

**Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público**

**N° 44**

**Semana del 18 al 24 de marzo**

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	Compañía Minera Pullalli SpA con Ilustre Municipalidad de La Ligua	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 42.617-2017
Resumen	<b>El derecho de aprovechamiento de aguas se hará efectivo al momento de la captación del recurso, etapa inicial en la ejecución del derecho real en estudio que ocurrirá cualquiera sea el caso (no así la conducción, distribución y descarga); siendo la captación, en el caso de aguas subterráneas, equivalente a su alumbramiento. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	18 de marzo de 2019	

Caso	Ruz con Seguros CLC S.A.	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 22.167-2018
Resumen	<b>La existencia de controversia respecto de la aplicación de cláusulas contractuales impide considerar que la recurrente de un recurso de protección cuente con un derecho de carácter indiscutido, en el entendido de que el recurso de protección no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que de protección de ellos, siempre que sean preexistentes e indubitados. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	18 de marzo de 2019	

Caso	Versluys con Comunidad Jardines de Fray León	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 20.667-2018
Resumen	<b>Respecto del arriendo a través de la plataforma digital “Airbnb”, la naturaleza de las labores que desarrollan los arrendadores se contraponen con el carácter habitacional de edificio, en virtud de su Reglamento de Copropiedad, caracterizándose el actuar por uno con finalidad comercial por las características propias de dicha actividad mercantil. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	18 de marzo de 2019	

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

Caso	Ortiz con Municipalidad de Puerto Montt	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 19.139-2018
Resumen	<b>La potestad de la Municipalidad de administrar los bienes nacionales de uso público no le otorga al órgano un derecho absoluto sobre dichos bienes, sino que debe ejercer su administración siempre con miras al cumplimiento de su finalidad, que es satisfacer las necesidades de la comunidad local, no pudiendo aquello resultar en un perjuicio particular injustificado para terceros de desarrollar sus propias actividades más elementales.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )	
Fecha	19 de marzo de 2019	

Caso	Gaete con Fisco de Chile	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 32.698-2018
Resumen	<b>La procedencia de las indemnizaciones contempladas en la Ley N° 18.961 a causa del fallecimiento de carabinero en acto de servicio no es incompatible con la indemnización o resarcimiento por daño moral a las mismas personas afectadas, en este caso, por la falta de servicio de la institución.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )	
Fecha	20 de marzo de 2019	

Caso	Ortiz con Ortega	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 48-2019
Resumen	<b>La invalidación contemplada en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, no es un recurso, entregándose en la referida norma una facultad a la Administración, para que de oficio o a petición de parte, invalide los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado. En dicho sentido, no procede acción judicial o impugnación en contra de la resolución de la Administración que decide no hacer uso de la facultad de invalidar.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )	
Fecha	20 de marzo de 2019	
Jurisprudencia relacionada que confirma criterio	CS, Rol N° 4.188-2018, 22 de agosto de 2018; CS, Rol N° 3.027-2018	

Caso	Tuma contra Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 20.510-2018

Resumen	Constituye desviación de poder, la diferenciación entre el fin del acto, como uno de sus elementos constitutivos, del fin general de interés público que debe ser el de toda actividad; en el caso, y en contexto de terminación anticipada de contrata, la desviación se ve constituida por la falta de real motivación del acto, fundándose aparentemente en la falta de necesidad de los servicios del funcionario, cuando las circunstancias fácticas que rodean la terminación anticipada permiten presumir que el fin de la autoridad fue otro. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )
Fecha	20 de marzo de 2019
Jurisprudencia relacionada que confirma criterio	CS, Rol N° 31.505-2018, 12 de marzo de 2018 (Gaceta N° 43)

Caso	Debs con Google Chile Limitada	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 28.480-2018
Resumen	<b>En relación con el “derecho al olvido” y la información que consta en los motores de búsqueda de internet, debe ponderarse, en cada caso, el grado de afectación que supone la mantención de carácter personal en la base indexada por dichos motores, toda vez que el tratamiento de los datos personales se encuentra sometido a las disposiciones de la Ley N° 19.628. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	20 de marzo de 2019	

Caso	Asociación de Funcionarios de la Salud Municipal La Florida con Corporación Municipal de Educación, Salud, Cultura y Recreación de La Florida	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 25.164-2018
Resumen	<b>No hay arbitrariedad en el descuento en las planillas de remuneraciones de funcionarios por día de paralización, siempre que se acredite fehacientemente la inasistencia y el no desempeño de las funciones propias del cargo. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	20 de marzo de 2019	

Caso	Rodríguez y otro con Servicio Agrícola y Ganadero	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 31.537-2018
Resumen	<b>Fundamento voto mayoría: En el contexto de sumario disciplinario, resulta arbitraria la aplicación de la sanción de destitución a ciertos funcionarios y la suspensión de sus funciones por tres meses a otra, sólo por la</b>	

	<p>transgresión al principio de probidad en el caso de los primeros, haciendo diferencias sin la presencia de elemento que justifique el trato desigual proporcionado por la autoridad, y vulnerando la garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 de la CPR.</p> <p>Fundamento voto ministra Sandoval y abogado integrante Pierry: No existe discriminación o diferencia arbitraria en actuar de SAG al imponer diversas sanciones a funcionarios en razón de la infracción grave, en el caso de los sancionados con destitución, del principio de probidad administrativa, toda vez que el Servicio ejerció facultades de examinar las circunstancias y antecedentes que rodeaban el accionar de los investigados, analizarlas racionalmente, para luego aplicar la medida más idónea al mérito del proceso. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>
Fecha	21 de marzo de 2019

Caso	Ramírez con Municipalidad de Coyhaique	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 29.535-2018
Resumen	<p>En relación con la nulidad de derecho público, conceptuada como la acción que se ejerce para obtener la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado, en los que faltan algunas de las exigencias que el ordenamiento requiere para su existencia y validez, se entiende que no toda ilegalidad de un acto administrativo lleva aparejada su nulidad, por cuanto uno de los dogmas que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, procediendo sólo ante vicios graves y esenciales. Por otro lado, cuando existe una acción contenciosa administrativa “de nulidad de derecho público” fijada en la ley, se aplica ésta y con el procedimiento allí regulado, y no otra. Empero, si la ley no contiene ningún procedimiento o acción especial para reprobar el acto administrativo solicitando su anulación, se puede utilizar el procedimiento de juicio ordinario. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	21 de marzo de 2019	
Jurisprudencia relacionada que confirma criterio	CS, Rol N° 41.724-2017, 7 de marzo de 2019, Gaceta N° 42; CS, Rol N° 20.601-2018, 21 de noviembre de 2018, Gaceta N° 30; CS, Rol N° 41.987-2017, 31 de julio de 2018, Gaceta N° 14.	

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

Caso	Municipalidad de Chépica con Superintendencia de Educación	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 24.613-2018
Resumen	<b>En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la Ley N° 20.529 y en el contexto de la reclamación prevista en el artículo 85 del mismo cuerpo legal, la Superintendencia de Educación debe tomar en consideración, al determinar la cuantía de una multa impuesta, los factores expresamente contemplados en la ley. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	21 de marzo de 2019	

Caso	Asociación Colegio Cristiano de Quilpué con Superintendencia de Educación	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 29.475-2018
Resumen	<b>En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la Ley N° 20.529 y en contexto de la reclamación prevista en el artículo 85 del mismo cuerpo legal, la imposición de una sanción debe ir aparejada a fundamento suficiente, no bastando razones genéricas. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	21 de marzo de 2019	

Caso	Rojas y otros con Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo	
Tribunal	Corte Suprema, tercera sala	Rol N° 26.198-2018
Resumen	<b>Cláusula “mientras sean necesarios sus servicios” se encuentra en armonía con el carácter esencialmente transitorio que tienen los empleos a contrata, encontrándose permitido utilizarla para permitir la existencia de un período de vigencia inferior al que le restare al empleo para finalizar el año en que los servicios recaigan. Por otro lado, el Estatuto Administrativo en ninguna de sus partes exige que la terminación anticipada de una contrata deba realizarse mediante una actuación formal que se deba materializar en un acto administrativo de los enunciados en el artículo 3° de la Ley N° 19.880. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	21 de marzo de 2019	

Caso	Requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto por Carolina Díaz respecto de los artículos 1 y 12 del Acta N° 205-2015 de la Corte Suprema, que modifica y refunde texto del Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N° 5570-18

Resumen	<b>Ante un eventual conflicto constitucional en procedimiento aplicable respecto de sustracción internacional de niños y niñas, el ejercicio de la ponderación para evaluar la solución constitucionalmente correcta requiere establecer que la restricción de recursos en el procedimiento de restitución de menores persigue una finalidad legítima, teniendo en cuenta, además, la necesidad de establecer mecanismos de celeridad restringiendo los recursos, habida consideración que cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>
Fecha	14 de marzo de 2019

Caso	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras respecto del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N° 4669-18
Resumen	<b>El artículo 5° inciso segundo de la Ley N° 20.285 contraviene el artículo 8° inciso segundo de la CPR, al establecer un marco regulatorio respecto de la publicidad de la información paralelo al constitucionalmente establecido, habida consideración de que el artículo 8° de la CPR razona sobre la base de decisiones y, por ello, habla de la publicidad de actos y resoluciones y de lo que accede a estas: fundamentos y procedimientos. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	14 de marzo de 2019	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N° 7.464
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>La subrogación de los cargos de Alta Dirección Pública del segundo nivel jerárquico debe operar de acuerdo al artículo 80 de la Ley N° 18.834. Regla del artículo 81, letra a), de ese texto estatutario, no es aplicable a esos empleos. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	14 de marzo de 2019

Dictamen	Dictamen N° 7.482
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>Causales para la aplicación de multas deben estar expresamente previstas en las bases. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	14 de marzo de 2019

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

Dictamen	Dictamen N° 7.505
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>Las entidades se encuentran obligadas a comunicar la intención de compra a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del convenio marco, sin que puedan limitarla a quienes posean marcas específicas.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	14 de marzo de 2019

Dictamen	Dictamen N° 7.632
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>Circunstancia de incorporarse al sistema del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, antes del retiro de la Armada, no impide reliquidar pensión de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional. Cotizaciones como profesor militar generaron una línea previsional paralela.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	14 de marzo de 2019

Dictamen	Dictamen N° 7.953
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>Situación de funcionaria cuya contrata comprendió lapso menor a un año no genera la confianza legítima.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	18 de marzo de 2019



JURISPRUDENCIA JUDICIAL

**1.- Caso Compañía Minera Pullalli SpA con Ilustre Municipalidad de La Ligua. Recurso de casación en el fondo. Rol N° 42.617-2017. Corte Suprema, tercera sala. 18 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** la compañía Minera Pullalli Spa interpone demanda con el objeto de que se declare, en sede jurisdiccional, *“Que Minera Pullalli no requiere permisos ni autorizaciones municipales, así como tampoco pagar derechos a la demandada, por la explotación y conducción de las aguas de que es titular desde y a través del cauce del Río La Ligua hasta la faena minera a la que ellas sirven”*. En efecto, explica que la demandante es dueña de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 11 litros por segundo, a ser extraída desde un pozo ubicado en la comuna de La Ligua, provincia de Petorca, en particular dentro del cauce del Río La Ligua. Tal derecho fue adquirido por Minera Pullalli el 31 de agosto de 2009, y se encuentra inscrito a su nombre en el Registro de Propiedad de Aguas de aquel año del Conservador de Bienes Raíces de La Ligua. Refiere que el caudal antes indicado se extrae desde el pozo mediante bombas que requieren electricidad, para luego ser conducido a través de un acueducto mayormente subterráneo, ubicado en el mismo cauce, por 2 kilómetros aguas arriba hasta las faenas mineras de la actora. Indica que tal situación de hecho ha provocado una serie

de disputas jurídicas entre la Municipalidad de La Ligua y Minera Pullalli, tanto en sede judicial como administrativa; instancias donde la entidad edilicia ha invocado la pretensión de obtener el pago de derechos por el uso del cauce del Río La Ligua, en cuanto bien nacional de uso público que se encuentra bajo su administración, por lo que la usuaria requeriría también autorización previa para su ocupación. A su entender, esta controversia amenaza el ejercicio de la actividad económica de la demandante y torna plausible y necesaria esta acción declarativa.

