desarrollo de esa actividad, debiendo el Estado garantizar la previsibilidad de sus actuaciones y no pudiendo simplemente afectar el derecho de dominio de la concesionaria (...)”*.

Por su parte, de acuerdo a Chilectra el principio de confianza legítima *“(...) exige mantener la consistencia de las situaciones creadas y surgidas de actos firmes de la Administración, estableciéndose un límite a sus poderes unilaterales”*.

Lo anterior lleva a concluir que el artículo 41 *“(...) es inconstitucional ya que no goza de precisión normativa para establecer limitaciones, afectando derechos ya constituidos por concesiones; y carece de razonabilidad y justificación que las instalaciones eléctricas colocadas por los concesionarios deban ser trasladadas a su costo para beneficiar a otros concesionarios privados en la ejecución de sus obras.”*

- En segundo lugar, se esgrime que el precepto impugnado infringe el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19, N° 24°, de la Constitución, en cuanto Chilectra es concesionaria de servicio público de transporte y distribución de energía eléctrica, y como tal, goza de un derecho de propiedad sobre esa concesión. En virtud de esa concesión tiene un bien incorporal incluido en su patrimonio consistente en el derecho

---

<sup>54</sup> En este informe (letra (a) del Capítulo anterior) analizamos uno de ellos.

<sup>55</sup> Ver Nota al pie de página N° 29 de este informe.

a utilizar el espacio público para efectuar las instalaciones necesarias para cumplir el objeto de la concesión.

- En tercer y último lugar, se argumenta que la norma impugnada contraviene el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, establecido en el N° 21° del artículo 19 de la Constitución, al obligar a concesionario a asumir los costos del traslado de las instalaciones sin que ello obedezca a ninguna iniciativa que emane de esta empresa, y afectando con dicho costo el patrimonio de la misma.

#### **b) Argumentos del Consejo de Defensa del Estado.**

El Consejo de Defensa del Estado (en adelante, “el Consejo”), por su parte, rebatió los argumentos presentados por Chilectra en su recurso, los que resumiremos a continuación.

- En primer lugar, se recuerda que el artículo 41 establece, en su inciso tercero, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaren colocar postaciones en caminos públicos, pero precisando que ello sólo sería exigible respecto de concesiones otorgadas después de la publicación de la Ley N° 19.474. Luego, el inciso final impugando se limita declarar que en caso de que fuere necesario el traslado de instalaciones en caminos públicos, su cargo sería de costo del propietario o conforme a las condiciones establecidas en el contrato de concesión, con el propósito de evitar que la Dirección de Vialidad tuviera que soportar dicho gasto.

De lo anterior el Consejo deriva que el cambio de instalaciones, de ser necesario, debiera correr por cuenta del concesionario. Agrega que el Estado es dueño<sup>56</sup> y administrador de los bienes nacionales de uso público entre los que se encuentran los caminos, siendo así constitucionalmente legítimas las facultades que el inciso tercero y siguientes del artículo 41 aludido otorgan a la Dirección de Vialidad para autorizar la colocación, el retiro o el traslado de instalaciones de servicios de utilidad pública en ellos.

Más adelante, el Consejo declara abiertamente que “(...) *no se afecta el derecho de propiedad de la concesionaria de servicio de utilidad pública. Ello porque el dueño de los bienes nacionales de uso público es el Estado y no el particular. Los concesionarios de servicios eléctricos son beneficiarios*

---

<sup>56</sup> Interesante resulta este argumento. El Consejo fundamenta su punto señalando que el Estado es “dueño” de los bienes nacionales de uso público. Sin embargo, como se vio en el Capítulo 3° de este informe, existe una importante corriente doctrinaria que no ve en los Bienes Nacionales de Uso Público un “dominio o propiedad” del Estado, sino más bien un conjunto de potestades que habilita al Estado-administración a disciplinar ciertas conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas. La visión doctrinaria recién señalada es, en la opinión del autor de este informe, concordante con los principios que inspiran el orden económico-constitucional que sustenta la actual Constitución Política, cuyo pilar fundamental lo constituye, entre otros, el principio de Subsidiariedad del Estado. Ver Capítulo 3° de este informe.

*de la explotación lucrativa de bienes comunes o públicos en virtud de un acto unilateral de permiso de la Administración, siendo jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada.”* La postura que adopta el Consejo en este punto es debatible, ya que es discutible que el Estado tenga la “propiedad” de los bienes nacionales de uso público<sup>57</sup>.

En el primer capítulo de este informe se explicó el trasfondo constitucional que sustenta el sistema de concesiones chileno. Se puso de relieve que nuestro ordenamiento económico constitucional se fundamenta en el principio de subsidiariedad. Derivado de éste, se concluyó que la concesión no es una mera “gracia” estatal dada a los privados, (o beneficio, como se le denomina por el Consejo de Defensa del Estado), sino que se trata de actividades cuyo ejercicio, se encomienda a los privados bajo parámetros<sup>58</sup> muy exigentes derivados de ser dichos servicios de carácter “público”.

- En segundo lugar, el Consejo hace ver que el recurso de Chilectra envuelve una cuestión de simple legalidad y no de constitucionalidad, consistente en determinar si los costos del traslado de las instalaciones corresponden al interesado, según alega la requirente, por aplicación de las normas de la Ley General de Servicios Eléctricos, o si corresponden al propietario según sostiene la Dirección de Vialidad, invocando el artículo 41, inciso final, del DFL N° 850.  
Por tanto, para el Consejo, el asunto se resume básicamente en determinar dos puntos: la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad.
- En tercer lugar, el Consejo señala que, al imponer al concesionario por razón de mejoramiento o ampliación de la vía pública, que traslade a su costa las instalaciones, no se afecta la esencia de un derecho, ni le priva o limita su beneficio de explotar el giro de distribución de energía eléctrica, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos.
- Por último, el Consejo argumenta que no se afecta el libre ejercicio de actividades económicas, pues esta garantía constitucional, conforme al mismo artículo 19, N° 21°, de la Constitución, no es de carácter absoluto, pues el constituyente habilitó al legislador para prohibir y regular ciertas actividades económicas. Asimismo, señalan que los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima no están consagrados en la Carta Fundamental como garantías constitucionales, constituyendo sólo principios que las distintas ramas del derecho postulan.

---

<sup>57</sup> Ver Capítulo 3º.

<sup>58</sup> Estos parámetros incluyen: continuidad, regularidad, uniformidad, obligatoriedad y permanencia.

### **c) Antecedentes considerados por el Tribunal Constitucional.**

Vistos los argumentos del recurrente y del Consejo de Defensa, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, el TC recuerda que se ha discutido ante los tribunales ordinarios sobre la disposición impugnada, controversia que se ha centrado en la retroactividad de la norma y en su especialidad. Luego recuerda que en virtud del recurso presentado, el TC sólo está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto legal a la luz de los hechos de la causa correspondiente. La causa en cuestión es la número 6091-2007, “Fisco de Chile con Chilectra”, analizada en el 4º capítulo del presente informe. Tampoco puede pronunciarse sobre un conflicto normativo de leyes.

