

MINUTA CON COMENTARIOS SOBRE RELACIÓN ENTRE EL CONGRESO Y CONVENCION CONSTITUCIONAL

Comentarios al marco jurídico:

Resulta necesario mencionar el art. 133 de la CPR que dispone lo siguiente:

1. Que dentro de los 3 días siguientes de la calificación de la elección de los “convencionales constituyentes” por el Tribunal Calificador de Elecciones -lo que no podrá demorar más de 30 días desde la elección- el Presidente convocará por decreto a la primera sesión de instalación de la convención.
2. El Presidente debe indicar **el lugar de la convocatoria**.
3. En el evento que el Presidente no indique el lugar, **la Convención se instalará en la sede del Congreso Nacional**.
4. La instalación deberá realizarse dentro de los 15 días posteriores a la fecha de publicación del decreto.
5. En la primera sesión la convención elegirá un Presidente y un vicepresidente.

6. La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación por los 2/3 de sus miembros.
7. La Convención deberá constituir una Secretaría Técnica conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional.
8. Corresponderá al Presidente de la República, **o a los órganos que éste determine**, prestar el apoyo técnico, administrativo y financiero que sea necesario para la instalación y funcionamiento de la Convención.
9. Atendiendo a estas disposiciones, es necesario observar que el Presidente podría haber omitido la designación del lugar donde funcione la Convención, caso en el cual sería **“LA SEDE” del Congreso Nacional**. Y la Sede Oficial del Congreso Nacional está en **“VALPARAÍSO”**.
10. Este punto ya quedó definido desde hace algún tiempo que la Convención Constitucional tendrá una “doble sede” en Santiago: una de oficinas en el Palacio Pereira ubicada en el centro de dicha comuna y la Sede del Congreso Nacional en Santiago para el funcionamiento de comisiones o de la Convención en pleno. Lo de a Sede era importante que quedara despejado, porque de lo contrario su “SEDE” habría sido la del Congreso

según el artículo 133 de la CPR. No habría sido compatible tener instalada la Convención en la Sede donde funciona el Congreso en Valparaíso.

11. El funcionamiento de la Convención Constitucional en la sede del Congreso se Santiago, podrá permitir el apoyo que se puede ofrecer a los convencionales en cuanto poner a su disposición, entre otros, los servicios de la BCN.

Comentarios al marco político en la relación del Congreso con la Convención

12. Apoyar a la Convención no es intervenir, sino que guardar respecto absoluto por la autonomía de su exclusiva, precisa y unívoca labor de escribir la nueva Carta Fundamental que se someterá al llamado “plebiscito de salida”. Resulta aconsejable, en todo caso, elaborar un punteo que distinga los “apoyos” y de los casos en que el Congreso actúe como “invitado” a opinar sobre algunos temas, lo que dependerá de la Convención. Sin embargo, me parece que las opiniones personales de los parlamentarios en materias debatidas en Aquélla no están afectadas sobre todo si se emiten con la debida prudencia.

13. Por otra parte, en el marco de la **relación política entre el Congreso y el Poder Ejecutivo con la Convención**

Constitucional es necesario, desde ya, observar la obligación de cuidado en orden a respetar y respetarse en sus respectivas atribuciones. Asimismo, resulta recomendable poner en práctica una suerte de principio de “deferencia”, de parte del poder legislativo en cuanto a no abrir debate institucional y público sobre materias que se encuentre tratando la Convención.

14. Ahora bien, es un hecho indiscutible que la Convención, al estar recién elegida está, por tanto, recién legitimada por la ciudadanía. Pero con una característica muy destacable: una mixtura de lo que es el país y su gente que refleja una representatividad que jamás se había dado en alguna institución u organismo de elección popular. En ella hay personas representantes de los más variados lugares, pensamientos e intereses, paridad de género, pueblos originarios y muchísimos/as jóvenes interesados/as en participar en la definición de su futuro y no personas mayores tratando de definir el futuro a las generaciones que vienen. Debemos entender que estas últimas podrán reflejar y transmitir su experiencia como, también, lo deberán hacer aquellos quienes pueden entregar su conocimiento académico, profesional y técnico.
15. Un dato que puede ser decidor en cuanto a los profesionales que conformarán la Convención es que la integrarán 61 abogados,

2 licenciados en derecho, 5 egresados y 1 estudiante de la misma carrera frente a 1 economista y 3 ingenieros comerciales.