**Fundamento:** Considerando quinto: *“Que al comenzar el examen del primer capítulo del recurso de nulidad sustancial de que se trata, conviene recordar que en nuestro país el agua, en principio, es considerado como un bien nacional de uso público, por así disponerlo los artículos 595 del Código Civil y 5 del Código de Aguas, perteneciendo, por tanto, a la Nación toda, y correspondiendo su uso indeterminadamente a todos los habitantes. Sin embargo, los mismos cuerpos normativos antes referidos contemplan la posibilidad de que particulares, en ejercicio de un derecho real de carácter administrativo, puedan usar, gozar y, eventualmente, disponer de una cantidad determinada de dicho bien. En efecto, sabido es que el derecho real de aprovechamiento puede poseer un carácter consuntivo o no consuntivo. Sólo en el primer caso su titular podrá consumir el caudal autorizado y no tendrá la obligación de restituirlo luego de su uso. En esta situación, contrario a lo sostenido por el recurrente, dado*

que el titular se encuentra facultado para disponer o consumir las aguas cuyo uso fue autorizado por el organismo público correspondiente, y siendo ello incompatible con su originaria calidad de bien nacional de uso público, queda de manifiesto que ha de existir un momento preciso y determinado en que una determinada cantidad de agua deja de pertenecer a la Nación toda e ingresa al patrimonio de su titular. Como correctamente fue identificado por los jueces de apelación, tal hito temporal, para el caso del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, no puede ser otro que el de su alumbramiento, pues sólo en aquel instante la porción de agua a ser consumida por el titular quedará precisamente determinada, previo ejercicio de los mecanismos dispuestos por el titular para obtener su extracción, quedando a su disposición para su consumo inmediato o para su transporte hacia el lugar de destino por él decidido, sea por medio de acueductos u otros mecanismos. Antes de dicho momento, el derecho de aprovechamiento concedido a un individuo, en lo que respecta al recurso hídrico no captado que se mantiene en condición de subterrneidad, debe entenderse en iguales condiciones que todo otro derecho concedido respecto de igual fuente o de aquellos cursos de agua a los que ella pudiere afluir, careciendo su titular de la exclusividad sobre un bien determinado, característica propia del derecho de dominio; exclusividad que, por el contrario, concurre sobre las aguas en proceso de transporte o acumuladas para su consumo. Por lo demás, a la misma conclusión es posible arribar de la lectura del propio artículo 26 del Código de Aguas, cuando establece una clara,

*evidente y expresa distinción entre el derecho de aprovechamiento de aguas ya constituido y el momento en que éste se “hace efectivo”. Al no discernir la norma entre su destino consuntivo o no consuntivo, resulta necesario concluir que, en todo evento, el derecho de aprovechamiento de aguas se hará efectivo al momento de la captación del recurso, etapa inicial en la ejecución del derecho real en estudio que ocurrirá cualquiera sea el caso (no así la conducción, distribución y descarga); siendo la captación, en el caso de aguas subterráneas, equivalente a su alumbramiento.”*

Considerando séptimo: “Que, por último, resulta necesario afirmar que no es la Municipalidad de La Ligua quien ha condicionado el legítimo ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas de Minera Pullalli, sino que es la ley -en particular los artículos 36 y 65 d) de la Ley N° 18.695, en relación con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 3.063- quien supedita el aprovechamiento de que es titular el demandante al pago de los derechos respectivos, condicionamiento expresamente permitido por el artículo 19 N°24, inciso 2°, de la Carta Fundamental. A lo anterior se agrega el hecho que no puede dejar de atenderse para reafirmar lo concluido, que el antecesor en el dominio del actor reconoció asistirle la razón a la Corporación Edilicia al pagar los derechos que ahora se controvierten.” ([Volver](#))

**2.- Caso Ruz con Seguros CLC S.A. Recurso de protección. Rol N° 22.167-2018. Corte Suprema, tercera sala. 18 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** don Juan Guillermo Ruiz Saavedra denuncia como acto ilegal y arbitrario, atribuido a Seguros CLC S.A., el alza unilateral y sin fundamento alguno del precio de la prima del seguro contratado por su parte denominado como “Vivir Más”, lo que, a su juicio, redundaría en una amenaza y perturbación del legítimo ejercicio de los derechos amparados en las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política.

**Fundamento:** Considerando tercero: *“Que la acción de cautela de derechos constitucionales impetrada en estos autos constituye un arbitrio destinado a dar protección respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos, lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa. En efecto, puede advertirse que existe controversia en relación a la existencia del derecho invocado por la recurrente, puesto que el aumento unilateral de la prima decidida por Seguros CLC S.A., conforme a la facultad otorgada en el artículo 13 de las Condiciones Generales de la Póliza de Prestaciones Médicas, resulta ser discutida expresamente por la recurrente.”*

Considerando cuarto: *“Que la existencia de una controversia en cuanto a la aplicación de cláusulas contractuales, impide considerar que la recurrente cuente con un derecho de carácter indiscutido; y una contienda así generada no puede ser dilucidada por medio de esta acción cautelar de derechos constitucionales, ya que no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo*

*preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados.”*

Considerando quinto: *“Que, sobre la base de lo razonado, en el caso sub lite no se ha establecido que la recurrente tenga un derecho indubitado que la habilite para reclamar por la presente vía, razón por la cual no se dan los presupuestos que permitan acoger la presente acción de protección.”* ([Volver](#))

**3.- Caso Versluy y otra con Comunidad Jardines de Fray León. Recurso de protección. Rol N° 20.667-2018. Corte Suprema, tercera sala. 18 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** don Edmundo Lira Vásquez, en representación de María Carolina Versluis Ovalle y María Carolina Ovalle del Pedregal, deduce recurso de protección en contra de la Comunidad Jardines de Fray de León, fundado en que las referidas son dueñas del departamento N° 402 ubicado en el condominio “Comunidad Edificio Jardines de Fray de León”. Con fecha 15 de marzo de 2018 recibieron la circular N° 003/2018, en la que se informaba que a partir de su emisión se comenzaría a multar a quienes hagan uso de la aplicación Airbnb, precisando que ésta ascendería a 25 unidades de fomento y en caso de reincidencia a 100 unidades de fomento, sosteniendo su decisión en lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento de Copropiedad que señala que queda prohibido utilizar las unidades

habitaciones como “Apart Hotel” o en la modalidad de arrendamiento por hora.

**Fundamento:** Considerando tercero: *“Que, a los efectos de resolver la materia planteada corresponde tener presente que el artículo séptimo del Reglamento de Copropiedad del inmueble de autos, previene que: “Cada propietario usará de su departamento y bodega en forma ordenada y tranquila y deberá destinarlo exclusivamente a habitación. Queda prohibido, en consecuencia: a) Destinar los departamentos y bodegas al funcionamiento de Apart-Hotel, arriendo de departamentos por horas, oficinas, locales comerciales, de cualquier naturaleza, talleres, fábricas, casas de pensión u hospedaje, clínicas, sanatorios, cantinas, gimnasios, clubes sociales o centros de baile y diversión o cualquier otro fin que no sea la habitación”.*”

Considerando noveno: *“Que, al ser la propiedad horizontal una forma especial del derecho de dominio, su análisis debe adecuarse, en primer término, a su finalidad y contenido, encontrando un inicial soporte en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, que lo entiende vulnerado en tanto se entrase a su titular la posibilidad de realizarlo más allá de lo razonable, en particular, cuando las facultades que son inherentes al dominio se ven impedidas de ser ejercidas en plenitud, siendo tales las de uso, que permite al propietario emplear para sí mismo el bien; la de goce, que otorga a su titular la potestad de percibir los frutos o productos que sea posible entregar; y, la de disposición, que es aquella que permite la enajenación de la cosa, su consumo o*

*transformación. De este modo, “la esencia del derecho –de propiedad debe ser conceptualizada desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°43-1987).”*

Considerando undécimo: *“Que, en la prohibición impugnada por esta vía subyace el hecho que los recurridos atribuyen a la actora la ejecución de una modalidad de hospedaje que a su juicio se encasilla en actividades hoteleras tales como Apart Hotel, motel, pensión u hospedaje, la cual se ejecuta a través de la plataforma informática aludida, fenómeno desregulado, que opera bajo un sistema de reservas de hospedaje, con garantías de pago de estadía exigidas y correspondientes al período total que se desea contratar, respecto de la cual no existe limitación en cuanto a la extensión de la estadía, la que puede ser de días u horas según lo contratado por el cliente.”*

Considerando décimo tercero: *“Que corresponde señalar que bajo el formato analizado precedentemente, se aborda un tipo de alojamiento en un inmueble que se destina*

habitualmente a su arriendo a través de una aplicación como Airbnb. Dicha modalidad responde a una situación no reglada en nuestro ordenamiento jurídico, consistiendo en la oferta a terceros a través de plataformas digitales de contacto como portales en línea dirigida a huéspedes normalmente viajeros o de paso, ofrecidas por propietarios, agentes de intermediación o administradores que operan en carácter de “anfitriones”. Desde luego, dicha modalidad no se ajusta a la actividad regulada, típica y homologable de hospedaje turístico a través de hoteles, residenciales, posadas, fondas o pensiones que en su ejercicio como actividad comercial prevista en el Artículo 3 N° 5 del Código de Comercio, se encuentran afectas a una regulación completa y responsable desde el punto de vista tributario, municipal, sanitario, de seguridad y garantía de pasajeros y de protección al consumidor. Cabe destacar que el uso de estas plataformas tecnológicas, como modalidad de arriendos estacionales, ha sido de materia de gran debate en el Derecho Comparado (Ver. Javier Gil y Jorge Sequera, “Expansión de la Ciudad Turística. El Caso de Airbnb”, Revista de Metodología de Ciencias Sociales N° 41, septiembre-diciembre, 2018, pp. 15-32; Rafael Sanz Gómez, “Airbnb, ¿economía colaborativa o economía sumergida? Reflexiones sobre el papel de las plataformas de intermediación en la aplicación de los tributos”, Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, Comunicación de 16 de Junio de 2017; Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Barcelona, Airbnb Online Servicios Spain S.L y Dirección General de Turismo de Cataluña, de 29 de Noviembre de

2016; Martha Patricia Corrales, “Un análisis sobre la regulación de Airbnb en Colombia”, Universidad Javeriana de Bogotá, (Colombia ,2018) Estos autores tratan el tema a nivel internacional y convienen en que el impacto de este negocio -propio de una economía colaborativa- afectan de manera trascendente el hospedaje turístico formal, lo que ha forzado a una legislación de contexto en cada centro urbano que regule su utilización y enfrente este problema dentro de un ámbito de racionalidad. En esta misma línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), refiriéndose a este modelo de negocio de plataformas online de intermediación dictaminó en 2017 que esta empresa podría ser considerada como una agencia de viajes y someterse a las leyes que regulan dicha actividad. (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017).”

Considerando décimo cuarto: “Que, a partir de lo razonado, en las sentencias aludidas en los considerandos que preceden, se pueden establecer criterios a fin de determinar el tipo de aprovechamiento que se está haciendo de este inmueble en régimen de copropiedad habitacional, según hemos visto, para su uso “ordenado y tranquilo” y, en consecuencia, su conformidad con la normativa vigente. De acuerdo a lo que se viene diciendo, en línea de principio la cesión transitoria del uso y goce de un inmueble en condominio, a título gratuito u oneroso, en términos generales no encuentra limitación de origen legal alguna, siempre que se les dé o asigne total o parcialmente un uso lícito y habitacional, sin cambio de su destino y excluyendo, desde luego, una finalidad

*propia, inherente y necesaria a una de naturaleza comercial. Queda, no obstante de manifiesto, como contrapartida, que la naturaleza de las labores que desarrollan las recurrentes se contraponen con el carácter y el destino habitacional del citado edificio, atento a lo dispuesto en el Reglamento de Copropiedad del inmueble que, como se ha visto prohíbe explícitamente la destinación de los diversos departamentos o unidades al giro de “Apart Hotel”, que es precisamente la definición que más se ajusta a la oferta de hospedaje estacional de la plataforma de Airbnb la que se puede aplicar a los servicios de arrendamiento generalmente por plazos de días, inferiores a 15. En este mismo orden de ideas, se advierte que otro criterio ineludible que se aplica al supuesto enjuiciado aparecería configurado por la presencia o ausencia de una finalidad comercial, circunstancia que conduce a remitirse al concepto de habitualidad que se recoge en el artículo 7° del Código de Comercio, norma que distingue, precisamente, a los comerciantes, esto es, a las personas que “teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”. Así, lo habitual de la actividad mercantil de ofrecer como anfitrión servicios de alojamiento exige regularidad en el desarrollo de una misma conducta con ánimo profesional, programada anticipadamente y mantenida en el tiempo, contraponiéndose entonces a lo ocasional, singular o esporádico. En cuanto a la relación de habitualidad, resulta insoslayable considerar el espacio de tiempo por el cual la propiedad es puesta a disposición de un tercero para su uso y goce. Así, de acuerdo a lo señalado el criterio*

*precedentemente aludido requiere de regularidad, programación, reiteración y frecuencia del actuar aludido, circunstancias cuya convergencia resulta irrefutable en arriendos por hora o de un número de días inferior a 15, que ponen en evidencia la ausencia del ánimo para residir o morar toda vez que la estancia es fundamentalmente efímera y por lo tanto no habitacional. Finalmente, otro elemento a considerar es la publicidad del servicio ofrecido, mediante la oferta pública del inmueble a través de un medio de comunicación digital masivo como es un portal on line, donde el aviso por internet - en sitios especializados- es el de mayor frecuencia y utilización.”*

Considerando décimo quinto: “Sentado lo anterior corresponde ahora examinar si la decisión de la administración recurrida del Condominio, se ajusta o no a los criterios de legalidad. En este punto resulta preciso recordar que la medida impugnada por esta vía consiste en la implementación de un sistema de multas comunicadas, como en la especie ocurre por la Administración a quienes hagan uso de la plataforma Airbnb, prohibición que se realiza precisamente en el supuesto descrito en el fundamento precedente, que es armónico con el uso habitacional exclusivo de los inmuebles y con la prohibición de su arriendo como Apart Hotel y por horas, según lo dispone el reglamento de copropiedad, obligación que aparece transgredida por el actor a los efectos de resolver el presente recurso de protección, cuando se arrienda un departamento por un plazo inferior a 15 días utilizando la aplicación en referencia, puesto que, ante tales antecedentes, no es posible

*observar, en principio, los elementos necesarios que permitan calificar de civil el contrato de arrendamiento, decisión que, en esas circunstancias no afecta el derecho de propiedad del recurrente y, por lo mismo, procede rechazar el recurso de protección interpuesto.” ([Volver](#))*

#### **4.- Caso Ortiz con Municipalidad de Puerto Montt. Recurso de protección. Rol N° 19.139-2018. Corte Suprema, tercera sala. 19 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** doña Ana Ortiz interpone recurso de protección en contra de la Municipalidad de Puerto Montt manifestando que reside en la calle Talcahuano N°153 de esa ciudad, lugar donde también ejerce su comercio, y que durante los días 14 y 15 de junio último, tanto ella como sus trabajadores y demás moradores de su casa, al igual que los proveedores y sus potenciales clientes, se vieron impedidos de entrar o salir, puesto que la municipalidad autorizó la instalación de comercio ambulante en dicha arteria, la que fue cerrada con barreras de fierro y motores ruidosos. Agregó que las personas instaladas en el lugar, se jactaban de contar con autorización del Alcalde, que habría emitido un decreto al efecto, lo que le pareció verosímil, dado que la feria contaba con protección policial, que impedía el ingreso de personal, clientes, proveedores, residentes y locatarios a esa calle. Por este motivo, el día 16 de junio concurrió a la Segunda Comisaría a estampar una constancia, pero los

funcionarios se negaron a hacerlo; también presentó un reclamo ante el municipio del cual no recibió respuesta, agregando que solicitó por correo electrónico dirigido al jefe de inspectores y al jefe de gabinete del alcalde, una copia de la Ordenanza Municipal que permitió la realización de esta feria, los que tampoco fueron respondidos.