Asimismo, hace un análisis pormenorizado del concepto de las fajas de los caminos públicos. Sobre ellos, el TC recuerda que en sentencias anteriores se ha referido a la *publicatio*<sup>59</sup> que opera sobre los bienes nacionales de uso público de la siguiente manera: *“mediante ella, el legislador establece que unos bienes determinados o toda una categoría de ellos, en razón de que por su uso o destino deben pertenecer a la nación toda, dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público”*<sup>60</sup>

Luego se agrega que *“la “publicatio”, si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos títulos habilitantes, la Administración encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico”*.<sup>61</sup>

De lo anterior, el TC concluye que la Dirección de Vialidad tiene la administración de los caminos públicos y sus fajas (artículo 41 DFL N° 850), y tiene a su cargo su cuidado y mantención (artículo 18, inciso tercero DFL N° 850).

Por otro lado, el TC recuerda que la LGSE (y la demás normativa sanitaria, de gas, de telecomunicaciones, entre otras), en su artículo 16, establece que las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho de usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión.

---

<sup>59</sup> Ver Capítulo 3º.

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1281-2008.

<sup>61</sup> Ibid.

¿Cómo se conjugan, de acuerdo al TC, el artículo 16 de la LGSE con el DFL N° 850 de Obras Públicas? Al respecto señala que “(...) *esta norma (artículo 16), entonces, establece un derecho legal a usar ciertos bienes, pero condicionado a que se dicte un acto administrativo favorable por parte de la Dirección de Vialidad, que es la encargada de administrar la faja de los caminos públicos. En este sentido, la Dirección de Vialidad remueve el obstáculo para ejercer el derecho. Ello lo hace muy cercano a una autorización. De ahí la denominación que la ley le otorga a este acto.*”

Luego remata señalado que “*la exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, las autoridades que entregan las concesiones de servicio público de distribución eléctrica, no son quienes tienen a su cargo la administración de determinados bienes nacionales de uso público*”.

Dejando en claro que todo concesionario de servicio público debe pedir permiso de la Dirección de Vialidad para acceder a las fajas de los caminos públicos, se destaca que tal otorgamiento a su vez está sujeto a ciertas regulaciones (no entorpecer el uso del camino y que su uso no se oponga al uso del camino público). Asimismo, se recuerda que el uso de la faja está sujeto al pago de derechos (inciso tercero artículo 41), pero dichos derechos son exigibles sólo para aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley N° 19.474.

Por tanto, concluye el TC, en el marco anterior es que se inserta la facultad de la Dirección de Vialidad de ordenar el cambio de las instalaciones que se encuentren en las precitadas fajas.

Establecido lo anterior, el fallo del TC se aboca al análisis del cambio introducido por la Ley N° 19.474 en el artículo 41 del DFL N° 850 y las intenciones del legislador al aprobar tal cambio.

En lo que nos interesa, y como ya ha sido mencionado en este informe, el principal cambio de este inciso dice relación con que el texto previo a 1996 hacía de cargo “del interesado” el costo del traslado; en cambio, el texto vigente hace de cargo del “respectivo propietario” lo anterior. Señala enseguida que el texto original del Mensaje del Presidente de la República que dio origen a la Ley N° 19.474 apuntaba que la normativa vigente en esa época, que hacía de cargo del interesado el costo del traslado, atentaba “*contra las funciones del Ministerio de Obras Públicas al requerirse el cambio por razones de servicio*”.

Luego, el texto que se incorporó en definitiva fue producto de un veto del Ejecutivo, que se fundó, por una parte, en que “*el vocablo interesado puede presentar dificultades de precisión en su aplicación práctica*”. Por la otra, en que el propio artículo 41 emplea el concepto más preciso de “*respectivo propietario*”.

Al justificar el veto del Ejecutivo, el fallo del TC destaca lo argumentado por el Ministro de OO.PP. de la época, Ricardo Lagos Escobar: *“Entonces, lo que procura el veto del Ejecutivo es clarificar que, en este caso, en lugar de la expresión vigente --"el interesado"--, se utilice la más precisa de "el respectivo propietario". Será al propietario de las postaciones --el que las colocó gratuitamente en la faja pública--, si mañana el camino se va a ampliar o hay que hacerle modificaciones, a quien corresponderá correr el riesgo. Si la empresa de utilidad pública no se arriesga, que pague por la servidumbre”*

Más adelante agrega que *“Mover las cañerías tiene un costo: la discusión consiste en determinar quién paga el costo. ¿Es justo que el costo lo pague quien gratuitamente cedió a la empresa el uso de la faja fiscal? De ser así, sería insólito, ya que la faja fue adquirida por el fisco mediante expropiación, lo que significa que tuvo que pagar por ella”*. A lo anterior, agregó: *“Y, entonces, se presenta una situación paradójica: las empresas de utilidad pública obtienen gratuitamente estas fajas, y cuando el Ministerio tiene que realizar modificaciones en los caminos, debe hacerlo con cargo a su propio presupuesto. Nos parece una situación absurda”*.

En resumen, son tres las razones por las que se asignó a las empresas el costo de los traslados: i) el hecho de que la empresa ocupara gratuitamente la faja de los caminos; ii) el Estado tiene que asumir, en el caso de las carreteras concesionadas, el costo de la expropiación para hacer el camino y la faja adyacente<sup>62</sup>; y iii) si las empresas dueñas de las instalaciones no quieren exponerse al costo del traslado, deben abstenerse de usar la faja y contratar una servidumbre.

#### **d) Alegaciones que se descartaron**

i) Se rechaza lo argumentado por Chilectra en cuanto que la aplicación del inciso final del artículo 41 por sobre la normativa eléctrica vulnera presuntos derechos adquiridos, *“en primer lugar, porque eso supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la Ley N° 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Sólo podemos constatar que el traslado se dispuso en 2001, por la Dirección de Vialidad.”*

---

<sup>62</sup> Al respecto, el Ministro de Obras Públicas de la época señaló: *“lo que se está pagando por expropiaciones alcanza cifras extraordinariamente elevadas, pese a tratarse de la utilización de una faja que es fiscal. La autopista de la ruta Santiago-San Antonio vale 120 millones de dólares; y 30 millones son para el pago de expropiaciones, es decir, el 25 por ciento del valor de esa obra. Y las empresas utilizan esa faja de terrenos y no podemos cobrarles. Sólo se paga por el análisis de los planos, etcétera. Y cuando tenemos que construir una nueva vía, debemos incurrir en gastos extraordinarios”*.

ii) Se descarta de plano que exista una especie de propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica; entonces, el legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho.

iii) Para el TC, la ocupación de la faja de los caminos por instalaciones nació condicionada a eventuales traslados. La norma que lo permite viene de al menos 1960, sin alteraciones. En eso no se innovó en 1996, con la Ley N° 19.474, y

iv) Se desecha el argumento de que se habría pasado a llevar la protección de la confianza legítima, *“(…) desde luego, porque no fundamenta (Chilectra) adecuadamente la manera en que ésta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. No basta afirmar que ésta se funda en la seguridad jurídica. Además, se objeta una ley, no un acto administrativo. El punto es relevante, porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad, la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes; por lo mismo, sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella”*

#### **e) ¿Se afecta el derecho de propiedad del requirente, privándola de facultades esenciales?**

Descartadas las demás alegaciones, el TC entra al fondo del asunto: la afectación de las cualidades esenciales del derecho de propiedad del requirente. Sobre este punto, el TC indicó que la facultad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones en la faja adyacente a caminos públicos, es una limitación al dominio que se enmarca dentro de su función social.

