

**Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público**

**N° 58**

**Semana del 24 al 30 de junio**

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

|  |  |                   |
|--|--|-------------------|
| Caso   | Salinas con Servicio Electoral   |                   |
| Tribunal   | Corte Suprema, cuarta sala   | Rol N° 3.502-2019 |
| Resumen  | <b>Constituye criterio jurisprudencial conforme el hecho de que, en casos de funcionarios públicos a honorarios respecto de los que se declara judicialmente la existencia de vínculo laboral, no procede aplicar la institución de nulidad del despido, por haber sido suscritos los contratos respectivos al amparo de un estatuto legal que les otorgaba una presunción de legalidad. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b> |                   |
| Fecha  | 26 de junio de 2019  |                   |
| Jurisprudencia relacionada que confirma criterio | CS, Rol N° 28.229-2018, 15 de mayo de 2019, Gaceta N° 52; CS, Rol N° 25.069-2018, 29 de abril de 2019, Gaceta N° 50; CS, Rol N° 15.479-2018, 10 de enero de 2019, Gaceta N° 37; CS, Rol N° 14.769-2018, 21 de noviembre de 2018; CS, Rol N° 12.282-2018, 11 de octubre de 2018, Gaceta N° 24; CS, Rol N° 40.253-2017, 20 de agosto de 2018, Gaceta N° 17; CS, Rol N° 37.147-2017, 9 de julio de 2018, Gaceta N° 11                               |                   |

|          |  |                   |
|----------|--|-------------------|
| Caso     | Farmacias Cruz Verde S.A. con Instituto de Salud Pública de Chile  |                   |
| Tribunal | Corte Suprema, tercera sala  | Rol N° 4.776-2019 |
| Resumen  | <b>En virtud de la normativa sectorial aplicable, la publicidad de los medicamentos de venta directa no sólo puede sino que debe expresar el precio de dichos productos, de manera de aportar al consumidor la mayor información que le permita decidir adecuadamente sobre su adquisición, afectando el acto en virtud del cual el ISP rechaza publicidad de medicamento de venta directa por contener dicho precio (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b> |                   |
| Fecha    | 26 de junio de 2019  |                   |

# ZÚÑIGA – CAMPOS

## ABOGADOS

|          |   |                    |
|----------|---|--------------------|
| Caso     | Luengo con Administradora de Fondos de Pensiones Hábitat S.A.   |                    |
| Tribunal | Corte Suprema, tercera sala   | Rol N° 12.291-2019 |
| Resumen  | <b>Cumplimiento de resoluciones judiciales no constituye materia que corresponda ser resuelta por medio de recurso de protección.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> ) |                    |
| Fecha    | 27 de junio de 2019   |                    |

|          |   |                 |
|----------|---|-----------------|
| Caso     | Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Opti Store SpA respecto de la parte final del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario   |                 |
| Tribunal | Tribunal Constitucional   | Rol N° 5.106-18 |
| Resumen  | <b>No existe justificación que sustente racionalmente una diferencia legal de trato en virtud de la cual la utilización conjunta o no de un mismo recinto físico determine la prohibición o no del desarrollo de dos actividades lícitas y con funciones expresamente reconocidas por el ordenamiento jurídico, como son, por un lado, las de recepción y despacho de recetas en que se prescriben lentes con fuerza dióptrica, y por otro, las de evaluación de vicios de refracción ocular y prescripción de lentes ópticos correctivos – efectuadas por médicos o tecnólogos médicos -, según si utilizan o no el mismo recinto físico. De esta manera, la aplicación de la parte final del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario infringe la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 19 N° 2 de la Constitución.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> ) |                 |
| Fecha    | 25 de junio de 2019   |                 |

### JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

|          |   |  |
|----------|---|--|
| Dictamen | Dictamen N° 16.858  |  |
| Órgano   | Contraloría General de la República   |  |
| Resumen  | <b>Ex funcionario de la Universidad de Chile, que cesó sus servicios entre la data de publicación de la Ley N° 20.996 y la entrada en vigencia de su respectivo reglamento, puede postular a un cupo para acceder al beneficio que ese texto legal establece. Complementa dictamen N° 3.416, de 2018, de este origen.</b> ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> ) |  |
| Fecha    | 21 de junio de 2019   |  |

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

|          |  |
|----------|--|
| Dictamen | Dictamen N° 16.860   |
| Órgano   | Contraloría General de la República  |
| Resumen  | <b>Procede que a médico becario, que fue eliminado de un programa de especialización por causas ajenas a su voluntad y luego reincorporado al mismo, se le paguen todos los estipendios a que tuvo derecho mientras estuvo alejado de dicho perfeccionamiento. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b> |
| Fecha    | 21 de junio de 2019  |

|          |   |
|----------|---|
| Dictamen | Dictamen N° 16.861  |
| Órgano   | Contraloría General de la República   |
| Resumen  | <b>Atendido el error en la determinación de la fecha de inicio del permiso postnatal parental solicitado, la autoridad deberá completar la totalidad de las semanas contempladas para ese beneficio, en su modalidad de media jornada. Asimismo, deberá obtener el reembolso del subsidio que le hubiera correspondido a su servidora por todo ese lapso. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b> |
| Fecha    | 21 de junio de 2019   |

|          |   |
|----------|---|
| Dictamen | Dictamen N° 16.930  |
| Órgano   | Contraloría General de la República   |
| Resumen  | <b>Término de los servicios que prestó el recurrente en el Comando de Bienestar del Ejército, regido por el Código del Trabajo, por los cuales no estuvo adscrito a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, debe disponerse según las causales previstas en ese código laboral, y otorgando el derecho al pago de las indemnizaciones pertinentes. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b> |
| Fecha    | 7 de junio de 2019  |

|          |   |
|----------|---|
| Dictamen | Dictamen N° 17.029  |
| Órgano   | Contraloría General de la República   |
| Resumen  | <b>Se autoriza el tratamiento extrapresupuestario de los recursos que el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural transfiera al Ministerio de Relaciones Exteriores. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b> |
| Fecha    | 24 de junio de 2019   |

**JURISPRUDENCIA JUDICIAL**

**1.- Caso Salinas con Servicio Electoral. Recurso de unificación de jurisprudencia. Rol N° 3.502-2019. Corte Suprema, cuarta sala. 26 de junio de 2019.**

**Hechos del caso:** doña Karen Salinas, ex funcionaria del Servicio Electoral, interpone, ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, demanda por la cual se pretende la declaración de existencia de relación laboral entre las partes y la falta de justificación del despido del cual fue objeto, demanda que fue acogida respecto de ambos puntos, más rechazada en lo concerniente a su petición de aplicación de la sanción contemplada en el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo. En contra de dicho fallo, la sra. Salinas dedujo recurso de nulidad, y con fecha once de enero de dos mil diecinueve, una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, lo rechazó. Respecto de dicha decisión, la misma parte dedujo recurso de unificación de jurisprudencia, reprochando que se haya rechazado la procedencia de la sanción de la nulidad del despido, no obstante haberse acreditado que el empleador no enteró las cotizaciones previsionales pertinentes.

**Fundamento:** Considerando cuarto: *“Que, como se observa, se constata la existencia de pronunciamientos diversos emanados de tribunales superiores de justicia respecto de la materia de derecho debatida, sin embargo, esta Corte considera que no procede unificar jurisprudencia, al encontrarse conforme el*

*criterio que expone el fallo impugnado con aquel que esta Corte estima correspondiente.”*