**Fundamento:** Considerando sexto: *“Que, al efectuar una comparación visual entre las fotografías acompañadas por la actora, la Segunda Comisaría de Carabineros de Puerto Montt y la recurrida, se puede apreciar que se trata del mismo lugar, aunque fueron tomadas en distintas fechas, las primeras indicadas, el día 15 de junio y las proporcionadas por la recurrida, en días posteriores, al tenor de su primer informe. En las obtenidas el día 15, se observa con toda claridad que tanto la calzada como las veredas se encuentran totalmente invadidas por instalaciones de quioscos, objetos de grandes dimensiones, camionetas y barreras, impidiendo por completo la circulación vehicular y peatonal. Asimismo, se constató por los funcionarios policiales que lo afirmó por la actora en orden a que los comerciantes ambulantes contaban con autorización de la municipalidad fue efectivo, puesto que al parte se adjunta la fotografía del certificado otorgado por el Alcalde, lo que también explica que no figuraran permisos concedidos en esa fecha y lugar, puesto que no se trató de uno que involucrara el pago de una tasa o algún otro tributo. Se confirmó también la efectividad de haberse realizado la aludida feria en la fecha y lugar señalados por la recurrente con el informe de la Secretaría*

*Regional Ministerial de Salud, que así lo expuso, precisando su fecha de término, ocurrido el día 17 de junio próximo pasado.”*

*Considerando séptimo: “Que de lo que se viene exponiendo se puede concluir que, contrariamente a lo informado por el municipio local, es efectivo que la feria se realizó y que contó con autorización del Alcalde, y que las condiciones en que se llevó a efecto fueron las descritas por la actora, que se vio impedida de acceder o salir de su domicilio –lo que la municipalidad había desconocido-, de circular y de explotar su negocio, situación que afectó también a los demás residentes de la calle Talcahuano, según confirmó la policía uniformada, que recibió sus reclamos.”*

*Considerando octavo: “Que la potestad de administrar los bienes nacionales de uso público contemplada en el artículo 5° letra c) de la Ley N°18.695, invocado por la recurrida en su informe, no otorga al municipio un derecho absoluto sobre dichos bienes, de los que es titular la nación toda, sino que debe ejercer su administración siempre con miras al cumplimiento de su finalidad, que es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural, la que no puede redundar en un perjuicio particular injustificado para aquel sector de vecinos que se han visto impedidos de desarrollar sus propias actividades más elementales en el entorno de sus viviendas y comercios.”*

*Considerando noveno: “Que, habiéndose acreditado en la forma señalada en los considerandos sexto y séptimo que preceden, la ocurrencia del hecho lesivo para los derechos de*

*la actora a la libre circulación, al tránsito seguro y al ejercicio de su comercio como consecuencia de la autorización otorgada por el Alcalde de la comuna sin dar cumplimiento a las obligaciones que fluyen de lo prevenido en el artículo 3° letras d) y f) y 5° inciso 3° de la Ley N°18.695, no cabe otra cosa que acoger el recurso.”*

*Considerando décimo: “Que, asimismo, ha quedado de manifiesto que al autorizarse la realización de la actividad denominada “Feria Itinerante Fuerza y Unión”, la municipalidad recurrida incumplió sus deberes de coordinación, establecidos en los artículos 10 y 63 letra K de su Ley Orgánica, lo que redundó en una falta de fiscalización, como ya se ha dicho, y en un ejercicio inadecuado del uso de la vía pública, por lo que el presente arbitrio cautelar, como se ha dicho.” ([Volver](#))*

**5.- Caso Gaete con Fisco de Chile. Recurso de casación en el fondo. Rol N° 32.698-2018. Corte Suprema, tercera sala. 20 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** doña Catalina Gaete Díaz, A. V. G., Gabriel Vera Farías y Elba Sepúlveda Morales, deducen demanda en contra del Fisco de Chile a fin que se les indemnice el daño moral sufrido a consecuencia de la muerte de don Luis Vera Sepúlveda quien, en su calidad de Suboficial de Carabineros perteneciente a la Primera Comisaría de Chañaral, mientras cumplía servicio de segundo patrullaje, recibió un disparo en su cráneo proveniente de un revolver que manipulaba otro funcionario de Carabineros. Indican los demandantes



que la muerte de don Luis Vera Sepúlveda se produjo en cumplimiento de un acto de servicio para el Estado de Chile, en el contexto de sus funciones policiales rutinarias mientras se desplazaba por la puerta principal del cuartel hacia el exterior, producto del actuar imprudente de otro funcionario de la Unidad mientras cargaba su arma de servicio, por lo que surge la responsabilidad del Estado de indemnizar los perjuicios causados.

**Fundamento:** Considerando décimo: *“Que, en efecto, cabe analizar a continuación el tratamiento que debe darse a las prestaciones establecidas en el artículo 71 bis de la Ley N°18.961 que se denuncia como preterido en el arbitrio de nulidad promovido por la demandada. Bajo el Título IV, “Previsión” de la referida Ley N°18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros, se contemplan los Párrafos 1° “De la pensión de retiro”, 2° “Del Montepío e Indemnizaciones”, 3° “Del Desahucio”; y 4° “Del Régimen Previsional y de Seguridad Social”. La norma general contenida en su artículo 78, comprendida en el referido Párrafo 4° dispone que el régimen de previsión y de seguridad social del personal de planta de Carabineros comprende, en lo que interesa al presente análisis, los beneficios de (1) pensión de montepío; (2) indemnización por fallecimiento y (3) desahucio por fallecimiento, que también es denominada como indemnización en la Ley. En todos los casos se trata de prestaciones que tienen como elemento común su origen con motivo del fallecimiento de un funcionario de Carabineros. (1) La pensión de montepío regulada en los artículos 70 a 71 de la*

*mencionada legislación, según un orden de prelación excluyente, favorece en primer grado al cónyuge sobreviviente del funcionario que ha fallecido y en segundo grado a sus hijos e hijas que cumplan determinados requisitos de estado civil y edad. Su monto corresponde a la pensión de retiro de que estaba en posesión o le habría correspondido al funcionario causante del beneficio. Su otorgamiento no se subordina a alguna circunstancia determinada que hubiere causado la muerte del funcionario, sin perjuicio que el montepío del personal fallecido a consecuencia de un acto del servicio se liquida y reajusta sobre una base potencialmente mayor. (2) La indemnización por fallecimiento se encuentra prevista en su artículo 71 bis. Favorece a los asignatarios de montepío o a los herederos intestados del funcionario muerto en acto determinado del servicio. Su monto equivale a dos años de sueldo imponible, se paga por una sola vez y es compatible con el montepío y el desahucio. (3) La indemnización de desahucio por fallecimiento se contempla en su artículo 74. Esta prestación sólo se prevé a favor de los asignatarios de montepío. En general su importe asciende a un mes de la última remuneración, salvo cuando la muerte del funcionario tuvo lugar a consecuencia de un acto del servicio, pues en tal caso el desahucio será de treinta meses de remuneración, cualquiera sea el tiempo servido en Carabineros por el causante.”*

Considerando undécimo: *“Que, del tenor de las disposiciones transcritas, aparece que las prestaciones en ellas establecidas buscan indemnizar a la familia del funcionario que muera en el marco de un acto de servicio, de lo*

*que se desprende que van destinadas a resarcir un daño producido al concretarse el riesgo inherente al trabajo policial realizado. Tal como el mismo demandado lo menciona en sus presentaciones, el funcionario de Carabineros asume voluntariamente los peligros o siniestros que conlleva la carrera policial, del mismo modo que un servidor de las Fuerzas Armadas hace lo propio en relación con la carrera militar, producto de lo cual la ley busca dar protección a su familia en caso de que dicho riesgo se materialice.”*

Considerando décimo segundo: *“Que lo anterior ninguna relación tiene con una eventual falta de servicio de la demandada, por cuanto la normativa citada no puede extenderse al punto de estimar que las indemnizaciones allí consagradas cubren el daño moral causado a los familiares del funcionario producto de la culpa del servicio. Por lo anterior, no puede la demandada, a fin de eximirse del pago de las indemnizaciones que se generan a partir de la falta de servicio en que ha incurrido, alegar que uno de los demandantes ha recibido las prestaciones establecidas en la Ley N°18.961, toda vez que ellas van destinadas a cubrir un daño diferente y no pueden servir para eludir el hecho que, en este caso, la muerte del funcionario de Carabineros se ha producido con culpa de la Institución. En efecto, la interpretación que propone la demandada en el recurso de casación sustancial en examen, implicaría que en la práctica ninguna distinción existiría entre el caso que la muerte se hubiese producido por un accidente ocurrido en el marco de las labores propias del cargo y aquel en que el fallecimiento derive de una*

*negligencia del servicio, lo que derivaría en obviar -y, por tanto, dejar sin sanción alguna- el disvalor adicional que se observa en la conducta de la Institución en el segundo caso.”*

[\(Volver\)](#)

**6.- Caso Ortiz con Ortega. Rol N° 48-2019. Corte Suprema, tercera sala. 20 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** don Rodrigo Ortiz Ibañez impugna a través de recurso de protección la Resolución N° 128, de 8 de agosto de 2018, dictada por el Sub Director Operativo de la Policía de Investigaciones de Chile, Darío Ortega, que le fuera notificada el día 20 de agosto de 2018.- La antedicha Resolución resolvió la solicitud del recurrente de invalidación,-fundada en el artículo 53 de la Ley N° 19.880- de la Resolución N° 120-2013/164-2013, suscrita también por el recurrido, que le impuso en un sumario administrativo la medida disciplinaria de 4 días de permanencia en el Cuartel.

**Fundamento:** Considerando segundo: *“Que la sentencia apelada ordena a la recurrida dejar sin efecto la última de las Resoluciones mencionadas en el considerando precedente, esto es, la que impone la sanción al recurrente en el sumario administrativo. Aun cuando no se expresa en el fallo, habría que entender, para que en su caso se pudiera cumplir lo resuelto, que el recurrido tendría que dictar una nueva resolución en el procedimiento de invalidación, dejando sin efecto la Resolución recurrida N° 128/2018, en la cual acogiera la solicitud de invalidación presentada por el recurrente.”*

Considerando tercero: *“Que como lo ha sostenido en forma reiterada esta Corte, la invalidación contemplada en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, no es un recurso, entregándose en la referida norma una facultad a la Administración, para que de oficio o a petición de parte, invalide los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado. Si en ejercicio de esta facultad, la Administración decide invalidar el acto por ella dictado – cuyo no es el caso de autos – el acto será impugnabile ante los tribunales ordinarios de justicia, en procedimiento breve y sumario. En otros términos, la ley no ha previsto la impugnación ante la justicia de la resolución que decide no hacer uso de la facultad de invalidar, como lo ocurrido en la situación sometida a conocimiento de esta Corte.”*

Considerando cuarto: *“Que en virtud de las consideraciones que anteceden, la acción constitucional entablada no podrá ser acogida, toda vez, que no es dable establecer que la recurrida en el ejercicio de la facultad que la ley le otorga haya incurrido en un acto ilegal o arbitrario, todo ello, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que el recurrente estime procedentes.”* ([Volver](#))

**7.- Caso Tuma con Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. Recurso de protección. Rol N° 20.510-2018. Corte Suprema, tercera sala. 20 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** don Simón Tuma Zeidán interpone recurso de protección reprochando como acto ilegal y arbitrario la decisión de la Dirección General de

Relaciones Económicas Internacionales, de poner término anticipado a su contrata, modalidad bajo la cual se desempeñaba en esa repartición pública desde el día 1 de enero de 2017, según consta de la Resolución TRA N° 102/20/2017, esgrimando la autoridad que no son necesarios sus servicios, atendido el “deficiente rendimiento y calidad de su labor, así como el incumplimiento reiterado de normas e instrucciones”, a la vez que, también, su calificación fue deficiente.