En una serie de fallos que se mencionan como ejemplos, el TC recuerda los criterios establecidos en los mismos y que definen la legitimidad para establecer una limitación al dominio<sup>63</sup>.

Luego indica que las limitaciones al dominio emanan de la función social de la propiedad. Al respecto, el fallo recuerda que la Constitución, en el artículo 19 N° 24°, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la

---

<sup>63</sup> i) En primer lugar, dichas limitaciones deben ser mesuradas y razonables; ii) en segundo lugar, las limitaciones no deben desnaturalizar otros bienes jurídicos. Así lo ha hecho respecto del acceso a las playas, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público; iii) otro criterio considerado es la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación; iv) asimismo, si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como el régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión; v) el que la actividad reciba beneficios, como en cesiones gratuitas o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos ; y vi) ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones o afectar el núcleo del derecho.

propiedad. En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Posteriormente, se señala que la posibilidad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones de una faja de un camino público es una limitación al dominio, en primer lugar, porque establece una obligación de hacer, consistente en el deber que tiene el propietario de la instalación de sacarla del lugar en que se encuentra, manteniendo la propiedad sobre ella; y en segundo lugar, porque *“la ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. Dicho permiso sustrae del uso común un bien que podrían utilizar todos. El permiso es, en sí, una limitación”*.

En la opinión del autor de este informe, tal aserto constituye un yerro jurídico importante, por cuanto la ocupación de los bienes nacionales de uso público para los concesionarios de servicio público no emana (en el caso específico de las fajas de los caminos públicos) del permiso de la Dirección de Vialidad, sino que puede originarse en el respectivo decreto de concesión o, como es el caso en materia de electricidad, de la misma LGSE (artículo 16 LGSE). Similar postura esgrimieron los Ministros del TC Raúl Bertelsen Repetto y Enrique Navarro Beltrán, aunque igualmente concurrieron con su voto al rechazo del recurso. Más adelante veremos los argumentos utilizados por dichos ministros.

Más adelante, se cita a Humberto Nogueira<sup>64</sup>: *“el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario”*. Con la cita anterior, y otras que se hacen a José Luis Cea<sup>65</sup>, el TC busca remarcar que, en

---

<sup>64</sup> “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, tomo 4º; Editorial Librotecnia; Santiago, 2010, p. 182.

<sup>65</sup> “Derecho Constitucional Chileno”, tomo II; Ediciones PUC; Santiago, 2012, págs. 574-575: *“es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño”, (ésta es) “un elemento estructural del dominio, es decir, es parte del derecho mismo, concerniente a su esencia, y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él”. “Es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro”*. Más adelante agrega que *“es un criterio delimitador del contenido esencial y del modo de ejercer el dominio, por lo cual tiene cualidad prescriptiva y no sólo descriptiva, operando como pauta para que la propiedad sirva a su destino natural”*. La función social *“es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella”*

caso que los intereses privados derivados del ejercicio del derecho de propiedad estén en contradicción con el interés común de la sociedad, primará siempre ésta última, como consecuencia de la función social de la propiedad.

Establecido lo anterior, el fallo declara que la función social se aplica *“a todo tipo de propiedad”*. De todo lo dicho anteriormente, el TC concluye que *“la posibilidad de traslado de instalaciones en las fajas de los caminos se funda en el beneficio que para la sociedad toda trae consigo el mejoramiento de los caminos, necesidad que impone dicho traslado”*.

Ahora bien, aclarado lo anterior, el TC se aboca a analizar si dicha limitación, en el caso concreto planteado, es legítima<sup>66</sup>.

Al respecto, el TC indica que la norma reprochada *“cumple el criterio de que la limitación sea medida y razonable. Por de pronto, porque hay una orden de traslado. No se expulsa del uso de la faja a las instalaciones, pues pueden permanecer en un determinado lugar diferente al que en un momento determinado ocupen. No hay una prohibición o una orden de retiro. De hecho, las instalaciones fueron trasladadas y reinstaladas en la faja.”*

Asimismo, cumple también el criterio de que *“no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja. Esta es un bien nacional de uso público, destinado al libre tránsito. El traslado se dispuso para mejorar ese uso principal, pues se iba a ensanchar y mejorar el camino al que accedía”*. Entonces, razona el TC, es justamente para garantizar este libre tránsito la razón por la que se le confieren a la Dirección de Vialidad una serie de facultades<sup>67</sup>. Por tanto *“no se advierte razón que justifique que quienes ocupan dichas fajas gratuitamente, no tengan la limitación de soportar el costo de un traslado de sus instalaciones. La pregunta es por qué no van a tener estas restricciones, si una serie de otros sujetos<sup>68</sup>, para garantizar el libre tránsito por los caminos, sufre restricciones a sus derechos”*

---

<sup>66</sup> Los criterios de legitimidad están enumerados en la nota al pie de página N° 44.

<sup>67</sup> En este punto se mencionan: *“la facultad de disponer la reapertura o ensanche de los caminos (artículo 26); también puede ordenar restablecer el tránsito, autorizando el uso de los terrenos colindantes para ello (artículo 46); además, tiene deberes de mejoramiento, defensa, reparación y conservación (artículo 18); asimismo, puede prohibir el acceso que constituya peligro para la seguridad del tránsito o que entorpezca la libre circulación (artículo 40) (...)”*.

<sup>68</sup> Se mencionan como ejemplos: *“los vehículos que transitan por dichos caminos. Estos necesitan patente, permiso de circulación y certificado de seguro obligatorio (artículo 51, Ley de Tránsito). Además, deben estar inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados, presumiéndose propietario la persona a cuyo nombre fuera inscrito (artículos 39, inciso primero, y 44, Ley de Tránsito). También deben tener condiciones técnicas de construcción, de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento, definidas por el ordenamiento jurídico (artículo 62). Así, deben tener neumáticos en buen estado (artículo 69), frenos y luces (artículo 70), una serie de elementos, como velocímetros, parachoques, rueda de repuesto, cinturones de seguridad (artículo 75). Asimismo, la carga no puede exceder pesos máximos (artículo 65). Del mismo modo, el vehículo no puede contaminar (artículo 78) y debe tener revisión técnica al día (artículo 89) (...)”*

Un tercer criterio que se cumple, de acuerdo al TC, es el relativo a la función pública que desempeña el concesionario<sup>69</sup>, y *“por lo mismo, no es una propiedad cualquiera, sino sujeta a regulaciones que buscan garantizar el cumplimiento de dicha finalidad de servicio público”*. De lo anterior, el TC concluye que el pago por los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad no es *“la única obligación que el concesionario debe soportar”*.