16. Por eso, es necesario entender que, si bien apoyar a la Convención es tarea de todos y de toda la institucionalidad, NO ES INTERVENIR EN SU LABOR. En este sentido, los “apoyos” en que el Congreso actúe debe hacerlo como “invitado” a opinar sobre los temas que interesen a la Convención. Sin embargo, a mi entender, las opiniones que entreguen los parlamentarios, a título personal, no están afectadas.

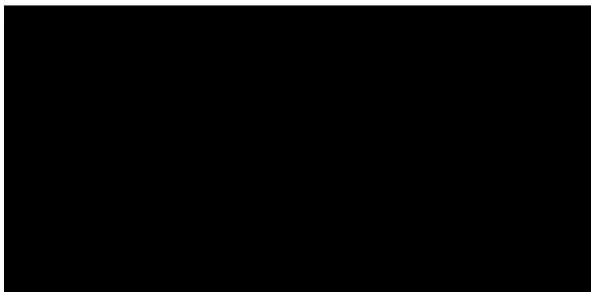
17. Un área delicada en el funcionamiento paralelo del Poder Legislativo **será no “toparse” con la Convención en materia de eventuales reformas a la Constitución vigente.** Me parece que si el Congreso o el Gobierno abren debate o presenta reformas o las aprueban en materias “sensibles” con el trabajo de la Convención pueden surgir problemas que hay que evitar. Ejemplo, **reformas sobre temas que la Convención seguramente legislará: ejercicio de derechos fundamentales y sociales como agua, pensiones y, salud.**

18. Iniciativas como éstas, en la medida que no sean amplia, social y políticamente consensuadas, podrían considerarse un intento de influir en el trabajo de la Convención, o bien, de tratar de ponerle un marco previo que claramente podría ser ilegítimo, o

una presión éticamente reprochable y políticamente inaceptable. Además, fuente casi cierta de conflicto, entre convencionales, recién legitimados por el pueblo y un Congreso -también el poder ejecutivo y los partidos políticos- con muy baja popularidad y alto cuestionamiento.

19. Será muy importante una vez elegida o elegido quien presidirá la Convención tener una conversación abierta entre ambas instituciones -La Convención Constitucional y el Congreso- de manera de establecer mecanismos de coordinación.

Son los comentarios que puedo formular por ahora y sobre los que ambas Cámaras del Congreso ya deberían fijar definiciones sobre las zonas o asuntos en los cuales se puedan vislumbrar dificultades y adoptar criterios.



Luis Eduardo Thayer Morel
Abogado

**MINUTA SOBRE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR SOBRE LA
ASIGNACIÓN ESPECIAL NO IMPONIBLE DEL ARTÍCULO 40
DEL DL 3.551**

1. La seguridad social es un derecho humano fundamental, comprendido entre los derechos sociales, que comprende, en general, la cobertura de los riesgos de las personas en materias de salud, de maternidad, de pensiones por vejez e invalidez, con ocasión del trabajo, de la seguridad laboral, del desempleo, de prestaciones familiares, todas ellas en sentido más amplio. De esta manera, la seguridad social es un derecho dinámico e inclusivo que ha ido introduciendo y progresivamente lo seguirá haciendo en función de ir alcanzando un nivel mínimo de seguridad social básica para todos y todas.
2. Esta concepción de la seguridad social, pese a que la Constitución de 1980, la contempló como un derecho que debe asegurarse a todas las personas impulsó en paralelo un sistema “previsional” de capitalización individual, antitético con aquel derecho, entre cuyos principios esenciales están la solidaridad y la universalidad.
3. Sin embargo, el 2 de enero de 1981 -tres meses antes del 11 de marzo de ese año, fecha en que comenzara a regir la Constitución

de 1980- se dictó el DL 3.551 que mejoró las remuneraciones en algunos servicios del sector público, mediante un mecanismo de ascenso en las escalas de sueldos y mejorías de ciertos cargos o funciones específicas. Todo ello, después de un fuerte deterioro de las remuneraciones de trabajadores de dicho sector durante varios años de una inflación galopante.

4. En aquel contexto, el artículo 40 del señalado decreto ley 3.551 contempló “**la asignación especial *no imponible***” para los docentes titulados y no titulados con la finalidad evidente de otorgarles una compensación económica que supliera en parte las dificultades económicas y sociales experimentadas por el deterioro de su poder adquisitivo que, expresado en cifras estimadas por el Colegio de Profesores, un docente que en 1972 percibía mensualmente \$100, nueve años después su salario en términos reales se había reducido a \$28.
5. Así las cosas, puede concluirse concluir que la asignación especial del artículo 40 del DL 3.551 tiene todas las características para estimarla como un beneficio de la seguridad social, así como lo eran y son las asignaciones familiares, prestaciones o subsidios por enfermedad o accidentes y tantos otros.