**Fundamento:** Considerando segundo: *“Que de conformidad al inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, se exige a la Administración que sus decisiones contengan la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustentan. En el caso sub lite, la resolución cuestionada si bien precisa razones fácticas que conducen a prescindir de los servicios del actor, ellas tienen un carácter marcadamente subjetivo.”*

Considerando tercero: *“Que, en efecto, para justificar la decisión de poner término a la prestación de servicios a contrata del recurrente, se esgrime el desempeño inadecuado de las labores encomendadas como asistente de la Dirección Regional de la Araucanía, cuestión que, por lo demás, motivó la calificación insuficiente de su función en el último periodo, sin que se alcance el nivel esperado de su cometido.”*

Considerando cuarto: *“Que, tal como lo acusa el recurrente, este fundamento es*

*inadecuado, puesto que las calificaciones del actor, si bien no son óptimas, son suficientes para mantenerlo en el desempeño de sus funciones. Ahora bien, aquello esgrimido por la recurrida es una cuestión distinta a la calificación deficiente, sino que más bien se relaciona con una falta de adecuación personal del actor en relación al cargo que debe desempeñar, fundamento que no guarda ninguna relación con el motivo principal esgrimido por la autoridad, que se relaciona con que los servicios del recurrente “no son necesarios”, fórmula de término de la contrata que se relaciona con un hecho objetivo, esto es, que los servicios prestados no son necesarios, prescindiendo de elementos subjetivos que digan relación con la persona que sirve el cargo. En razón de lo expuesto, en el caso concreto, se configura igualmente lo que la doctrina denomina desviación de poder. En efecto, la decisión impugnada se funda en hechos diversos a los que se desprenden del decreto que pone término a la contrata, puesto que si bien aparentemente se fundamenta en un fin de interés general o particular del Servicio -desvincular a un funcionario cuyos servicios habían sido requeridos sólo de manera transitoria y, por tanto, ya no estaba justificado mantener su contratación- lo cierto es que las circunstancias expuestas en el mismo acto administrativo devela que el fin que tuvo a la vista la autoridad es otro, pues fue el descontento con el desempeño del actor, la circunstancia verdadera que motivó su desvinculación, siendo del caso señalar que si bien puede ser efectivo que el cometido de aquel no fuera adecuado, lo cierto es que el ordenamiento jurídico administrativo contempla otras herramientas para llevar a cabo las desvinculaciones en aquellos casos, las que de modo alguno se relacionan con la causal*

*objetiva de que los servicios no sean necesarios, la que se relaciona con el cargo y no con las circunstancias personales de quien lo sirve.”*

Considerando sexto: “Que determinada la ilegalidad y arbitrariedad del acto que puso término a la contrata del reclamante, ésta ha contrariado además el propósito que el legislador previó al establecer los empleos a contrata y definir sus características de transitoriedad, vulnerándose el derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.” ([Volver](#))

**8.- Caso Deb con Google Chile Limitada. Recurso de protección. Rol N° 28.480-2018. Corte Suprema, tercera sala. 20 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** don Cristián Deb González deduce acción constitucional de protección en contra de Google Chile, por el acto ilegal y arbitrario, en su condición de motor de búsqueda de Internet, consistente en mantener indexada en su base de datos diversas notas periodísticas de antigua data, que afectan la honra y la protección de la vida privada del actor, toda vez que se refieren a la perpetración de delitos asociados a la falsificación de tarjetas de crédito; ilícitos respecto de los cuales Christian Deb purgó la pena que en su oportunidad se le impuso, razón por la cual no se justifica mantener indexada la información ya señalada, considerando la fecha de las publicaciones y el derecho a la reinserción social del que goza toda persona que ha sido condenada por sentencia penal ejecutoriada.

**Fundamento:** Considerando tercero: “Que el examen del recurso evidencia que éste adolece de variados defectos, tanto de forma como de fondo, que impiden que sea acogido, a saber: a) En primer término, la acción constitucional se dirige únicamente en contra de Google Inc., sin incluir a los medios de comunicación social que publicaron las respectivas notas periodísticas, cuestión que – en el estado actual de nuestra legislación sobre la materia- resulta, a lo menos, discutible, como se dirá más adelante. b) En segundo lugar, el recurrente no acompañó documento o antecedente alguno a fin de acreditar la existencia de las referidas publicaciones, limitándose a insertar en el texto del libelo las notas periodísticas de una manera confusa e incompleta; incluso, con líneas tachadas que dificultan la lectura íntegra de las publicaciones e impiden apreciar el contexto de la información. En el mismo orden de ideas, el recurso no explica, y menos aún desarrolla, el resultado de la respectiva investigación penal; únicamente se hace referencia a “procesos penales fenecidos o afinados por sentencia judicial en el área penal”, pero sin indicar – siquiera mínimamente- en qué causa y ante qué tribunal habría sido condenado el actor, la fecha de la sentencia, la pena concreta que se le impuso, el tipo de delito, grado de desarrollo y participación, etcétera, todo lo cual obsta a un análisis serio del arbitrio en este extremo. c) En tercer lugar, la acción constitucional se asila genéricamente en el denominado “derecho al olvido”, pero debe recordarse que éste no se encuentra establecido en nuestra legislación, de modo que la decisión de otorgar la cautela jurisdiccional que se solicita en autos, debe ser analizada bajo el prisma de los derechos fundamentales involucrados, a saber, la libertad de información y el derecho a la honra

o, en su caso, como sostienen algunos autores, el derecho a la vida privada. (Corral Talciani, Hernán. “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”. Revista Jurídica Digital UANDES 1(2017), 43-66 (<http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7>). El criterio anteriormente expuesto, es el que esta Corte ha mantenido en las últimas sentencias pronunciadas sobre la materia (Corte Suprema, Roles Nos. 11.746-2017 y 19.134-2018).”

Considerando cuarto: “Que, en cuanto a la función específica que la recurrida cumple en su condición de motor de búsqueda de Internet, este Tribunal ha señalado que: “(...) si bien se comparte que Google es un buscador de Internet y como tal no es el creador de los datos y contenidos publicados en la web, no es posible afirmar que siempre quedará exento, y a todo evento, de responsabilidad por esta sola circunstancia. Como acertadamente señala el TJUE, bajo ciertas condiciones –en armonía con la legislación interna y con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado- puede haber responsabilidad del buscador, sobre todo si se considera que las actividades que realiza el motor de búsqueda consistentes en “recoger” información, que luego “extrae” “organiza” y “registra” en el marco de programas de indexación; “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” a sus usuarios, podrían eventualmente corresponderse con los verbos que señala el artículo 2º letra o) de la Ley Nº 19.628, de modo que no puede sostenerse ex ante la irresponsabilidad de Google en el tratamiento de los datos personales como tampoco afirmarse su responsabilidad objetiva, que parecen ser los extremos que defienden las

*partes de este juicio, debiendo resolverse la situación en cada caso concreto conforme al mérito de los antecedentes” (Corte Suprema, Rol N° 19.134-2018, considerando 12°). De acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, en cada caso particular habrá de ponderarse el grado de afectación que supone la mantención de datos de carácter personal en la base indexada por los motores de búsqueda, toda vez que el tratamiento de los datos personales se encuentra sometido a las disposiciones de la Ley N° 19.628, sin perjuicio de lo señalado en la letra p) del artículo 85 de la Ley N° 17.336.”*

Considerando quinto: *“Que, en este caso concreto, no se advierte que Google Inc. haya incurrido en alguna acción u omisión ilegal o arbitraria que constituya privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos invocados por el recurrente. En efecto, para que el recurso hubiera tenido alguna posibilidad de prosperar, era indispensable que se accionara contra los creadores de los datos indexados por la recurrida, dando cuenta de las notas informativas que afectarían las garantías alegadas, pues sólo en ese caso resulta posible la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto: por una parte, el derecho a la honra y el respeto a la protección de la vida privada de la persona y su familia; y, por la otra, la libertad de expresión y de información, sin censura previa, de la que gozan los medios de comunicación social conforme con la Carta Fundamental.” (Volver)*

**9.- Caso Asociación de Funcionarios de la Salud Municipal La Florida con Corporación Municipal de Educación, Salud, Cultura y Recreación de La**

**Florida. Recurso de protección. Rol N° 25.164-2018. Corte Suprema, tercera sala. 20 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** la Asociación de Funcionarios de la Salud Municipal La Florida dedujo recurso de protección en contra de la Corporación Municipal de Educación, Salud, Cultura y Recreación de La Florida, por el acto ilegal y arbitrario consistente en el descuento proporcional de sus remuneraciones que afectó a varios socios de la referida Asociación, materializado en sus respectivas liquidaciones de remuneraciones correspondientes al mes de mayo de 2018. Para así proceder, la recurrida se basó en una paralización de funciones que tuvo lugar el 4 de mayo de 2018, en la que intervinieron numerosos trabajadores que prestan servicios en los Centros de Salud Familiar “Los Quillayes” y “La Florida”, y cuya motivación radicó en el no pago de diversos bonos y asignaciones.

**Fundamento:** Considerando quinto: *“Que la correcta inteligencia de los preceptos legales citados, permite concluir que, para proceder al descuento de remuneraciones contemplado en el artículo 69 de la Ley N° 18.883, no es indispensable la tramitación previa de una investigación sumaria o sumario administrativo, pero sí resulta necesaria la aplicación de un procedimiento objetivo que permita comprobar de manera fehaciente y con un alto grado de certeza, la inasistencia o el no desempeño efectivo de las funciones propias del cargo, lo que sólo resulta posible si se determina con precisión la identidad de cada uno de los funcionarios involucrados, así como el tiempo efectivamente no trabajado y la*

*ausencia de justificación en los términos del señalado artículo 69 de la ley N° 18.883.”*

*Considerando sexto: “Que, asentado lo anterior, y conforme al mérito de las probanzas incorporadas por la recurrida, es posible constatar que la orden de realizar los descuentos en las planillas de remuneraciones de los recurrentes por el día no trabajado, no es ilegal, toda vez que individualiza detalladamente a los trabajadores que el día de la paralización no desempeñaron en forma efectiva las funciones propias del cargo, pese a haber marcado sus respectivas tarjetas al inicio y término de la jornada laboral, y establece con precisión el tiempo de la no prestación de los servicios, así como la circunstancia de no encontrarse los trabajadores en alguna de las situaciones de excepción contempladas en el inciso primero del artículo 69 de la Ley N° 18.883; por último, se cumple en la especie con el requisito formal de haberse requerido el descuento por parte de los jefes inmediatos de los Centros de Salud Familiar en los que prestan servicio los trabajadores en cuyo favor se ha interpuesto la presente acción constitucional. Por otro lado, es necesario señalar que el acto no es arbitrario, ya que no obedece al mero capricho ni es la consecuencia de un arrebato o una actuación irracional de la recurrida, sino que por el contrario se circunscribe a dar cumplimiento al artículo 69 del Estatuto Administrativo, en relación con el artículo 58, letras a) y d), del mismo texto legal, y a los dictámenes de la Contraloría General de la República sobre el particular.”*

*Considerando séptimo: “Que, finalmente, es necesario hacerse cargo de la alegación de la recurrente en orden a que en la especie se habría infringido lo dispuesto en el artículo 9*

*del Convenio N° 151, de la Organización Internacional del Trabajo, instrumento ratificado por Chile con fecha 26 de diciembre de 2000. Sobre el particular, lo primero que debe decirse es que los actores no explicitan de qué forma se vulneraría en el caso concreto la aludida disposición, circunstancia que no resulta baladí, desde que el precepto se refiere al ejercicio de la libertad sindical, derecho que no está en discusión en el caso de marras. En este sentido, no basta con la apelación genérica a un precepto contenido en un tratado internacional; es menester que quien lo invoca explique por qué la disposición ha de ser aplicada al caso concreto, lo que importa un desarrollo argumentativo mínimo que no se satisface en la especie.” ([Volver](#))*

**10.- Caso Rodríguez y otro con Servicio Agrícola y Ganadero. Recurso de protección. Rol N° 31.537-2018. Corte Suprema, tercera sala. 21 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** Se interpone recurso de protección en representación de Rodrigo Rodríguez Huircapán y Gabriel Valenzuela Valdevenito en contra del Servicio Agrícola y Ganadero, impugnando la Resolución N° 344 de 2017 y Resolución Afecta N° 9/2017, ambas de la Dirección Nacional del Servicio recurrido, a través de las que se les impuso la sanción de destitución, actos que -a juicio de los recurrentes- resultan arbitrarios y afectan la garantía constitucional de igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, desde que otra sumariada, autora directa de la manipulación al sistema de control

de asistencia y personalmente beneficiada con esa maniobra, fue sancionada con suspensión de sus funciones por tres (03) meses con goce del 50% de su remuneración, en circunstancia que los recurrentes, encontrándose en una mejor situación, pues nunca manipularon el sistema, se les aplicó una sanción disciplinaria más gravosa, existiendo como única diferencia que la primera había confesado los hechos, lo que resulta, a su juicio, arbitrario, desproporcionado y carente de razonabilidad, por lo que solicita se deje sin efecto la resolución que les impuso la medida y se decrete toda otra medida que sea necesaria para el restablecimiento de sus derechos.