El cuarto criterio que se cumple, de acuerdo al TC, es el de tener en cuenta las limitaciones en el contexto de los privilegios que pueda disfrutar el afectado. De esta manera, se menciona que como ya se ha indicado, *“el concesionario puede usar gratuitamente y de modo exclusivo, un pedazo de un bien nacional de uso público, un bien que es de todos y que, de no mediar el permiso, podrían usar todos”*. Además, se menciona que las empresas concesionarias tienen la facultad para *“exigir a los usuarios que soliciten servicio dentro del área de concesión, un aporte financiero reembolsable para ejecutar ampliaciones de capacidad, o para la extensión de las instalaciones existentes hasta el punto de empalme del peticionario (artículos 126, 127 y 128, LGSE)”*.

Por último, se señala que la limitación cumple el último criterio: que la limitación no se convierta en privación del dominio. Se llega a dicha conclusión por tres razones:

*“i) en primer lugar, no hay desplazamiento patrimonial. Lo que existe es un mandato de hacer, que la empresa debe llevar a cabo, como consecuencia de tener sus instalaciones en un bien nacional de uso público;*

*ii) no hay privación, porque no hay daño. El eventual perjuicio económico que signifique el traslado, se compensa con el uso gratuito de la faja, que la empresa ha usado pacífica y tranquilamente por prácticamente diez años, contados desde 1996. Ha tenido tiempo suficiente para amortizar sus inversiones; y*

*iii) no hay privación porque no se afecta el funcionamiento de la empresa. Esta podría perfectamente ubicar sus instalaciones en los predios privados colindantes al camino. Pero eso implicaría un costo por el pago de las servidumbres de paso. Prefiere, por tanto, instalarse en la faja del camino público, por su gratuidad.”*

Por todas las consideraciones anteriores, el TC rechazó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Chilectra.

\*\*\*Debe mencionarse que los Ministros del TC Raúl Bertelsen Repetto y Enrique Navarro Beltrán concordaron en el rechazo precitado, pero hicieron el alcance en cuanto a que no comparten ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia,

---

*“(…) También sufren limitaciones los dueños de predios colindantes a los caminos públicos. Así, estos dueños tienen prohibido ocupar las fajas de 35 metros, medidos a cada lado de los cierros actuales, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche (artículo 39).”*

<sup>69</sup> Ver Capítulo 2º de este informe.

especialmente sobre la naturaleza del derecho del concesionario eléctrico a usar bienes nacionales de uso público para el ejercicio de su actividad y en cuanto a la justificación de las cargas que recaen sobre ese derecho, postura que el autor de este informe comparte.

Al respecto, se señala que *“Si bien hay doctrina que sostiene que la utilización exclusiva o preferente de un bien estatal o público por parte de un particular no puede ejercitarse sino en virtud de un acto unilateral de la Administración, descrito como un acto administrativo denominado permiso, de carácter discrecional, unilateral y precario, crecientemente la legislación nacional se inclina por consagrar también, como fuente de ese derecho, un contrato: el de concesión (...)”*.

Pero luego se reconoce que, en el caso específico que rige a los concesionarios eléctricos, tal derecho emana de la misma ley: *“También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho, tratándose en dichos casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa, como ocurre en el caso de autos, en que es la Ley General de Servicios Eléctricos (actualmente contenida en el D.F.L. N° 4/20.018, del Ministerio de Economía, de 2007, que fija su texto consolidado) la que en sus artículos 2°, N° 4, letra b), y 16, consagra dicha facultad”*.

Sin perjuicio del alcance recién señalado, ambos ministros concurrieron con su voto para rechazar el recurso de Chilectra.

## **VII.- Propuesta de indicaciones.**

Queda claro, de todo los dictámenes y fallos analizados, que intentar cambiar por la misma vía judicial la interpretación que nuestros Tribunales están dando al artículo 41 del DFL N° 850 en relación a la normativa sectorial de concesionarios de servicio público (eléctrica, sanitaria, de telecomunicaciones, de gas, etcétera) tiene pocas posibilidades de éxito.

En consecuencia, la única posibilidad de revertir la asignación de los costos de traslados de las instalaciones eléctricas o sanitarias de las fajas de los caminos públicos es por la vía de un proyecto de ley que modifique el precitado artículo 41 del DFL N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, de tal manera que, al menos en su inciso final, se vuelva a la redacción anterior a la introducida por la Ley N° 19.474.

Por supuesto que, para que tal proyecto tenga éxito, se requiere de una firme voluntad política que explicita los beneficios que para la sociedad en su conjunto se deriva de aprobar un proyecto de este tipo. Asimismo, dicha voluntad política (sea del gobierno o de un grupo de parlamentarios) debe necesariamente aunar y

consensuar una postura común entre los distintos sectores políticos que faciliten la eventual tramitación de este hipotético proyecto de ley.

Como quedó claro de lo expuesto en los dictámenes de Contraloría y los fallos de la Corte Suprema, el problema jurídico planteado se reduce en esencia a elegir entre la aplicación temporal y por especialidad del artículo 41 del DFL N° 850, o de la normativa sectorial respectiva. Por tanto, cualquier iniciativa legal sobre este tema debe abocarse a resolver o determinar de manera explícita la asignación del costo de traslado de las instalaciones que se encuentren ocupando las fajas de los caminos públicos, por empresas concesionarias, abordando el grado de especialidad y la aplicación temporal del inciso final del artículo 41. No sería necesario abordar lo establecido en la normativa sectorial, pues dichas normas abordan el tema como creemos debe hacerse: asigna el costo de traslado “al interesado” en ello.

Entonces, como corolario de este informe, planteamos dos alternativas posibles para zanjar adecuadamente el conflicto de especialidad y de aplicación temporal del inciso final del artículo 41:

#### **a) Alternativa 1.**

La primera opción consiste en establecer explícitamente en el inciso final del artículo 41, que el costo de los traslados será para los concesionarios cuyas instalaciones hayan sido autorizadas con posterioridad a septiembre de 1996, fecha en que entró en vigencia el inciso final del artículo 41 con su redacción actual. Lo anterior sigue la línea establecida en el inciso tercero del mismo artículo, que establece que el pago de derechos por la ocupación de las fajas de los caminos públicos sólo corre para las instalaciones que hayan sido autorizadas con posterioridad a la publicación de la Ley N° 19.474.