6. La disposición de dicho artículo 40 del DL N° 3.551 dispuso el pago de una asignación especial **“no imponible”** para el personal docente dependiente del Ministerio de Educación a contar del **1° de enero de 1981**.

No obstante -tal como lo expresé en un informe pericial a la Corte IDH en el caso N° 12.903 “Profesores de Chañaral y otras Municipalidades”- el **14 de agosto de 1981** se publicó la ley 18.081, cambiando -a contar de esa fecha- el concepto de remuneración, cuestión que ocasionó, a su vez, **modificó sustancialmente la imponibilidad de ingresos, asignaciones y otras prestaciones laborales y previsionales**, entre ellas, la asignación especial del referido artículo 40.

7. Prueba de esta afirmación es el cambio sustantivo del concepto de remuneración definido en el decreto ley N° 2.200 de 15 de junio de 1978 por el definido en la referida ley 18.018 de 14 de agosto de 1981 que mutó en “imponible” el carácter “no imponible” de muchísimas prestaciones, a lo que no pudo escapar la asignación especial de los docentes contemplada en el artículo 40 del DL 3.551, según veremos.
8. En efecto, el DL 2.200, definía la remuneración en su artículo 50 de la siguiente manera:

*“Artículo 50: Se entiende por **remuneración** las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie*

*avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador **como retribución de sus servicios.***

No constituyen Remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, ni otras prestaciones que se otorguen por causas ajenas al trabajo

9. Tal concepto se mantuvo vigente hasta que el artículo 1° N° 31 de la ley 18.018, de 14 de agosto de 1981, lo modificó como sigue:

*“Artículo 50: Se entiende por **remuneración** las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador **por causa del contrato de trabajo.***

No constituyen Remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, ni, en general, las devoluciones de gasto en que se incurra por causa del trabajo.

10. El único cambio que experimentó esta definición lo introdujo la ley 18.372 que incluyó las indemnizaciones por años de servicio como no constitutivas de remuneración, lo que no es relevante a

efectos de esta minuta. Hoy esta disposición corresponde al actual artículo 41 del Código del Trabajo.

11. Por otra parte, es determinante para consolidar como el concepto de remuneración, en cuanto a su impositibilidad, la modificación que introdujo la misma ley 18.018 al artículo 1° transitorio del DL 2.200. Este último disponía:

“Artículo 1° transitorio: Las disposiciones de este Código no alteran las normas y regímenes generales o especiales de carácter previsional vigentes”.

12. Y el artículo 1° transitorio introducido por el artículo 1° N° 83 de la ley 18.018 de 14 de agosto de 1981 -vigente sin modificaciones hasta hoy en el Código de Trabajo- es del siguiente tenor:

*“Artículo 1° transitorio: La presente ley no altera las normas y regímenes generales o especiales de carácter previsional. Sin embargo, tanto en aquéllas como en éstas **regirá plenamente la definición de remuneración contenida en el artículo 41 de este Código**”¹.*

¹ Sólo hubo cambio en esta disposición al refundirse el Código del Trabajo en un solo texto. En este último, la definición de remuneración está contenida en su artículo 41 y no en el 50.

El cambio de concepto de remuneración y consecuencias previsionales

13. Como puede apreciarse, el DL 2.200 entendía por remuneración las contraprestaciones en dinero como ***“retribución de los servicios”***, esto es, las que provenían directamente del trabajo y que son, en general, las que se indican en el artículo 42 del Código Laboral: sueldo, horas extras, comisiones, gratificaciones o participación en utilidades, todas imponibles. No incluía otras prestaciones que **no estaban vinculadas directamente como “retribución de los servicios” y que, por tal causa, no eran imponibles**. Por ejemplo, los aguinaldos de navidad, los de fiestas patrias, las asignaciones de casa, las asignaciones de zona y muchas otras que se pagaban por causas ajenas al trabajo mismo, **las cuales pasaron a ser imponibles** a raíz de la nueva definición de remuneración incorporado por la ley 18.018 a partir del 14 de agosto de 1981.
14. De este modo, desde esa fecha, el concepto de remuneración “se amplió” a las contraprestaciones **“por causa del contrato de trabajo”** y así, cupieron todas las contraprestaciones. Entonces, las que se indican taxativamente en el inciso segundo del artículo 50 del DL 2.200 (en su texto

incorporado por la ley 18.018 y que corresponde al actual artículo 41 del Código Laboral) son las únicas que no constituyen remuneración. En cambio, el texto vigente hasta el 13 de agosto de 1981 dejaba la puerta abierta para excluir del concepto de remuneración las ***“otras prestaciones que se otorguen por causas ajenas al trabajo”***, según el primitivo texto del inciso segundo el artículo 50 del DL 2.200.