**Fundamento:** Considerando tercero: *“Que, para la decisión de la cuestión debatida, debe tenerse en consideración que la acción de protección constituye la adjetivación del principio cautelar, o principio protector que tiene rango constitucional, y en cuya virtud la administración del Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los administrados ejerzan sus derechos con plenitud, para lo cual se le permite adoptar medidas extraordinarias que permitan restablecer el equilibrio, cuando el ejercicio de dichos derechos se vea amenazado, perturbado o amagado por acciones u omisiones de terceros. Tenemos así que al constituir el mencionado, un principio deber, impone una obligación a esta Corte de adoptar las medidas conducentes cuando se dan las circunstancias fácticas que así lo exigen.”*

Considerando quinto: *“Que, en este orden de ideas, conviene recordar que la resolución impugnada, emitida con fecha 9 de mayo de*

*2017 por la Dirección Nacional del Servicio Agrícola y Ganadero, haciendo suyos los fundamentos contenidos en la Resolución N° 344 de 2017 de esa misma Dirección Nacional, resolvió imponer a los recurrentes la medida disciplinaria de destitución, de conformidad a lo previsto en el artículo 121 letra d) y 125 del Estatuto Administrativo, señalando escuetamente como fundamento de la sanción impuesta “la gravedad de la falta cometida”, la que hace consistir en que los recurrentes fueron “...beneficiarios de la alteración maliciosa de sus registros de asistencia” objeto de los cargos formulados en su contra. De otra parte, la misma resolución impone a la sumariada Ángela Tapia Alfaro, la medida disciplinaria de suspensión de funciones por tres (03) meses con goce de 50% de remuneración, “en su calidad de autora de la alteración maliciosa de sus registros de asistencias”, lo que fundamenta en que “...a pesar de haber vulnerado gravemente el principio de probidad administrativa, al alterar sus registros de asistencias en 98 ocasiones, se muestra arrepentida y su actitud en el trabajo, después de detectado los hechos y separada de sus funciones habituales, es de colaboración y ayuda...”.”*

Considerando sexto: *“Que, como se observa, la sanción impuesta por la recurrida a los actores no se apoya en ningún elemento de convicción que la avale, más allá de la referencia a “la gravedad de la falta cometida”, pues toda otra referencia que la misma realiza en cuanto a la insuficiencia de los descargos por ellos presentados, las presunciones graves que existen para haber tenido por acreditado los hechos objeto del sumario y su participación en los mismos, son razones que no guardan relación ni explican la medida*



*disciplinaria impuesta en concreto, esto es, la destitución, sin que sobre este punto se haya hecho mención a otros factores objetivos que corroboren el dictamen al que arribó la autoridad recurrida, en cuanto a la necesidad de excluirlos definitivamente de sus funciones, más aún cuando el propio Servicio recurrido hace diferencias al imponer una sanción de menor intensidad a otra funcionaria objeto del mismo sumario, pese a que ésta no sólo se benefició con el engaño que fue acreditado, sino que además fue autora de la adulteración maliciosa a sus registros de asistencias, en 98 ocasiones, número muy superior a los que fueron informadas respecto de los actores, esto es, 38 ocasiones en el caso de Rodríguez Huircapán y 64 oportunidades en el caso de Valenzuela Valdevenito, carencia de fundamentación que la priven de contenido, sin que sea dable discernir que aquélla se basta a sí misma si no ofrece los elementos de juicio necesarios que permitan comprenderla y entender la razón por la cual la recurrida estimó hacer diferencias en cuanto a la sanción impuesta a los recurrentes. El sólo hecho que se trate de una infracción que vulnere gravemente el principio de probidad administrativa, no resulta fundamento suficiente para satisfacer los estándares constitucionales de la garantía de igualdad ante la ley en examen, desde que tanto los recurrentes como la funcionaria aludida en el recurso como a quien se le impuso una sanción de menor intensidad, incurrieron en la referida falta de honestidad en el cumplimiento de sus deberes funcionarios, por lo que la sola mención genérica a la trasgresión al principio de probidad, no explica la diferencia realizada por el órgano recurrido al imponer la sanción en cada caso. Tampoco resulta suficiente argumentación, la conducta ex post observada*

*en la funcionaria aludida, pues la misma sólo se evidenció una vez que los hechos fueron descubiertos accidentalmente por la Jefe del Departamento de Comunicaciones del Servicio recurrido, según lo expresó al informar, y en todo caso, aún en el evento que se estimare que ello constituye una circunstancia atenuante de la responsabilidad administrativa a considerar, no puede soslayarse el hecho que la funcionaria en comento fue sancionada por ser autora material y beneficiaria del subterfugio en 98 ocasiones, conducta que lesiona en mayor medida el principio de probidad que la acreditada respecto a los actores.”*

*Considerando séptimo: “Que, en consecuencia, la conducta del organismo recurrido no se ajustó a la preceptiva que gobierna la cuestión, al no especificar los fundamentos de la sanción determinada aplicar a los recurrentes, ni aquellos tenidos en consideración para justificar las diferencias realizadas. Estos componentes debieron detallarse con mayor rigurosidad antes de resolver el asunto en sede administrativa, diligencias imprescindibles para objetivar la sanción impuesta a los recurrentes y no dejarlo sujeto a la mera discrecionalidad de la autoridad recurrida.”*

*Considerando octavo: “Que es así como se torna del todo arbitrario la sanción de destitución impuesta por la recurrida, haciendo diferencias, sin un elemento de juicio complementario que justifique el trato desigual proporcionado por la autoridad. En semejantes coyunturas, ante colofones tan definitivos para las personas, cabe exigir un mínimo de diligencia a la autoridad, sobre*

*quien pesa su actuar de oficio y respeto por los axiomas de no discriminación, objetividad y exhaustividad en su proceder.”*

Considerando décimo: *“Que dicha arbitrariedad importa afectar directamente el derecho de igualdad ante la ley de los recurrentes, protegido por el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado implica que la autoridad recurrida realizó diferencias al imponer una sanción disciplinaria más favorable a quien incurrió en hechos, si no más graves, al menos considerados de igual severidad que el cometido por los actores, sin que se expresaran fundamentos para explicar tal trato desigual, lo que la torna en arbitraria.”*

**Fundamento voto ministra Sandoval y abogado integrante Pierry:** 1° *“Que esta Corte ha señalado que el control que se ejerce por la presente vía, no se encuentra naturalmente destinado a evaluar aspectos de mérito de las actuaciones cumplidas en un sumario administrativo. Lo antes indicado no es óbice para que el control judicial de las facultades disciplinarias de los órganos de la administración abarque la revisión de la legalidad y razonabilidad de la actuación, pero ello no puede importar que por esta vía cautelar se supervisen materias relativas al mérito de las decisiones adoptadas en el marco y en el ejercicio de las facultades propias del recurrido, cuando no se afecta la razonabilidad y proporcionalidad de este. La trascendencia de lo anterior radica en que, a juicio de estos disidentes, a través del presente arbitrio los actores intentan, erróneamente, que por esta instancia jurisdiccional se revise la decisión a la que se arribó después de la tramitación del sumario administrativo, sin que a su respecto*

*se reproche ilegalidad o arbitrariedad, cuestionando únicamente la sanción que les fue impuesta analizada comparativamente con aquella aplicada a un tercer funcionario objeto del sumario. En efecto, los actores aceptaron los hechos imputados y la gravedad de estos, empero cuestionan el hecho que se les haya impuesto una sanción más gravosa que aquella que le fuera impuesta a un tercero, que –según señalan– no sólo se benefició con la manipulación del sistema de control de asistencia, sino que además fue autora de maniobras directas al mismo, cuestión que, a su juicio resulta arbitrario. Así, a partir de tal premisa básica, construyen las atenuantes que a su juicio no fueron valoradas, esgrimiendo luego falta de proporcionalidad.”*

3° *“Que teniendo presente lo anterior, en relación a la alegación de desproporcionalidad, se debe señalar que el artículo 52 de la Ley N° 18.575 establece que los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa, señalando que éste “consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”. Establece su inciso final que su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes y el párrafo 4° del mismo Título. A su turno, en el párrafo 4° antes referido, se encuentra el artículo 62 que establece una serie de conductas en las que se señala se contraviene especialmente el principio de probidad administrativa. Se contempla en el numeral 5. “Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios*

de cualquier naturaleza.” En la especie, la conducta imputada -que ha sido reconocida por los actores- indudablemente constituye una infracción al principio de probidad administrativa. Sobre el particular, los recurrentes han soslayado que el artículo 125 de la Ley N° 18.834, sanciona a quien vulnere gravemente el principio de probidad administrativa, estableciendo un catálogo que se cierra en la letra e), que dispone “En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales”. Así, en la especie esta norma permite la remisión a las letras d) y g) del artículo 61 y artículo 84 letra f) y j) del referido Estatuto que establecen conductas que violentan el principio de probidad administrativa y, en consecuencia, resultan sancionables con la destitución del funcionario público.”

5° “Que del mérito de las reflexiones efectuadas por la Fiscal sumariante antes transcritas, estos disidentes estiman que no ha existido discriminación o diferencias arbitrarias, puesto que al imponerse la sanción que motiva el reproche constitucional que se conoce, el Servicio recurrido ejerció las facultades de examinar las circunstancias y antecedentes que rodeó el accionar de cada investigado, analizarlos racional y objetivamente, para luego aplicar la medida disciplinaria más idónea al mérito del proceso, explicando en cada caso sus fundamentos, expresando en el acto reclamado, las razones de los distingos efectuados, lo que se condice con las exigencias constitucionales de la garantía en examen.” ([Volver](#))

**11.- Caso Ramírez con Municipalidad de Coyhaique. Recurso de casación en el fondo. Rol N° 29.535-2018. Corte**

**Suprema, tercera sala. 21 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** Oscar Ramírez interpuso acción de nulidad de derecho público contra la Municipalidad de Coyhaique impugnando el Decreto Alcaldicio Exento N°2579, mediante el cual, en definitiva, se suspendió el funcionamiento del local Salón de Baile, con patente de Cabaret N° 400193, denominado “Lo de Claudia”, ubicado en calle Simpson N° 430, suspensión que se hizo efectiva a partir de la fecha de su notificación y hasta que se obtuviera la recepción final de Obras.

**Fundamento:** Considerando cuarto: “Que la denominada acción de nulidad de derecho público ha sido conceptuada como la acción que se ejerce para obtener la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado, en los que faltan algunas de las exigencias que el ordenamiento requiere para su existencia y validez. Este enunciado evidencia con nitidez el rol que dentro de nuestro ordenamiento corresponde a la nulidad de derecho público como una institución destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad, de acuerdo con el cual los órganos del Estado deben someterse en el desarrollo de sus actividades a lo preceptuado en la Constitución Política de la República y en las leyes dictadas conforme a ella.”

Considerando quinto: “Que la jurisprudencia asentada por esta Corte, por ejemplo, en las sentencias dictadas en las causas Rol N°41.987-2017 y Rol N°17.405-2016, - y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación-, aduce que la

*ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable.”*

Considerando sexto: *“Que, a su vez, no está demás señalar que no toda ilegalidad de un acto administrativo lleva aparejada su nulidad, por cuanto uno de los dogmas que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial, como prescribe el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.880 de 2003, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Subyacen a este axioma de conservación otros adagios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Es así como no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía atropelle las garantías de los administrados.”*

Considerando séptimo: *“Que los artículos 6° y 7° de la Carta Política no consagran una determinada acción procesal encaminada a conseguir la anulación de los actos administrativos. Lo que configuran es el aforismo de legalidad que rige la actuación de la Administración, que lleva necesariamente adjunta la posibilidad de recurrir ante los tribunales de justicia para lograr la anulación*

*de los actos contrarios a derecho. La denominada “acción de derecho público” por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia, es entonces toda acción contenciosa administrativa dedicada a obtener por parte de un tribunal de la República la anulación de un acto administrativo. Esta acción contenciosa administrativa, o acciones contencioso administrativas, pueden encontrarse determinadas por el legislador para situaciones concretas y en materias específicas, como es el caso, por ejemplo, del artículo 151 de la Ley de Municipalidades, denominada reclamo de ilegalidad municipal; como es el evento asimismo de los alrededor de doscientos procedimientos de reclamo contra la aplicación de sanciones administrativas.”*

Considerando octavo: *“Que cuando existe una acción contenciosa administrativa “de nulidad de derecho público” fijada en la ley, se aplica ésta y con el procedimiento allí regulado, y no otra. Empero, si la ley no contiene ningún procedimiento o acción especial para reprobado el acto administrativo solicitando su anulación, se puede utilizar el procedimiento de juicio ordinario; evidentemente en el entendido que se trataría de una acción en que lo único que se pretende es la declaración de nulidad, ya que, como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte Suprema, si lo que se persigue es la declaración de ilegalidad para los efectos de obtener la declaración de un derecho, se está en presencia de un juicio declarativo de derechos o de plena jurisdicción, en que la declaración de ilegalidad es únicamente el antecedente necesario para pronunciarse sobre el derecho pedido, y no de una “acción de nulidad de derecho público”.”*

Considerando noveno: *“Que, en virtud de lo razonado, el Decreto Alcaldicio en contra del cual se reclama es de aquellos que deben atacarse por la vía del procedimiento establecido en el artículo 151 de la Ley N°18.695, donde se establece aquella específica acción de nulidad destinada a obtener la declaración de ilegalidad del acto que el demandante persigue; debía ejercerse conforme al procedimiento que la ley designa para este tipo de litigios, sin que aquello haya ocurrido en la oportunidad indicada para tal propósito.”* ([Volver](#))

**12.- Caso Municipalidad de Chépica contra Superintendencia de Educación. Recurso de reclamación. Rol N° 24.613-2018. Suprema, tercera sala. 21 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** la Municipalidad de Chépica deduce recurso de reclamación previsto en el artículo 85 de la Ley N° 20.529, en contra de la Resolución Exenta N° 1.372 dictada por la Superintendencia de Educación el 29 de junio de 2018, que rechazó el recurso de reclamación presentado en sede administrativa en contra de la Resolución N° 2016/PA/06/497 dictada por el Director Regional del Libertador Bernardo O’Higgins el 12 de octubre de 2016, que aprobó el procedimiento administrativo e impuso a la reclamante una multa de 51 UTM, por haber transgredido lo dispuesto en los artículos 46, literal g), del D.F.L. N°2 de 2009 del Ministerio de Educación, y 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto Supremo N° 315 de 2010 de la misma repartición, por cuanto la Municipalidad, como sostenedora del colegio “Cruz María” de

Chépica, no cumplió la obligación de asignar tres horas adicionales lectivas a los dos docentes regulares del establecimiento. Al fundar el arbitrio, en síntesis, sostiene que en la decisión sancionatoria no fue considerado el hecho de haber subsanado la situación constitutiva del cargo, omitiendo todo análisis, además, respecto de las circunstancias atenuantes consagradas en los literales a) y b) del artículo 79 de la Ley N° 20.529, solicitando se deje sin efecto el castigo o, en subsidio, sea este rebajado.