Entonces, proponemos la siguiente redacción para el inciso final del artículo 41. Se le agrega la siguiente frase final (destacada):

*“En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo. **Lo anterior sólo se aplicará a las instalaciones cuyos permisos o contratos de concesión hayan sido otorgados con posterioridad a la publicación de la Ley N° 19.474**”*

## **b) Alternativa 2.**

La segunda opción resulta un tanto más directa y audaz, y por lo mismo, más riesgosa. Consiste en restablecer derechamente la redacción previa<sup>70</sup> a la establecida en la Ley N° 19.474 para el inciso final del artículo 41, que hacía de cargo “del interesado”, es decir, de la Dirección de Vialidad, el costo de traslado de las instalaciones que ocupen las fajas de los caminos públicos, en concordancia con la normativa sectorial sanitaria, eléctrica, etc..

Por tanto, se propone la siguiente redacción para el inciso final del artículo 41:

*“En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva **del interesado**”.*

Es decir, se vuelve a la misma redacción del antiguo artículo 42 del Decreto N° 294. Recordemos que la actual redacción del inciso final del artículo 41 fue producto de un veto del ejecutivo.

## **VIII.- CONCLUSIONES.**

Hemos visto en este informe variados dictámenes y fallos, pero no todos los que sobre la materia se han dictado. Hemos incluido, de todos modos, los justos y necesarios para dar una idea de la evolución jurisprudencial en la aplicación del controvertido artículo 41.

La pluralidad de empresas que interpusieron el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre la precitada norma da cuenta de la amplitud y alcance de su aplicación, amplitud referida especialmente a los variados ámbitos económicos que se ven afectados por su aplicación. Por la misma razón, es de suma importancia tener claro el contexto constitucional y legal en que se desenvuelven las empresas afectadas.

Como el mismo fallo del TC concluyó, en la práctica la controversia de fondo es menos profunda de lo que parece, pues éste se limita a determinar qué norma corresponde aplicar en virtud del principio de especialidad, y la aplicación en el tiempo de la misma norma. En tal sentido, se trata de un conflicto legal, mas que constitucional.

Por todo lo anterior, la vía legislativa aparece como la única opción de revertir una interpretación en la aplicación del artículo 41 que nuestros Tribunales han adoptado de manera prácticamente definitiva. Yendo más lejos aún, y antes de la vía legislativa, debe existir una decisión política, desde el mundo parlamentario o, idealmente, el gobierno, en orden a que sea el Estado el que asuma los costos de

---

<sup>70</sup> La redacción final del artículo 42 del Decreto 294, de 1985, establecía que: “En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado.”

los traslados de las instalaciones de las fajas de los caminos públicos, tal como está estipulado en la normativa sectorial eléctrica, sanitaria, de gas, telecomunicaciones, entre otras.

El carácter de servicio público de tales servicios, el alcance prácticamente total en la cobertura a nivel nacional de los mismos, así como las exigencias derivadas de tal estatus, sustentan la postura y la necesidad de devolver al Estado, al *interesado en ello*, el costo de traslados que en la mayoría de los casos, y dependiendo de lo que establezca cada legislación sectorial particular, serán traspasados a los usuarios.

### **Temas pendientes en la Reforma Laboral**

**Proyecto en tercer trámite constitucional que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo.**

**Boletín N°9835-13**

#### **1.- NEGOCIACIÓN COLECTIVA, TITULARIDAD SINDICAL y RESERVA DE CONSTITUCIONALIDAD.**

Para asentar la idea de titularidad sindical en la legislación laboral vigente, el Ejecutivo se ocupa primero de eliminar cualquier referencia que se haga a los grupos de trabajadores reunidos para negociar colectivamente (como sujeto de negociación colectiva) lo que supone redefinir la noción de negociación colectiva y en consecuencia el contrato colectivo de trabajo.

Actualmente el Código del Trabajo dispone en su artículo 303, que la negociación colectiva es “el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes.”

#### **Texto aprobado por el Senado.**

**“Artículo 303.- Negociación colectiva, definición, partes y objetivo.** La negociación colectiva es aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro.

Las partes deberán negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones siguientes, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ambas.

Los trabajadores tendrán derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de la o las organizaciones sindicales que los representen, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en el Título IV de este

Libro, a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el Título V de este Libro, o de forma directa, y sin sujeción a normas de procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 314.

Tendrán derecho a negociar los sindicatos que cumplan con los quórum de constitución establecidos en el artículo 227.

En todas aquellas empresas en que no exista organización sindical con derecho a negociar, podrán hacerlo, según las normas previstas en el artículo 315, grupos de trabajadores unidos para ese efecto.

Para determinar si dos o más empresas deben ser consideradas como un solo empleador para efectos de la negociación colectiva, se estará a lo dispuesto en los incisos cuarto y siguientes del artículo 3° de este Código.”

### **Puntos Clave**

**Exclusión de los grupos de trabajadores.** De la redacción se desprende la exclusión de los grupos negociadores como sujetos de la negociación colectiva, posicionando al sindicato como el titular exclusivo del derecho a negociar colectivamente, convirtiéndose en el representante único de los trabajadores en la negociación colectiva y en la celebración de contratos colectivos de trabajo con el empleador. Es decir, se reconoce al sindicato como sujeto principal de la negociación colectiva en representación de sus afiliados y solo en aquellas empresas en donde no exista dicha organización sindical con derecho a negociar se posibilita que los trabajadores puedan agruparse para negociar colectivamente, siendo denominados para dichos efectos como “grupo de trabajadores unidos”, poniendo así término a la coexistencia vigente entre sindicatos y grupos negociadores, conforme a las normas del artículo 303 del Código del Trabajo, erradicando toda referencia a estos, tanto en el concepto mismo de negociación colectiva, como en los contratos colectivos del trabajo y cualquier atisbo que se le asemeje, como la figura del delegado sindical, por considerar - el Ejecutivo y los parlamentarios de la Nueva Mayoría - que dichas figuras solo tienen por objeto mermar el poder negociador de los sindicatos y debilitan su función al interior de las empresas. Por cuanto el fortalecimiento de los sindicatos implica principalmente reconocerles titularidad sindical para los fines de la negociación, mejorando su posición ante el empleador para mejorar las condiciones de trabajo, como también el acceso a los frutos del crecimiento económico de las empresas. La Crítica ante dicho planteamiento es que dicho propósito no se condice con el escenario de una economía desacelerada, con poca capacidad para crecer y con una política de ajuste fiscal en proceso. (Ver anexo contexto económico de la Reforma Laboral).

**Exclusión de los grupos negociadores del Contrato Colectivo del Trabajo** (Artículos 6 , 315 y 321). Actualmente, el artículo 6 del Código del Trabajo prescribe que el contrato de trabajo puede ser individual o colectivo, definiendo a este último (así como el actual artículo 344) como “el celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado”.

El proyecto aprobado en segundo, redefine este concepto entendiendo el contrato colectivo de trabajo como “aquel celebrado por uno o más empleadores con uno o más sindicatos, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada establecido en el Título IV del Libro IV de este Código”. En consecuencia, esta modificación legal establece que solo los sindicatos podrán -conforme a las reglas de la negociación colectiva reglada- celebrar contratos colectivos de trabajo con sus respectivos empleadores, quedando fuera la posibilidad de que grupos de trabajadores reunidos para negociar puedan celebrar este tipo de instrumentos colectivos con sus empleadores.