15. Y el círculo lo cierra -y lo hace coherente a efectos previsionales- el artículo 1° transitorio del Código del Trabajo introducido por la ley 18.018 que hace impondibles las prestaciones ajenas al trabajo que no eran impondibles, al establecer que: *“La presente ley no altera las normas y regímenes generales o especiales de carácter previsional. Sin embargo, tanto en aquéllas como en éstas **regirá plenamente la definición de remuneración contenida en el artículo 41 de este Código**”*.

16. Así las cosas, resulta evidente que la asignación especial del artículo 40 del DL 3.551 no fue impondible entre el 1° de enero de 1981 y el 13 de agosto de 1981 y mutó en impondible a contar del 14 de agosto de 1981 con el nuevo concepto de remuneración reafirmado por el artículo 1° transitorio recién citado.

17. La Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social es nutrida en cuanto a confirmar la impositividad de las contraprestaciones por causa del contrato de trabajo. Es el mismo camino que debió haber seguido la asignación especial del artículo 40 del DL 3.551. Y si no fue declarado imponible se debió a que, precisamente, los municipios dejaron de pagarlo o no lo pagaron, provocando el inicio de los juicios como los 13 que son materia de la denuncia a la CIDH donde se discute el cumplimiento de las sentencias que ordenan pagar la asignación a 848 profesores.

18. Aquí las referencias jurisprudenciales:

Dictamen 8115-1984

Fecha: 01 de octubre de 1984

Tema: Ley N° 16.744

Destinatario: SR. MINISTRO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (SUBSECRETARIA DE PREVISIÓN SOCIAL)

Fuentes: D.L. N° 2.200; Ley N° 10.018; Código Civil; Ley N° 16.744

La definición vigente de remuneración es aquella contenida en el artículo 50° del D.L. N° 2.200, la cual en sus incisos 2° y 3° contiene la enunciación expresa de los conceptos que "no constituyen remuneración", entre los cuales no figuran los "aguinaldos" de ninguna especie. Esta definición de remuneración es plenamente aplicable en materias previsionales por mandato del artículo 1° transitorio del mismo texto legal, modificado por la ley N°18.018.

En consecuencia, los organismos fiscalizadores aplicando dicho precepto han estimado

que los aguinaldos de cualquier naturaleza, constituyen remuneración y, por ende, son imponibles.

En cuanto al posible delito de desacato a que se alude en la presentación, cabe manifestar que ello sólo podría ocurrir en el evento de negarse a cumplir el fallo judicial recaído en la causa en que se hubiese formulado la declaración de imponibilidad de los aguinaldos, pero no así en el resto de las situaciones no afectadas por dicho fallo, atendido el carácter eminentemente relativo de que éstos están investidos, en conformidad al inciso 2º del artículo 3º del Código Civil.

En cuanto al otro extremo de la presentación, es decir, "los accidentes o enfermedades a que se ven expuestos los trabajadores con motivo de actos terroristas o incidentes similares provocados por entes o factores ajenos a la voluntad del trabajador afectado", esta Superintendencia cumple con informar, en términos generales, que los accidentes que los trabajadores sufran como consecuencia de estos denominados "actos terroristas", pueden o no quedar amparados por la Ley N° 16.744, dependiendo de si la situación de hecho se conforma con el concepto establecido en el artículo 5º de la citada ley; no siendo, por tanto, procedente dar un pronunciamiento amplio sobre la materia, correspondiendo calificar cada caso concreto que pudiera plantearse.

Dictamen 11184 - 1984

Fecha: 04 de diciembre de 1984

Tema: VARIOS

Destinatario: PARTICULAR ()

Fuentes: Ley N° 18.018; D.L. N° 2.200, de 1978

Concordancia con Oficios: Oficio Ord. N° 8165, 17 julio de 1985, de la Superintendencia de Seguridad Social; Oficio Circular N° 3075, 4 noviembre de 1982, de la Superintendencia de Seguridad Social

Esta Superintendencia cumple con manifestar que a contar del 14 de agosto de 1981, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 18.018 y de acuerdo con lo dispuesto por su artículo 1º N°83, rige plenamente en el ámbito previsional la definición de remuneración contenida en el artículo 50º del D.L. N° 2.200, de 1978.