**Fundamento:** Considerando quinto: *“Que, en concreto, cuando el literal b) del artículo 73 de la Ley N° 20.529 contempla la multa como una de las sanciones posibles a aplicar en materia educacional, prescribe, tratándose de infracciones leves, un marco que oscila entre 1 y 50 UTM, ordenando considerar, para la regulación del monto preciso: “...El beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción, la intencionalidad de la comisión de la infracción y la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, la matrícula total del establecimiento a la fecha de la infracción y la subvención mensual por alumno o los recursos que reciba regularmente, excluidas las donaciones”.”*

Considerando sexto: *“Que, en la especie, de la lectura del punto N°5 de la resolución sancionatoria queda de manifiesto que la repartición reclamada únicamente ha tomado en consideración el beneficio económico -no cuantificado- obtenido con ocasión de la infracción y la intencionalidad en la comisión de ésta, sin efectuar referencia alguna a la matrícula total del establecimiento como*

*tampoco a la cuantía de la subvención mensual que el Estado le otorga.”*

Considerando séptimo: *“Que, de esta manera, cuando la Superintendencia de Educación ha omitido el análisis de uno o varios de los factores de determinación de la cuantía de la multa a imponer expresamente contemplados en la ley, debe entenderse que ha incurrido en ilegalidad, habilitando al jurisdicente para imponer medidas correctivas respecto del acto reclamado, tal como fue hecho en la sentencia recurrida.”* ([Volver](#))

**13.- Caso Asociación Colegio Cristiano de Quilpué con Superintendencia de Educación. Recurso de reclamación. Rol N° 29.475-2018. Corte Suprema, tercera sala. 21 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** la Asociación Colegio Cristiano de Quilpué, sostenedora del establecimiento educacional de igual denominación, interpone recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 1.388 de 3 de julio de 2018, dictada por la Superintendencia de Educación, la que rechazó el recurso de reclamación presentado en sede administrativa e impuso la sanción de privación del 25% de la subvención escolar durante 6 meses, conociendo la impugnación de la sostenedora respecto de la Resolución N° 2016/PA/05/113, dictada por el Director Regional de Valparaíso el 13 de diciembre de 2016, que aprobó el procedimiento administrativo incoado en su contra y originalmente había impuesto a la reclamante una multa de 501 UTM. Lo anterior, por haber transgredido lo dispuesto en el artículo 34

de la Ley N° 20.248, en relación con los artículos 76 y 77 de la Ley N° 20.529, y 10 y 46 del D.F.L. N° 2 de 2009 del Ministerio de Educación, por cuanto la sostenedora no rindió cuenta de la subvención escolar general y preferencial entregada durante el año 2015.

**Fundamento:** Considerando tercero: *“Que, el artículo 85 de la Ley N° 20.529 prescribe: “Los afectados que estimen que las resoluciones del Superintendente no se ajustan a la normativa educacional, podrán reclamar ante la Corte de Apelaciones correspondiente, dentro de un plazo de quince días, contado desde la notificación de la resolución que se impugna, para que las deje sin efecto”.”*

Considerando cuarto: *“Que, como se aprecia, el presupuesto indispensable para el ejercicio de la potestad de revisión judicial consiste en la falta de adecuación del acto a la normativa educacional o, si se quiere, su ilegalidad o contravención a derecho.”*

Considerando quinto: *“Que, en concreto, el artículo 73 de la Ley N° 20.529 contempla el catálogo de sanciones que la Superintendencia de Educación puede imponer a los sostenedores una vez comprobada la concurrencia de una infracción a la normativa educacional. Tales castigos pueden consistir en amonestación por escrito, multa, privación temporal o definitiva de la subvención, inhabilitación temporal o a perpetuidad para obtener y mantener la calidad de sostenedor, y la revocación del reconocimiento oficial del Estado. Ahora bien, para discernir la sanción concreta a aplicar, el encabezado de la norma citada ordena considerar “la naturaleza y gravedad de la infracción”. Además, dada la amplitud del*

*catálogo antes referido, resulta menester, a fin de dar cumplimiento a la obligación de motivación del acto administrativo terminal estatuida en los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, que a la hora de determinar la naturaleza del castigo la autoridad exprese la razón que la lleva a concluir que una sanción menos intensa no resulta eficaz para corregir la conducta que se pretende reprochar al sostenedor.”*

Considerando sexto: *“Que, en la especie, cuando la Resolución Exenta N° 1.388 ha sustituido la sanción de multa por la privación temporal de la subvención se ha limitado a señalar, en su consideración quinta, que tal decisión se sustenta en “que la infracción constatada no fue desvirtuada”, afirmando, acto seguido, que la calificación jurídica de los hechos como una infracción de carácter grave habilita a la Superintendencia a aplicar “todo el catálogo de sanciones contemplado en la Ley”.”*

Considerando séptimo: *“Que, de esta manera, debe concluirse que la reclamada ha omitido el deber de fundamentación expresado en el motivo séptimo precedente, incurriendo en infracción a lo dispuesto en los artículos 73 de la Ley N° 20.529 y 11 y 41 de la Ley N° 19.880, habilitando al jurisdicente para imponer medidas correctivas respecto del acto reclamado, de la forma como se ha hecho en la sentencia apelada.”* ([Volver](#))

**14.- Caso Rojas y otros con Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo. Rol N° 26.198-2018. Corte Suprema, tercera sala. 21 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** don Rodolfo Rojas Luarte, María Sáez Ponce y Gonzalo Valero Acevedo interponen acción de protección en contra de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, por estimar que la decisión de la autoridad de poner término anticipado a sus respectivas contrataciones constituye un acto ilegal y arbitrario, que infringe las garantías establecidas en los numerales 2º, 3º inciso sexto, y 24º del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Sostienen que el término anticipado de su contrata se basó en que a juicio de la autoridad sus servicios ya no eran necesarios. Esta decisión les fue comunicada verbalmente por la autoridad el 16 de abril de 2018, y posteriormente se materializó a través de las Resoluciones Exentas RA N° 272/757/2018 (Gonzalo Valero) y RA N° 272/759/2018 (Rodolfo Rojas), ambas de 11 de mayo de 2018, y Resolución Exenta RA N° 272/773/2018 (María Sáez), de 17 de mayo de 2018.

**Fundamento:** Considerando tercero: *“Que la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios” está en armonía con el carácter eminentemente transitorio que tienen los empleos a contrata. En efecto, el artículo 3º de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, señala que los empleos a contrata son aquellos de carácter transitorio que se consultan en la dotación de una institución. Confirma este aserto, el artículo 10 del mismo texto legal previene que los empleos a contrata durarán, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año, y quienes los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha por el solo ministerio de la ley.”*

Considerando quinto: *“Que de lo razonado se concluye que la autoridad administrativa denunciada se encontraba legalmente facultada para poner término anticipado a las contrataciones de los recurrentes. A juicio de esta Corte carece de sentido entender que los funcionarios estaban amparados por una “suerte de confianza legítima” en que sus nombramientos serían renovados. No es esa la hipótesis que ahora se analiza. Lo que se debe resolver no es si un nombramiento a contrata no fue prorrogado, sino que si es posible poner término anticipado a un nombramiento a contrata vigente. Estando incorporada la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios”, no puede existir una pretendida confianza legítima de que la autoridad no ejercerá la cláusula en cuestión.”*

Considerando octavo: *“Que, en relación con el primero de los cuestionamientos del fallo en alzada, se debe tener en cuenta que tratándose de funcionarios de exclusiva confianza, la autoridad facultada para hacer el nombramiento puede solicitar la renuncia al servidor por cualquier medio que lo estime necesario, incluso verbalmente (dictámenes N°s. 98.097 y 63.408, ambos de 2014; y 29.271, de 1981, entre otros, de la Contraloría General de la República). Que, por otra parte, el Estatuto Administrativo en ninguna de sus partes exige que la decisión de poner término anticipado a una contrata deba ser realizada mediante una actuación formal de la Administración que se materialice necesariamente en un acto administrativo de los enunciados en el artículo 3° de la ley N° 19.880. Pretender que así se hiciese importaría exigir el cumplimiento de una solemnidad que la ley no contempla. Así como la petición de renuncia que se mencionó más arriba puede ser*

*verbal, nada impide que el anuncio de un término anticipado de una contrata se haga de la misma manera. Siendo ello así, no resulta lógico argumentar que las comunicaciones “hayan carecido de existencia jurídica” como lo sostiene el fallo apelado por el Fisco. Que a mayor abundamiento, el artículo 24 de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, señala que los subsecretarios tienen, entre otras funciones, la de “ejercer la administración interna del Ministerio”, de modo que a juicio de esta Corte, ello les permite seleccionar, dentro de las rigideces que impone el ordenamiento jurídico, al personal que crea más idóneo para la gestión eficiente y eficaz del Ministerio del cual son jefes de servicio, así como para prescindir discrecionalmente, pero siempre en el marco de la ley, de quienes no consideren aptos para los cargos que ocupan. Adicionalmente, al realizar la comunicación que se cuestiona, la autoridad además dio cumplimiento a la Circular N° 40, de fecha 9 de noviembre de 2017, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, cuyo número 1°, letra g), dispone: “La decisión de no renovación de una contrata y en aquellos casos en que se resuelva poner término en forma anticipada a ésta, deberá ser notificada personalmente por la jefatura directa del funcionario con a lo menos 30 días de anticipación, permitiendo que el funcionario haga uso de su feriado legal, días administrativos y horas extraordinarias a compensar con descanso complementario, previa autorización de la jefatura correspondiente. De forma paralela la Unidad Administrativa deberá tramitar la resolución que ponga término al vínculo contractual. Estando la resolución totalmente tramitada, se procederá a notificar al funcionario, en conformidad al artículo 46 de la Ley N°*



19.880". Por su parte, el literal h) de la referida Circular prescribe: "Tanto la no renovación como el cese anticipado de una contrata fundada en la causal "por no ser necesarios sus servicios", deberá justificarse en alguno de los siguientes criterios, sin ser éstos taxativos: desempeño deficiente, disminución o cierre de programa o proyecto, término de la labor para la cual fue contratado, ajustes orgánicos, entre otros. Dicha fundamentación deberá ser transcrita en los téngase presente o considerandos de la resolución respectiva". De lo anterior se colige que la comunicación realizada recurrida además buscó que los funcionarios pudieran ejercer sus derechos estatutarios, tales como feriado, permisos administrativos y eventual descanso complementario por horas extraordinarias. Por lo demás, la referida comunicación en ningún caso sustituye la necesidad de dictar los actos que sean necesarios para dar cumplimiento a la mencionada Circular. Así las cosas, no es posible concluir que la comunicación realizada con fecha 16 de abril de 2018 haya constituido un acto ilegal y arbitrario que pudiera haber infringido alguna de las garantías fundamentales invocadas en el libelo, por lo que este capítulo del recurso no podrá prosperar."

Considerando noveno: "Que, en cuanto a la presunta ilegalidad y arbitrariedad de los actos administrativos que materializaron la decisión comunicada a los recurrentes con fecha 16 de abril de 2018, esta Corte estima que tales actos aparecen revestidos de suficiente fundamento, cumpliéndose con las exigencias contenidas en los artículos 11, inciso segundo, y 41, inciso cuarto, de la Ley N° 19.880. En efecto, se explica que la decisión obedece a las siguientes razones: a) En el caso de doña María Sáez

Ponce de León, quien a la época se desempeñaba como Coordinadora Nacional del Componente Social del Programa de Recuperación de Barrios en la Dirección de Desarrollo Urbano de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, los motivos específicos y detallados se contienen en los numerales 3, 4, 5 y 6 de la Resolución Exenta RA N° 272/773/2018, y básicamente responden a la mala evaluación que la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda realizó respecto del Programa Recuperación de Barrios, cuya coordinación a nivel nacional era precisamente ejecutada por la recurrente; b) Tratándose de don Rodolfo Rojas Luarte, quien a la época se desempeñaba como Analista del Programa de Recuperación de Barrios en la misma Dirección aludida, los fundamentos principales están contenidos en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 de la Resolución Exenta RA N° 272/759/2018, relacionados con la necesidad de readecuar el perfil del cargo que desempeñaba el recurrente, a objeto de brindar un enfoque comunicacional transversal acorde con las metas y desafíos ministeriales para el periodo 2018-2022, perfil que el actor no satisface de acuerdo con la autoridad; y c) Finalmente, en el caso del funcionario Gonzalo Valero Acevedo, quien a la sazón servía el cargo de Encargado de Comunicaciones del Programa Recuperación de Barrios en la Dirección de Desarrollo Urbano de la referida Subsecretaría, la Resolución Exenta RA N° 272/757/2018 señala en sus motivos 3, 4, 5, 6 y 7 fundamentos prácticamente idénticos a los expresados respecto del recurrente señor Rojas Luarte."