Considerando quinto: *“Que, en efecto, esta Corte ya se ha pronunciado sobre el asunto en cuestión, señalando que si bien es indiscutible que la sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral entre las partes es de naturaleza declarativa, la regla general en esta materia es la procedencia de la sanción de la nulidad del despido en el caso de constatare el hecho de no encontrarse pagadas las cotizaciones previsionales a la época del término de la vinculación laboral reconocida por el fallo de base. Sin embargo, dicha conclusión varía cuando se trata, en su origen, de contratos a honorarios celebrados por órganos de la Administración del Estado – entendida en los términos del artículo 1° de la ley 18.575–, pues, a juicio de esta Corte, en tales casos, concurre un elemento que autoriza a diferenciar la aplicación de la sanción en comento, cual es que fueron suscritos al amparo de un estatuto legal determinado que, en principio, les otorgaba una presunción de legalidad, lo que permite entender que no se encuentran típicamente en la hipótesis para la que se previó la figura de la nulidad del despido, y excluye, además, la idea de simulación o fraude por parte del empleador, que intenta ocultar por la vía de la contratación a honorarios la existencia de una relación laboral, que justifica la punición del inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo.”*

Considerando sexto: *“Que, por otro lado, la aplicación –en estos casos–, de la sanción referida, se desnaturaliza, por cuanto los*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que para ello requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador, que incluso puede llegar a sustituir las indemnizaciones propias del despido, de manera que no procede aplicar la nulidad del despido cuando la relación laboral se establece con un órgano de la Administración del Estado y ha devenido a partir de una vinculación amparada en un determinado estatuto legal propio de dicho sector, base sobre la cual, también debe desecharse el recurso de nulidad del actor.”*

*Considerando séptimo: “Que, de este modo, es evidente que el fallo impugnado yerra en la aplicación del artículo 162, incisos quinto a séptimo del código laboral, al acoger el recurso de nulidad deducido en contra del de base en el punto traído a discusión, debiendo rechazarse, por cuanto no procede aplicar la nulidad del despido cuando la relación laboral se establece con un órgano de la Administración del Estado y ha devenido a partir de una vinculación amparada en un determinado estatuto legal propio de dicho sector, por lo que corresponde rechazar el recurso que se analiza, al contener el fallo impugnado la tesis que esta Corte estima correcta.” (Volver)*

**2.- Caso Farmacias Cruz Verde S.A con Instituto de Salud Pública de Chile. Recurso de protección. Rol N° 4.776-2019.**

**Corte Suprema, tercera sala. 26 de junio de 2019.**

**Hechos del caso:** Farmacias Cruz Verde S.A. deduce recurso de protección en contra del Instituto de Salud Pública de Chile por haber dictado la Resolución Exenta N° 5694, de 19 de octubre de 2018, por la cual rechazó la publicidad solicitada por la actora mediante el formulario Comunicaciones CC-01 relativa al medicamento “AB Antitusivo”; acto que, a juicio de Farmacias Cruz Verde S.A. es arbitrario e ilegal y vulnerador de las garantías previstas en el artículo 19 N° 21 y 24 de la Constitución Política de la República.

**Fundamento:** Considerando quinto: *“Que el artículo 100, inciso 2º, del Código Sanitario, establece lo siguiente: “La publicidad y demás actividades destinadas a dar a conocer al consumidor un producto farmacéutico sólo estarán permitidas respecto de medicamentos de venta directa y en los términos establecidos en el respectivo registro sanitario y conforme a lo señalado en los artículos 53 y 54 de este Código”. A su turno, el artículo 199 del Decreto Supremo N° 3 del año 2010 del Ministerio de Salud, que “Aprueba Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano”, dispone: “La publicidad y la información, al paciente y al profesional, relativa a las especialidades farmacéuticas, se regirá por las normas de este Título, para lo cual se entenderá por: a) Publicidad: Conjunto de procedimientos o actividades empleados para dar a conocer, destacar, distinguir directa*