En su lugar, los trabajadores agrupados para negociar solo se les habilita negociar colectivamente bajo un procedimiento semi-reglado (art. 315) y por lo tanto, solo podrán celebrar con su empleador un acuerdo denominado “acuerdo de grupo colectivo” (inciso 3, art. 321), que es un nuevo tipo de instrumento colectivo que resulta de la negociación semi-reglada, cuyos efectos son diversos a los de un contrato de trabajo colectivo.

#### **Texto aprobado por el Senado.**

***“Artículo 321.- Instrumento colectivo: contrato colectivo, convenio colectivo y acuerdo de grupo negociador. Instrumento colectivo es la convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, por un tiempo determinado, de conformidad a las reglas previstas en este Libro.***

*Contrato colectivo es aquel instrumento colectivo celebrado de conformidad al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en los artículos 328 y siguientes de este Código.*

*Convenio colectivo es aquel instrumento colectivo celebrado de acuerdo a la negociación colectiva no reglada prevista en el artículo 314 de este Código o derivado del procedimiento especial de negociación a que se refieren los artículos 365 y siguientes de este cuerpo legal.*

*Acuerdo de grupo negociador es aquel instrumento colectivo celebrado conforme al procedimiento de negociación colectiva semi-reglada del artículo 315 de este Código.*

*El laudo o fallo arbitral dictado según las normas de los artículos 387 y siguientes de este Código, también constituye un instrumento colectivo.*

*Los instrumentos colectivos deberán constar por escrito y registrarse en la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción.”*

**Efecto esperado por el Ejecutivo.** Este enfoque pretende que los trabajadores que deseen negociar colectivamente sus condiciones laborales necesariamente deberán hacerlo a través de su sindicato y para lograr tal objetivo deberán afiliarse a un sindicato existente o bien agruparse para crear un sindicato nuevo, lo que en la práctica significaría – según sostiene el Mensaje - una mayor tasa de sindicalización y un aumento en el número de sindicatos. En la práctica, la exclusión de los grupos de trabajadores de estos conceptos va más allá de

posicionar al sindicato como titular del derecho a negociar colectivamente, genera un desincentivo a gran escala de toda negociación colectiva que se produzca fuera de una organización sindical, privándole a los trabajadores -que quieren mejorar sus condiciones laborales- todas las prerrogativas que se desarrollan bajo el amparo de la negociación colectiva reglada, entorpeciendo su libertad a negociar en la forma y modo que más les convenga.

**Reserva de constitucionalidad.** El proyecto con el objeto de relevar y fortalecer a los sindicatos como el principal sujeto de la negociación colectiva ha condicionado el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente, de rango constitucional, afectando con ello la esencia de la libertad sindical prescrita en el artículo 19 N°19 de nuestra Carta Fundamental, razón por la cual esta disposición durante toda su tramitación ha sido objeto se reserva de constitucionalidad, entendiéndose que el derecho a negociar colectivamente es un derecho del que constitucionalmente son titulares los trabajadores no importando su forma de organización.

En efecto, el artículo 19 N° 19 de la Constitución, establece el derecho a negociar colectivamente como un derecho propio de los trabajadores, independiente de su forma de organización, lo que implica que no puede negarse el derecho a negociar colectivamente a los trabajadores como se pretende en el proyecto. Esta disposición dispone expresamente que la afiliación sindical será siempre voluntaria, por cuanto cabe preguntarnos ¿qué voluntariedad podría existir en los trabajadores que quieren mejorar sus condiciones de trabajo y remuneración si todos los estímulos, prerrogativas y facultades para negociar con el empleador en un plano de mayor equidad están puestos en la negociación colectiva reglada?, al cual solo podrán acceder una vez que se afilien a una organización sindical, a la luz de esta propuesta.

A su vez, se ha expuesto que esta disposición vulneraría de igual forma el inciso 3, del artículo 19 N°15 de nuestra Constitución, el cual dispone claramente que nadie puede ser obligado a pertenecer a asociación alguna, por cuanto el trabajador puede libremente no querer afiliarse (libertad sindical negativa), lo cual se encuentra en sintonía con lo dispuesto con el inciso 4, del artículo 19 N°16 de la Constitución, al disponer que ninguna ley puede exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad. Similar disposición se encuentra contemplado en por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente al disponer el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresamente el derecho de las personas de asociarse libremente con fines laborales (como negociar colectivamente). Similar disposición podemos encontrar en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por último, establecer la titularidad sindical tal como se propone en el proyecto, supone afectar en su esencia el derecho del trabajador a negociar colectivamente, ya que para su ejercicio requiere como condición previa (sin la cual no lo puede ejercer) el encontrarse afiliado a un sindicato, lo que impide ejercer libremente este derecho, ya que se le impone la afiliación sindical como

requisito sine qua non, lo que afecta directamente la esencia de este derecho y con ello lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución.

“Artículo 26.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

## **2.- EXTENSIÓN DE BENEFICIOS. Artículo 323 y 289 letra h).**

### **Texto aprobado.**

**“Artículo 323.- Efecto de la afiliación sindical y aplicación de las estipulaciones de un instrumento colectivo.** La afiliación sindical otorgará de pleno derecho a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorporen, conforme a los requisitos establecidos en dicho instrumento, a partir de la comunicación de la afiliación al empleador.

*La comunicación al empleador deberá realizarse por escrito al correo electrónico designado por este y enviarse copia de la misma a la Inspección del Trabajo.*

*Las partes de un instrumento colectivo podrán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical. En el caso antes señalado, para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo.*

*El acuerdo de extensión de que trata el inciso anterior deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el empleador podrá aplicar a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, siempre que dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo.”*

**“Artículo 289 ... letra “h)** Otorgar o convenir con trabajadores no afiliados a la organización u organizaciones que los hubieren negociado, los mismos beneficios pactados en un instrumento colectivo, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 323 de este Código”.

### **Puntos Clave**

**Los beneficios de un instrumento colectivo se otorgan a los nuevos socios de pleno derecho.** Así obtendrán todos los beneficios provenientes del instrumento suscrito por la organización sindical a la que se incorporen, desde la comunicación de dicha afiliación al empleador.

**Extensión a trabajadores no sindicalizados de los beneficio negociados por el sindicato.** Serán las partes del instrumento colectivo las que acordaran si se aplican en forma general o parcial las estipulaciones, a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical. A este acuerdo se le exige fijar los criterios generales y no arbitrarios para extender los mencionados beneficios a los trabajadores afiliación. Resulta erróneo hablar de extensión de beneficios, más bien se trata de incorporar los beneficios, pues cuando “algo” se extiende se hace a quien no forma parte “de”, y aquí se le está diciendo al trabajador que si desea obtener los beneficios obtenidos por un sindicato, debe a pagar todo o parte de la cuota ordinaria sindical. Esta medida en la práctica por objeto fomentar la sindicalización, pues si el trabajador debe pagar las la totalidad o parte de las cuotas, mejor le vale pagar la cuota en forma íntegra y así participar no solo de los beneficios sino también de las votaciones y hacer valer sus derechos ante el sindicato, por cuanto no resulta una extensión propiamente tal, sino más bien la incorporación al sindicato como requisito previo a la extensión de beneficios.