Considerando décimo: "Que, en este contexto, y sin perjuicio de lo señalado en las motivaciones tercera, cuarta y quinta de esta

*sentencia, las razones concretas esgrimidas por la Administración para poner término anticipado a la contrata de los actores, constituyen antecedentes de carácter objetivo que sirven de sustento a los actos administrativos cuestionados.”* ([Volver](#))

**15.- Requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto por Carolina Díaz respecto de los artículos 1 y 12 del Acta N° 205-2015 de la Corte Suprema, que modifica y refunde texto del Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas. Tribunal Constitucional. 14 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** En relación con la gestión judicial pendiente, Carolina Ortiz Díaz expresa que la causa tiene como base un proceso tramitado en la judicatura especializada de familia que, en abril de 2018, dictó sentencia en primera instancia disponiendo el retorno del menor de iniciales C.K.O a Suiza, decisión luego confirmada por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, en octubre de 2018. Contra esta última resolución, la actora interpuso recurso de casación en el fondo, gestión judicial que se encuentra pendiente. Expone que dicho arbitrio se ve afectado por lo dispuesto en el inciso primero del artículo 12 que se impugna, dado que se niega admisibilidad a su tramitación, negando que sea conocido y resuelto por la Corte Suprema para subsanar los problemas de infracción de ley sustantiva que han afectado el fondo de la sentencia. De este modo, sostiene

que se afectan las normas constitucionales del artículo 19 N° 3, inciso sexto, en relación con el artículo 19 N° 1 de la Constitución y los artículos 19 y 3 de la Declaración de Derechos del Niño. En materia de protección a la niñez deben primar las normas del debido proceso en un caso particular por sobre presupuestos de formalidad o ritualidad procesal.

**Fundamento:** Considerando vigésimo: *“Que el problema abordado por el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores adquiere su relevancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial, pues por esta vía se podrá alterar la ley aplicable y lograr una resolución judicial que le sea favorable. Los objetivos del Convenio se podrían resumir en ese sentido en que, ya que un factor característico de estas situaciones es que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. En otras palabras, se pretende volver al statu quo mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita – salvo las excepciones establecidas en el convenio –, mecanismo que permite que, en la mayoría de los casos, la resolución final respecto a su custodia sea de cargo a las autoridades del país de residencia habitual del menor. En atención a lo anterior, la celeridad constituye un elemento esencial de la restitución internacional, habida consideración de que “cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. En*

*efecto, los trastornos psicológicos que el menor puede sufrir debido a dicho traslado podrían reproducirse si la resolución relativa a su entorno sólo se dictase al cabo de cierto tiempo” (informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, párr. 15 a 36).”*

*Considerando vigésimo primero: “Que, en el campo de la doctrina, el principio de celeridad se asocia con la idea de acceso a la justicia, en cuanto no basta con que los órganos del Estado permitan un acceso a la jurisdicción, sino que, además, tal acceso debe implicar, necesariamente, que nos encontremos en presencia de un procedimiento racional, justo y resuelto en un breve período de tiempo.”*

*Considerando vigésimo cuarto: “Que, teniendo en cuenta la materia de la controversia, la celeridad con que ha de actuar el Estado que suscriba la Convención de la Haya se manifiesta especialmente en lo que impone su artículo 11, según el cual: “Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en un plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora”.*

*Considerando vigésimo quinto: “Que el plazo de seis semanas para resolver la controversia a que alude la disposición antes transcrita, fundado indudablemente en la necesidad de brindar una pronta protección al*

*menor afectado, compromete internacionalmente al Estado de Chile a establecer un procedimiento judicial expedito que se ajuste a tal exigencia, sin que se aprecie que el auto acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas dictado por la Corte Suprema vulnere las garantías de un debido proceso al restringir el acceso al recurso, como se explicará más adelante.”*

*Considerando trigésimo cuarto: “Que se ha entendido el derecho al recurso como uno de los elementos del debido proceso, que estaría implícitamente reconocido en el enunciado contenido en el inciso sexto, del numeral tercero, del artículo 19, de la Constitución (STC, Roles Nos. 934 y 1432)”*

*Considerando trigésimo quinto: “Que, sin embargo, los criterios para evaluar ciertas limitaciones en los recursos son constitucionalmente admisibles, atendido a que los derechos fundamentales no son absolutos y a que existen limitaciones a la procedencia de otras acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental (STC Rol N° 1509-08). De esta forma, la validez constitucional de una restricción legal al acceso a ciertos recursos procesales –como ocurre en el caso en relación a los de casación en el fondo y en la forma – obedece a una razón objetiva y no discriminatoria ni arbitraria, que justifique una diferencia de trato, en función de un fin legítimo de índole constitucional, dejando a salvo otras vías, en recursos o acciones de índole procesal que garanticen adecuadamente el derecho a defensa, el acceso a la administración de justicia y, en definitiva, el*

*derecho al debido proceso (en ese sentido, STC Rol N° 2798-15 c. 29)”*

Considerando trigésimo sexto: *“Que resulta necesario realizar una ponderación en el caso, para contraponer los dos principios aplicables en la especie: el de celeridad de los procesos y el derecho al recurso.”*

Considerando trigésimo séptimo: *“Que, como señaló esta Magistratura en su sentencia rol 4189, el ejercicio de la ponderación para evaluar la solución constitucionalmente correcta requiere establecer que la restricción de recursos en el procedimiento de restitución de menores persigue una finalidad legítima, (idoneidad); del mismo modo ha de tenerse en cuenta la necesidad de establecer mecanismos de celeridad restringiendo los recursos, radicando en la pertinencia de que procede el recurso de apelación y el establecimiento de los plazos breves pero razonables, para el cumplimiento de los actos jurídicos procesales en los procedimientos consagrados al efecto, “habida consideración que cuando se ha desplazado a una menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva” (STC, Rol 4189, c 3°); y por último, debe considerarse la proporcionalidad en sentido estricto, para lo cual cabe ponderar en base al interés superior del menor y al cumplimiento del deber de buena fe del Estado de Chile de respetar y observar los principios y normas que emanan de los tratados internacionales que suscriba.”*

Considerando trigésimo octavo: *“Que en virtud de lo anteriormente expuesto resulta concluyente que, en un proceso de ponderación entre el principio de celeridad y el derecho al recurso, dada la naturaleza y entidad de la materia analizada en esta causa, debe primar el*

*principio de celeridad, en atención al cumplimiento de los fines y objeto de la materia en análisis.”* ([Volver](#))

**16.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras respecto del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública. Tribunal Constitucional. 14 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** En relación con la gestión pendiente, enuncia la SBIF que Matías Rojas solicitó información relativa a bases de datos innominados con la deuda bancaria local de los registros administrativos de dicha Superintendencia, años 2015, 2016 y 2017. En específico, créditos comerciales y contingentes, con indicación de morosidad y montos. En ese sentido, precisa que lo solicitado son documentos, datos e informaciones que una Ley de Quórum Calificado ha declarado como reservados o secretos, en este caso, el artículo 7° de la Ley General de Bancos. Por ello, denegado lo impetrado, el solicitante accionó de amparo ante el CPLT, el que fue acogido en noviembre de 2017, ordenando la entrega de la información.

**Fundamento:** Considerando vigésimo primero: *“Que, en efecto, y tal como ya se apuntara previamente en la presente sentencia, en relación a lo que se ha sostenido en varios pronunciamientos de esta Magistratura – entre otras las STC roles N° s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013 – la Ley*

*de Transparencia introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC Rol N° 1990/2012), no la usa la Constitución. Aquello contrasta – nítidamente- con lo preceptuado por la ley N° 20.285, por la que se aprueba la Ley de Transparencia, cuya tendencia es utilizar la expresión “información” en abundancia, desde el título de la ley misma (“Sobre acceso a la información pública”) hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como “solicitar y recibir información” (artículo 10 inciso primero).”*

*Considerando vigésimo segundo: “Que, por su parte, el precepto impugnado, que pertenece a la ley N° 20.285, constituye un reflejo de esta tendencia plasmada en dicha Ley. Así, el artículo 5°, inciso segundo, obliga a entregar la información elaborada con presupuesto público” y también “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”*

*Considerando vigésimo tercero: “Que, de lo señalado anteriormente fluye nítidamente que la norma impugnada amplía el objeto de acceso a la información vía Ley de Transparencia “porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Así, resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece, porque la Administración o produce información o la posee a algún título. El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del*

*órgano de la Administración” (STC, Rol N° 2907, c 35°; STC Rol N° 2558, c. 18°);*

*Considerando vigésimo cuarto: “Que, en contraste a lo que fluye de la norma impugnada, esta Magistratura ha entendido “que el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso” (STC Rol N° 2907, c. 36°; STC Rol N° 2558, c. 19°; STC Rol N° 3111, c. 32°)*

*Considerando vigésimo quinto: “Que, tal como se ha considerado en ocasiones anteriores- entre otras las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2558/2013, 2907/2015 y 3111/2016, la pregunta pertinente estriba en determinar “si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley de Transparencia. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley de Transparencia que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880” (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y ss.)” (Entre otras,*

STC Rol N° 2907, c. 37°; STC Rol N° 2558, c. 20°; STC Rol N° 3111, c. 33°):

Considerando vigésimo sexto: “Que, además – y tal como lo ha entendido previamente esta Magistratura – si el artículo 8° constitucional hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando “son públicos” (entre otras, STC Rol N° 2907, c.38°; STC Rol N° 2558, c. 21°; STC Rol N° 34°)

Considerando vigésimo séptimo: “Que, en mérito de las anteriores consideraciones, es que este Tribunal estima que la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley de Transparencia, no resulta coherente con la regulación dispuesta en el artículo 8° de la Constitución”. Como se ha dicho, y ahora se reiterará, en parte alguna de dicha disposición “se obliga a la Administración a entregar información de una forma distinta a la prevista en el ordenamiento legal, debiendo realizar operaciones distintas tales como procesar, sistematizar, construir o elaborar un documento nuevo o distinto. Eso es algo que puede hacer el receptor de la información, toda vez que la ley no permite que se impongan condiciones de uso o restricciones a su empleo (artículo 19, Ley de Transparencia). Pero la obligación de la Administración se limita a publicar dichos actos o resoluciones o a

“proporcionar” o “entregar” lo requerido (artículo 16, Ley de Transparencia)” (Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol N° 3111, c. 34°)” ([Volver](#))

## II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

**1.- Contraloría General de la República, Alta dirección pública, directivos segundo nivel jerárquico, orden de subrogación, dictamen N° 7.464, de 14 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** Se dirige a Contraloría General el Secretario General (s) del Senado, quien, a solicitud del Senador don José Miguel Durana Semir, requiere un pronunciamiento sobre si las autoridades superiores de los servicios cuentan con facultades para determinar el orden de subrogación de los cargos de Alta Dirección Pública -ADP- del segundo nivel jerárquico, conforme a lo dispuesto en el artículo 81, letra a), de la ley N° 18.834, ello en el contexto del dictamen N° 7.961, de 2018, de esta procedencia.

**Fundamento:** “De manera preliminar, cabe recordar que el citado dictamen N° 7.961, de 2018, precisó que la facultad de alterar el orden de subrogación legal contemplada en el artículo 80 del mencionado Estatuto Administrativo, de un empleo de Alta Dirección Pública del primer nivel, opera en el evento que existan en el organismo servidores del segundo nivel nombrados conforme al citado régimen, debiendo solo estos ser incorporados en ese nuevo orden de reemplazo. Luego, dado que lo indicado precedentemente

*se refiere, exclusivamente, a la subrogación de un cargo ADP del primer nivel jerárquico, a través del dictamen N° 24.231, de 2018, este Ente de Control complementó el aludido pronunciamiento, manifestando que, respecto de los cargos que integran el segundo nivel del Sistema de Alta Dirección Pública, debe considerarse la regla contenida en el actual artículo quincuagésimo noveno de la ley N° 19.882, conforme a la cual, tratándose de esa clase de empleos que se encuentren vacantes, rigen las normas de la subrogación establecidas en el Estatuto Administrativo, las que ordenan que la plaza sea ejercida por el funcionario de la misma unidad que siga en el orden jerárquico y reúna los requisitos para su desempeño. Asimismo, si bien el dictamen N° 24.231, de 2018, aclaró que la regla anterior no impide que la superioridad respectiva altere dicho orden de acuerdo con el artículo 81 de ese texto estatutario, precisó, igualmente, que la hipótesis de excepción contenida en la letra a) de ese precepto, que autoriza a alterar el orden de subrogancia en el caso de los cargos de exclusiva confianza, no aplica para los empleos de alta dirección pública, toda vez que aquella tiene su fundamento en la discrecionalidad con que cuenta la autoridad para designar a su titular, la que no existe en el caso de esas plazas.” ([Volver](#))*