Conforme a la norma citada, se entiende por remuneración las contra prestaciones en dinero y las adicionales en especies avaluables en dinero, que debe percibir el trabajador por causa del contrato de trabajo.

Ahora bien, el inciso 2º del mismo precepto establece que no constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo. En consecuencia, sólo las prestaciones antes indicadas están excluidas por expresa disposición legal del concepto de remuneración; por tanto, son beneficios no imponibles. Los aguinaldos de Navidad y de Fiestas Patrias por no estar incluidos en las excepciones que contempla el referido inciso 2º del artículo 50 del D.L. N° 2.200, constituyen remuneraciones imponibles, sea que se encuentren establecidos o no en contratos individuales o colectivos de trabajo

Dictamen 8165-1985

Imprimir

.

Fecha: 17 de julio de 1985

Tema: VARIOS

Destinatario: PARTICULAR

Fuentes: D.L. N° 2.200, de 1978; Ley N° 18.018; Ley N° 18.372; Código Civil; Ley N° 18.344

Concordancia con Oficios: Oficio Circular N° 3075, de 1982 y dictamen N° 11.140, de 1984 y N° 479 de 17 de enero de 1985

A contar del 14 de agosto de 1981, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 18.018 y de acuerdo con lo dispuesto por su art. 1º N° 83, rige plenamente en el ámbito previsional la definición de remuneración contenida en el art. 50º del D.L. N° 2.200, de 1978.

A su vez el inciso segundo del art. 50º, reemplazado por el N° 25 del art. 1º de la Ley N° 18.372, establece lo que no constituyen remuneración imponible.

En cuanto a la jurisprudencia judicial a que se alude en la consulta, se debe hacer presente que de acuerdo con lo establecido en el inciso 2º del art. 3º del Código Civil " las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respeto de las causas en que actualmente se pronunciaren." Por ello, por ilustrativo que resulte en casos análogos, no obligan sino a las partes del juicio en que se emitieron

Dictamen 3909-1988

Imprimir

.

Fecha: 17 de mayo de 1988

Tema: VARIOS

Destinatario: INSTITUTO TEXTIL

Fuentes: Ley N° 18.620; Ley N° 18.018; D.L. N° 2.200; Código del Trabajo

Concordancia con Oficios: Oficios Ords. N° 3554 de 1983; 7086, de 1985 y 6049 de 1986, todos de la Superintendencia de Seguridad Social; Oficio Circular N° 3075, de 1982

Ese Instituto Textil ha recurrido a esta Superintendencia solicitando se le aclare si el mayor valor de las asignaciones de movilización y de colación, en lo que excede de lo legal, tiene el carácter o no de remuneración y, por lo mismo, si es o no imponible. Asimismo, consulta si existe a juicio de este organismo un límite en dinero para tales asignaciones, a fin de evitar una interpretación acerca de lo que es considerado "razonable y prudente" para estos efectos.

Sobre el particular, el superintendente que suscribe le expresa que de acuerdo con el Artículo 1 transitorio de la Ley N° 18.018, texto hoy contenido en el Artículo 1 transitorio de la Ley N° 18.620, se hizo aplicable en el ámbito previsional el concepto de remuneración que establecía el Artículo 50 del D.L. N° 2.200, contenido hoy en el Artículo 40 del Código del Trabajo, según el cual las asignaciones de movilización y colación no se consideran remuneración y, por ende, no son imponibles.

Para la correcta aplicación del precepto del Código del trabajo que excluye a las asignaciones de movilización y colación del concepto de remuneración, es menester que se tenga presente que las asignaciones referidas deben tener las características propias de cada una de ellas, es decir, deben ser de un monto prudente y razonable, de acuerdo con la finalidad para la cual han sido establecidas, circunstancia que debe calificar la respectiva Institución de Previsión. Para tal efecto, deberá considerar su monto en relación al precio que normalmente deben pagar los trabajadores por el rubro destinado a ser cubierto por la respectiva prestación y el nivel de remuneraciones de los mismos. Por ultimo, esta superintendencia le hace presente que de la respectiva calificación del monto que no constituiría remuneración de las asignaciones en comento, hecha por la

institución previsional respectiva del antiguo sistema, se podrá reclamar ante este organismo fiscalizador



Luis Eduardo Thayer Morel
Abogado