**Se vulnera la libertad de afiliación y de la libertad individual.** Se hizo reserva de constitucionalidad. La OCDE es partidaria de la extensión de los beneficios y así lo recomienda, pero no existe ni un solo país donde la fórmula de extensión automática por el solo hecho de afiliarse al sindicato.

**Norma Anti-empleo.** Va a provocar que trabajadores recién contratados (sin la cualificación, tiempo y experiencia) obtengan por la vía de afiliación al sindicato un mejoramiento de sus remuneraciones, sin - al menos - hacerse una diferenciación entre los actuales trabajadores y los futuros trabajadores, de lo contrario se estarían vulnerando su igualdad ante la ley.

Facultad unilateral del empleador de reajustar el IPC. Se reserva al empleador la decisión unilateral de aplicar a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del IPC. Sin embargo esta facultad está condicionada -eso si - a que dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo.

### **3.- FRACASO ACUERDO PRO-MYPE / PYME y QUORUM PARA SU CONSTITUCIÓN. ART. 227.**

El acuerdo arribado el año pasado en favor de las inquietudes expuestas por las agrupaciones de micro y pequeños empresarios frente a la reforma laboral, y que se formalizo por medio de un “acuerdo pro-pyme” o propiamente “acuerdo pro-mype”. En lo medular y en cuanto a la reforma se buscaba:

- Aumentar el quorum necesario para la constitución de sindicatos.
- La posibilidad de que sindicatos convivan con los grupos de negociadores al interior de las empresas que tengan 50 o menos trabajadores; y
- Excluir a las mypes y pymes de la negociación colectiva obligatoria con sindicatos interpresa.

Sin embargo, esta idea no prospero al interior del Gobierno (a pesar del compromiso asumido por los Ministros de Hacienda y Trabajo, y una gama de parlamentarios de la Nueva Mayoría). Acuerdo que quedo sin piso para su

votación particular, manteniendo el quorum de 8 trabajadores, la exclusión de los grupos negociadores y se obliga al empleador mype a negociar colectivamente con sindicatos interpresa.

“Art. 227, inc. 3.- Si la empresa tiene 50 trabajadores o menos, podrán constituir sindicato 8 de ellos, siempre que representen como mínimo el 45 % del total de trabajadores.”

Este punto fue objeto de dos indicaciones, la primera a propuesta de los Senadores Allamand, Chahuan, Larraín y Pérez Varela, por la cual se pretendió reemplazar el artículo 227 por el que sigue:

“Artículo 227.- La constitución de un sindicato en una empresa que tenga más de cincuenta trabajadores, requerirá tener y mantener de un mínimo de veinticinco trabajadores que representen, a lo menos, el diez por ciento del total de los que presten servicios en ella.

No obstante lo anterior, para constituir dicha organización sindical en aquellas empresas en las cuales no exista un sindicato vigente, se requerirá al menos de veinticinco trabajadores, debiendo completarse el quórum exigido en el inciso anterior, en el plazo máximo de un año, transcurrido el cual caducará su personalidad jurídica, por el solo ministerio de la ley, en el evento de no cumplirse con dicho requisito.

Si la empresa tiene cincuenta trabajadores o menos, podrán constituir sindicato veinticinco de ellos.

Si la empresa tuviere más de un establecimiento, podrán también constituir sindicato los trabajadores de cada uno de ellos, con un mínimo de veinticinco trabajadores que representen, a lo menos, el treinta por ciento de los trabajadores de dicho establecimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera sea el porcentaje que representen, podrán constituir un sindicato.”.

Sin embargo, esta indicación fue rechazada (3x2) y se aprobó la indicación del Ejecutivo que consiste en reemplazar dicho artículo 227 al siguiente tenor:

*“Si la empresa tiene 50 trabajadores o menos, podrán constituir sindicato 8 de ellos, siempre que representen como mínimo el 50% del total de trabajadores. Si la empresa tiene un número impar de trabajadores, el porcentaje señalado se calculará sobre el número par inmediatamente anterior a aquel. En las empresas donde no exista sindicato, será aplicable lo dispuesto en el inciso anterior. Para efectos del cómputo del número total de trabajadores de la empresa, se descontarán aquellos impedidos de negociar colectivamente de acuerdo al artículo 305, sin perjuicio del derecho de estos trabajadores a afiliarse a una organización sindical.”*

Es decir se mantuvo el quorum de 8 trabajadores, aumentando el porcentaje de representación de un 45% a un 50%, se establece un mecanismo en caso de que dicho número sea impar e incorpora el criterio de descontar a los trabajadores impedidos de negociar, a fin de no abultar los quórums requeridos, lo que

representa un revés para el acuerdo comprometido a las micro y pequeñas empresas que representan más del 70% (afinar cifra) de la fuerza laboral del país.

#### **4.-SINDICATOS INTEREMPRESA. Artículo 363.**

Los sindicatos interempresa, son aquellos que agrupa trabajadores de dos o más empleadores distintos, y están compuestos por trabajadores que provienen de diversos sectores y grupos económicos, o de empresas de diverso tamaño desde micro y pequeñas empresas hasta las grandes empresas, por cuanto regular o establecer reglas sobre este respecto resulta de por sí complejo. El Ejecutivo en este punto pretende obligar a los empleadores a negociar con estos sindicatos, y para ello establece una fórmula diferenciadora para determinar dicha obligación tratándose de si se trata de sindicatos interempresa compuesto solo de micro y pequeñas empresas o de pequeñas y medianas empresas, cambiando el criterio voluntario que esta negociación tienen en nuestra legislación vigente.

Además se establece que el proceso debe ser llevado solo por los trabajadores que pertenecen a dicha empresa donde se pretende negociar, y el presidente del sindicato interempresa solo puede concurrir a esta negociación solo en calidad de asesor.