**2.- Contraloría General de la República, Carabineros, contratos administrativos, contrato de suministros, aplicación multas, garantía, sujeción bases, devolución sumas cobradas, dictamen N° 7.482, de 14 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** Se ha dirigido a esta Contraloría General don Andrés Vera Vera, Abogado, en representación de la empresa Náutica del Sur S.A., reclamando de la ilegalidad de la resolución exenta N° 89, de 2017, de la Dirección de Compras Públicas de Carabineros de Chile, que rechazó, en definitiva y por extemporáneo, el recurso de reposición que ésta interpusiera respecto del oficio N° 1.002, de 2016, de esa repartición pública, que, en el marco del contrato celebrado en virtud de la licitación ID 5240-199-LP15, le impuso las multas que indica por el retraso en la entrega de ocho lanchas de plástico reforzado de fibra de vidrio. Solicita, además, que se deje sin efecto el cobro de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

**Fundamento:** “Enseguida, en lo que se refiere al cobro de multas, cabe recordar que el inciso tercero del artículo 10 de la ley N° 19.886 dispone que los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente. Por su parte, la jurisprudencia administrativa ha señalado que la estricta sujeción a las bases constituye un principio rector que rige tanto el desarrollo del proceso licitatorio como la ejecución del correspondiente contrato y que dicho instrumento, en conjunto con la oferta del adjudicatario, integran el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones de la Administración y del proveedor, a fin de respetar la legalidad y transparencia que deben

primar en los contratos que celebren (aplica dictámenes N°s. 65.769, de 2014, y 14.238, de 2018). En este contexto, resulta oportuno indicar que el N° 4.10 de la resolución N° 49, de 2015, de la Dirección Nacional de Logística de Carabineros de Chile, que aprobó las bases de licitación pública para la adquisición en comento, modificada por la resolución N° 100, de la misma anualidad, señala, en lo pertinente, que el plazo de entrega se estipulará en el contrato de acuerdo a la oferta presentada por el proveedor que resulte adjudicado, el que será de días corridos y se contará desde la emisión de la orden de compra. Agrega que “Las entregas podrán ser parciales, sin embargo, no deberán superar los 270 (doscientos setenta) días corridos contados desde la emisión de la orden de compra o desde la apertura de la carta de crédito”. Por su parte, el N° 4.12 de dicho pliego establece, en lo que importa, que “Si el proveedor no entrega dentro del plazo estipulado en el contrato las especies objeto de la presente Licitación, estará obligado a pagar una multa por incumplimiento, la que se calculará sobre el valor de las especies atrasadas, incluidos los impuestos”. Asimismo, el N° 2.3 del anexo N° 1 estableció como criterio de evaluación el plazo de entrega, indicando, en lo que importa que si se ofertaban entre 181 a 270 días corridos se obtendría un puntaje equivalente al 5%. Añade que el plazo de entrega a ofertar no podrá exceder los 270 días corridos y que las entregas podrán ser parciales, siempre y cuando no excedan de los 270 días exigidos para la entrega. Como puede advertirse, las bases de la licitación en examen regularon

expresamente la aplicación de las multas, estableciendo que estas proceden si el proveedor excede el plazo contractual dispuesto para la entrega de los bienes, sin que contemplen la posibilidad de imponer multas en el caso de retraso en las entregas parciales que pudiesen haberse pactado. En este contexto, es dable anotar que de los antecedentes tenidos a la vista aparece que si bien el proveedor recurrente ofertó entregas parciales, fijó como plazo máximo para ello 270 días y que fue éste el considerado para los efectos de asignarle puntaje en el correspondiente criterio. Luego, considerando que, según señalan ambas partes, la entrega de la totalidad de las especies se realizó dentro del plazo de 270 días previsto en el acuerdo de voluntades, menester es concluir que en este caso no se configuró la causal que el pliego de condiciones contemplaba para la aplicación de multas. Por consiguiente, y atendido que -en concordancia con el criterio contenido en el dictamen N° 7.640, de 2013, de este origen- las sanciones son de derecho estricto, sin que corresponda darles otros alcances ni aplicarlas de modo diferente a lo especificado en la norma que las establece, no han resultado procedentes las multas aplicadas a la sociedad recurrente ni tampoco que se hiciera efectiva la boleta de garantía de fiel cumplimiento para efectuar el cobro de las mismas. En este contexto, es menester concluir que Carabineros de Chile debe dejar sin efecto las multas aplicadas a la sociedad peticionaria y devolverle las sumas que le hubiese cobrado por tal concepto.”

[\(Volver\)](#)

**3.- Contraloría General de la República, Contratación pública, convenios marco,**



**contrato de servicios, grandes compras, marcas equivalentes, dictamen N° 7.505, de 14 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** Se ha dirigido a esta Contraloría General don Renato Bustamante Arenas, en representación de IAFIS Chile SpA., consultando sobre la legalidad del proceso de gran compra N° 32.287, convocado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales el año 2017 - en el contexto del convenio marco de hardware, licencias de software y recursos educativos digitales, ID 2239-7-LP14-, para la contratación del “servicio de arriendo de licencias de uso de software MPI-Biometría para plataforma convergente”. Expone que en la respectiva intención de compra se exigió un producto de una marca específica y, además, que en ella se indicó que el dimensionamiento del producto se habría realizado en conjunto con el dueño del mismo. También, reclama que en el portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl) no habría existido una descripción detallada de las características de las licencias propiedad de la empresa. Añade que las especificaciones técnicas de estas habrían sido alteradas en las fichas del catálogo con posterioridad al cierre de la intención de compra.

**Fundamento:** “De la normativa transcrita se desprende que los convenios marco que celebre la Dirección de Compras y Contratación Pública se rigen por lo dispuesto en el singularizado decreto N° 250, de 2004, y que entre los aspectos que las bases deben regular

*está la especificación del bien o servicio a contratar, permitiéndose indicar marcas, pero solo de manera referencial (aplica dictámenes N°s. 51.948, 67.377, ambos de 2016, y 1.199, de 2019). Enseguida y en lo que se refiere a la situación que motiva la consulta del rubro, es preciso recordar que el inciso primero del artículo 14 bis del cuerpo reglamentario citado señala que “En las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 UTM, denominadas Grandes Compras, las entidades deberán comunicar, a través del Sistema, la intención de compra a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del Convenio Marco al que adscribe el bien o servicio requerido”. Añade el inciso tercero de ese precepto, en lo que importa, que “Las ofertas recibidas en el marco de un procedimiento de Grandes Compras serán evaluadas según los criterios y ponderaciones definidos en las bases de licitación del convenio marco respectivo, en lo que les sean aplicables”. El inciso cuarto previene que “En la comunicación de la intención de compra se indicará, al menos, la fecha de decisión de compra, los requerimientos específicos del bien o servicio, la cantidad y las condiciones de entrega y los criterios y ponderaciones aplicables para la evaluación de las ofertas. La entidad deberá seleccionar la oferta más conveniente según resultado del cuadro comparativo que deberá confeccionar sobre la base de los criterios de evaluación y ponderaciones definidas en la comunicación de la intención de compra, cuadro que será adjuntado a la orden de compra que se emita y servirá de fundamento de la resolución que apruebe la adquisición”. De lo dicho con antelación se desprende que al*

*efectuar grandes compras las entidades deben comunicar la intención a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría. Además, que en tales procesos los organismos públicos no pueden exigir que las ofertas deban corresponder a productos de una determinada marca, pues ese requisito no está previsto en la normativa aplicable en la especie y afecta la libre concurrencia de los proveedores. Ahora bien, según consta de los antecedentes tenidos a la vista, en el caso en estudio la Subsecretaría de Redes Asistenciales fijó, en el N° 5 de su intención de compra, las especificaciones técnicas del bien requerido, señalando como requisito mínimo para que la oferta fuera considerada, el licenciamiento específico -marca- a que alude el recurrente, exigencia que no se ajusta a la normativa antes reseñada. Dado lo anterior, procede que la Subsecretaría de Redes Asistenciales adopte las medidas tendientes a que la situación descrita no se reitere en lo sucesivo. Por último, en relación con los reclamos relativos a la falta de una descripción de las características del producto en el respectivo portal y la modificación de las fichas incorporadas en el pertinente catálogo, cabe señalar que, según lo informado por la Dirección de Compras y Contratación Pública, el referido detalle fue cumplido por el proveedor a que alude el peticionario y dichas fichas no fueron modificadas unilateralmente por el interesado, motivo por el cual se desestiman tales alegaciones.” ([Volver](#))*

**4.- Contraloría General de la República, Pensionado Dipreca, afiliación AFP anterior cese, línea previsional paralela, reliquidación de pensión, requisitos,**

**dictamen N° 7.632, de 14 de marzo de 2019**

**Hechos del caso:** Se dirige a Contraloría General la Superintendencia de Pensiones solicitando un pronunciamiento que determine si el señor Patricio Pereira Campos, pensionado de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, puede traspasar a ese régimen las cotizaciones que erogó en el sistema del decreto ley N° 3.500, de 1980, con ocasión de su labor como instructor militar en la Armada, con la finalidad de desafectarse de ese último sistema y, en consecuencia, acogerse a lo previsto en el artículo 10 de la ley N° 18.458, en razón de su desempeño en la Dirección General de Aeronáutica Civil.

**Fundamento:** *Sobre el particular, cabe manifestar que el aludido artículo 10 de la ley N° 18.458, modificado por la ley N° 20.735, preceptúa que los pensionados de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, seguirán afectos a dicha institución en caso de volver al servicio en otras plazas o empleos, sea en calidad de planta, contrata o sujetos al Código del Trabajo, de instituciones, servicios, organismos y empresas, dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o del Ministerio del Interior y Seguridad Pública o que se relacionen con el Gobierno por su intermedio o, a aquellos servicios, organismos o empresas que por leyes especiales estén sujetos a ese régimen. En este sentido, es útil recordar que esta Entidad de Control, mediante el pronunciamiento N° 4.348, de 2007, aclarado por el dictamen N° 44.430, de igual año, precisó, en lo pertinente, que*

únicamente pueden volver a esa caja aquellos pensionados que luego de obtener su jubilación no hubieren optado por el sistema del decreto ley N° 3.500, de 1980, pues, en tal caso, quedan sujetos íntegramente a las normas de ese último texto normativo, no pudiendo retornar al régimen administrado por la señalada caja, a menos que adquieran alguna de las calidades a las que se refiere el artículo 1° de la ley N° 18.458. Ahora bien, de los datos tenidos a la vista, aparece que a través de la resolución N° 233, de 2018, de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, al señor Pereira Campos se le concedió una pensión de retiro por sus 23 años, 6 meses y 26 días de servicios en la Armada, computados hasta el 7 de noviembre de 2017. Por otra parte, consta que el afectado, con anterioridad a su cese en la aludida institución de la defensa nacional, registra cotizaciones en el sistema del decreto ley N° 3.500, de 1980, por labores en la Armada que habría prestado como instructor militar en los meses de marzo de 2015, de agosto a diciembre de 2016 y desde abril hasta septiembre de 2017. Como puede advertirse, el interesado generó, en el sistema de capitalización individual, una línea previsional paralela y distinta de la que mantiene por sus servicios en la Armada, que no afecta su adscripción a la aludida Caja de Previsión, tal como se expresó en el dictamen N° 18.240, de 2016 y en el oficio N° 5.320, de 2019, de este origen, que se pronunciaron sobre casos similares; de modo que la circunstancia de haberse adscrito al sistema de capitalización individual con antelación a su ingreso a la Dirección General de Aeronáutica Civil, no impide que cotice en el aludido

régimen institucional. En consecuencia, con el mérito de lo expuesto, se debe expresar que el recurrente, cuando cese en la Dirección General de Aeronáutica Civil -desempeño que, acorde con lo expuesto en el presente oficio, le permite al interesado continuar imponiendo en el régimen de la referida caja-, tendrá derecho a reliquidar su pensión de retiro, en la medida que cumpla con las demás exigencias establecidas para tal efecto, sin que sea necesario que para ello se desactive del sistema de capitalización individual, por lo que resulta inoficioso referirse al aludido traspaso de las cotizaciones que mantiene en la Administradora de Fondos de Pensiones Plan Vital S.A. por su labor como instructor militar.” ([Volver](#))

**5.- Contraloría General de la República, Personal a contrata, no renovación, vencimiento del plazo, atribuciones autoridad, confianza legítima, dictamen 7.953, de 18 de marzo de 2019.**

**Hechos del caso:** Se dirige a Contraloría General la señora Ana Parra Mena, exfuncionaria de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, para reclamar por la decisión de no renovar su contrata para el año 2019.

**Fundamento:** “Ahora bien, según los registros que mantiene esta Entidad de Control, aparece que la recurrente desde el día 6 de mayo de 2004, se desempeñó, en calidad de a contrata, en el Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana, presentando su renuncia voluntaria con fecha 5 de marzo del año 2018. Luego, a través de la resolución TRA N° 272/1250/2018, fue

*designada, a contrata, en la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, a contar del 5 de marzo de 2018. Así entonces, considerando que las labores de la interesada en la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo comprendieron un periodo que no alcanzó a cumplir el lapso requerido, esto es, superior a dos años, corresponde señalar que a la época en que la autoridad decidió poner término anticipado a su designación, no se había generado la confianza de que trata el aludido dictamen N° 6.400, de 2018. En consecuencia, el término de la contrata de la señora Ana Parra Mena se produjo por expreso mandato de la ley, al llegar el plazo previsto en la correspondiente designación, acorde con el artículo 153 de la ley N° 18.834, sin que esta Entidad de Control advierta ilegalidad o irregularidad alguna en dicha circunstancia, tal como se ha resuelto, para una situación similar, en el oficio N° 33.200, de 2017, de este origen.” ([Volver](#))*