#### Texto aprobado en segundo tramite

**“Artículo 363.- Requisitos para la negociación colectiva del sindicato interempresa.** Para presentar un proyecto de contrato colectivo en una empresa, el sindicato interempresa deberá contar con un total de afiliados no inferior a los quórum señalados en el artículo 227, respecto de los trabajadores que represente en esa empresa. E

*En el caso que el sindicato interempresa cumpla la exigencia señalada en el inciso anterior, será obligatorio para la micro empresa negociar colectivamente cuando la organización sindical sólo afilie a trabajadores de micro y/o pequeñas empresas. Tratándose de pequeñas empresas, será obligatorio negociar cuando el sindicato sólo afilie a trabajadores de micro, pequeñas y/o medianas empresas.*

*Para constatar si el sindicato cumple la exigencia contemplada en el inciso segundo, el empleador podrá solicitar dentro de los dos días siguientes a la presentación del proyecto de contrato colectivo, la intervención de la Inspección del Trabajo, la que deberá llamar a una audiencia, siendo aplicable lo dispuesto en las letras d), e) y f) del artículo 342. La negociación se suspenderá mientras la Inspección del Trabajo no resuelva el requerimiento del empleador, tiempo durante el cual los trabajadores gozarán del fuero del artículo 309.*

*Si el sindicato interempresa no cumpliera la exigencia adicional del inciso segundo de este artículo, se entenderá para este solo efecto, que los trabajadores de la empresa afiliados a él constituyen un sindicato de empresa, sujetándose a las normas de la negociación reglada y siéndole aplicable lo dispuesto en los Títulos I, III y IV de este Libro.”*

#### Puntos Clave

**Titularidad sindical para sindicatos interpresa y obligación de negociar.** Tema fuertemente discutido al interior de la Comisión de Trabajo, en el cual se establece como regla general la obligación del empleador de negociar colectivamente definieron los requisitos que se solicitaran para que estos sindicatos negocien colectivamente, posibilidad que es inexistente en la legislación actual, y que sin embargo se le dedica un título completo en la reforma laboral.

**Obligación de negociar con sindicatos interpresa.** Para ello, se establece una fórmula que diferencia el tipo de empresa para establecer la obligación de negociar con un sindicato interpresa, una vez que se cumplen los requisitos que señala el artículo 363.

- Tratándose del empleador mype, le nace esta obligación cuando (yo agrego “se constata”) que la organización sindical interempresa solo afilia a trabajadores de micro y/o pequeñas empresas.
- A su vez le surge esta obligación al empleador pyme, cuando constata que la organización solo afilia a trabajadores de pequeñas y medianas empresas.

**Constatación de los requisitos.** Se permite al empleador constatar, ante la autoridad laboral, el cumplimiento de las exigencias establecidas por ley, y durante este periodo de constatación se suspende la negociación colectiva, eso sí, conservando el fuero para este efecto.

**Incumplimiento de las exigencias de este artículo.** De no cumplirse los requisitos antes señalados (inciso 2), se entiende que estos trabajadores constituyen (solo para dicho efecto) un sindicato de empresa y por cuanto se aplican tanto las normas generales, la titularidad sindical, la extensión de beneficios y el derecho a huelga (negociación reglada) y le serán aplicables las normas bajo el título I, III y IV).

#### **4.- HUELGA, PROHIBICIÓN DE REEMPLAZO Y AJUSTES NECESARIOS. Artículo 347**

Texto aprobado por el Senado

*“Artículo 347.- Derecho a huelga. La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores.*

*Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga.*

**La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.**

*La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes.*

*En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme a las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del*

*Trabajo. El Tribunal, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492 de este Código”.*

#### Puntos Clave

**4.1.- Huelga y su definición.** Sin duda uno de los temas que han resultado más gravitantes durante toda la discusión del proyecto son los que se originan en la huelga, particularmente las limitaciones a la facultad de administración y dirección que posee el empleador en la distribución de sus recursos humanos, al vedarse la posibilidad de reemplazar a los trabajadores en ejercicio de la huelga, ya sea por medio de la reasignación interna o por medio de la contratación de nuevos trabajadores para aquellos puestos paralizados y cuya infracción constituye una práctica desleal grave, habilitando a la autoridad laboral para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. Eliminándose, en definitiva, la posibilidad de realizar ajustes o adecuaciones necesarias que no tengan por objeto el permitir el desempeño de las funciones convenidas por el trabajador.

**4.2.- Prohibición del reemplazo de trabajadores y adecuaciones necesarias:** Se suprime la facultad del empleador de reemplazar los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga, con trabajadores propios o externos de la empresa. En ese sentido el Ejecutivo ha resuelto mantener el criterio de no permitir el reemplazo externo ni interno, y solo se permiten ciertas modificaciones en los turnos u horarios y ciertas adecuaciones calificadas de “necesarias” con el solo propósito de respetar los derechos de los trabajadores que no están en huelga y puedan desempeñar las funciones convenidas en sus contratos. Este criterio se sostiene en dos indicaciones que se encuentran íntimamente vinculadas entre sí, a saber:

**En la definición de huelga. Inc.3 Art. 347:** “La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.”

En el catálogo de prácticas antisindicales Letra d), artículo 405.

*“El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro”.*

*El empleador en el ejercicio de sus facultades legales, podrá **modificar los turnos u horarios de trabajo**, y efectuar las **adecuaciones necesarias** con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo”.*

De esta discusión surge la interrogante respecto al alcance de “las funciones convenidas”, ya que en principio se pueden alojar en un mismo trabajador diversas funciones. Por cuanto, cabe la necesidad de aclarar si se trata de funciones convenidas ejecutadas, ejecutadas parcialmente, en forma habitual, con intermitencia o de otra índole, que permita clarificar la extensión de dicha expresión y el contenido de dicha norma. A pesar de aquello, el Ejecutivo se negó a profundizar o especificar respecto de que funciones convenidas se trata,

limitándose a sostener que estas funciones están dadas no solo por el contrato de trabajo, sino que también por el principio de realidad que inspira, guía e informa a toda la legislación laboral chilena, por ello sostienen que siendo la realidad de una riqueza tal, que resulta impensado especificar el contenido de las funciones convenidas, dejando en definitiva a que esta extensión y contenido sea resuelto caso a caso por los tribunales, uniformando la jurisprudencia y en el sentido que ha fallado la Corte Suprema, respecto a la prohibición de reemplazo interno.

En definitiva el criterio fijado por el Ejecutivo sostiene la prohibición de todo tipo de reemplazo externo e interno, y solo podrán efectuarse los cambios de turnos u horarios de trabajo y efectuarse las adecuaciones necesarias, con el objeto de garantizar el desempeño de las funciones convenidas por los trabajadores que no se encuentran en huelga. Cualquier otro propósito, por el cual se efectúen cambios de turnos u horarios de trabajo y se efectúen adecuaciones, se considerara como práctica desleal, es decir el despliegue de acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos.

### **3.3.- Limitaciones a la huelga y servicios mínimos estrictamente necesarios:**

El artículo 359, aprobado por la Comisión, dispone que durante la huelga la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal, durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron destinados, esto es:

- Atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes;
- Garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas; y
- Garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.

En esta determinación se deberán considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.

El personal destinado por el sindicato a atender los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación y recibirá el nombre de equipo de emergencia. Sus integrantes deberán percibir remuneraciones por el tiempo trabajado.

En el caso que el sindicato no provea el equipo de emergencia. La empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios, debiendo informar de ello inmediatamente a la Inspección del Trabajo, con el objeto que constate este incumplimiento. Las medidas adoptadas por el empleador no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato.

Sobre este último punto el criterio del Ejecutivo se centró en no dejar margen posible para que se pueda vulnerar la huelga y generar, por omisiones e imprecisiones del texto, espacio para reemplazos internos.