o indirectamente al público, a través de cualquier medio o procedimiento de difusión, las características propias, condiciones de distribución, expendio y uso de los productos a que se refiere el presente reglamento". En conexión con el artículo 100 transcrito, los artículos 53 y 54 del Código Sanitario disponen: "Artículo 53°.- Queda prohibida cualquiera forma de publicación o propaganda referente a higiene, medicina preventiva o curativa y ramas semejantes que, a juicio del Servicio Nacional de Salud, tienda a engañar al público o a perjudicar la salud colectiva o individual. Artículo 54°.- Se considerará que desde el punto de vista sanitario se engaña al público y se perjudican los intereses de la población, cuando por medio de publicaciones, proyecciones y transmisiones o cualquier otro sistema de propaganda audio-visual, se ofrezcan o anuncien los servicios de persona o personas que no están facultadas legalmente para ejercer la medicina y demás ramas relacionadas con la prevención o curación de las enfermedades. Asimismo, no podrán anunciarse como productos medicinales, nutritivos o de utilidad médica sino aquellos que hayan sido autorizados o reconocidos como tales por el Servicio Nacional de Salud". Por su parte el artículo 200 del Código Sanitario estatuye: "La publicidad que podrá realizarse de las especialidades farmacéuticas de venta directa, será sólo aquella autorizada previamente por el Instituto de Salud Pública. La publicidad podrá reproducir solamente el contenido exacto, total o parcial, de los folletos de información al paciente y rótulos, que hayan sido aprobados en el respectivo registro sanitario. Sólo podrá referirse a las

recomendaciones terapéuticas que hayan sido aprobadas por el Instituto en el respectivo registro sanitario y, en ningún caso, podrán contener títulos, figuras, indicaciones, efectos, alusiones o menciones, que no se conformen con ello. La publicidad que sea contraria a lo indicado precedentemente, será sancionada, previo sumario sanitario".

Considerando sexto: "Que de la lectura de las normas referidas aparece claro que éstas nada dicen ni regulan en relación con el precio de los productos farmacéuticos de venta directa y la posibilidad de que pueda o no aparecer en su publicidad, pues sólo aluden a la información de los folletos de información al paciente, rótulos y recomendaciones terapéuticas aprobados en el registro sanitario respectivo, prohibiendo en consecuencia todo título, figura, indicaciones, efectos, alusiones o menciones que no se conformen con ella, esto es, que aporten una información contraria o que la distorsione en alguna medida, efecto que no produce, ciertamente, la mención del precio del producto; de manera tal que ya en este punto resulta ser no acertada la afirmación que sustenta el acto recurrido en el sentido que la indicación del precio en la publicidad cuya autorización solicitó Farmacias Cruz Verde S.A. al Instituto de Salud Pública infringe la norma del artículo 200 del Decreto Supremo N° 3 de 2010, del Ministerio de Salud."

Considerando séptimo: "Que por otra parte, viene al caso puntualizar que, en la relación que se produce entre las farmacias y las personas que adquieren los medicamentos de venta directa que las primeras ofrecen, aparece como realidad evidente que aquéllas

son las proveedoras y éstas las consumidoras de dichos productos de salud, por lo que resultan aplicables en lo relativo a la mención del precio en la publicidad que se haga de los mismos, las normas de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor, atendido el ámbito de aplicación determinado en su artículo 1º y lo dispuesto en sus artículos 3 letra b), 18 y 30. En efecto, la primera de dichas disposiciones prescribe en su inciso 1º que “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”. A su turno, el artículo 3 letra b) citado establece entre los derechos básicos del consumidor “El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”. Complementando lo anterior el artículo 18 del mismo cuerpo legal agrega que “Constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado” Finalmente, el artículo 30 citado establece: “Los proveedores deberán dar conocimiento al público de los precios de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente. El precio deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo. Igualmente se enunciarán las tarifas

de los establecimientos de prestación de servicios. Cuando se exhiban los bienes en vitrinas, anaqueles o estanterías, se deberá indicar allí sus respectivos precios. La misma información, además de las características y prestaciones esenciales de los productos o servicios, deberá ser indicada en los sitios de Internet en que los proveedores exhiban los bienes o servicios que ofrezcan y que cumplan con las condiciones que determine el reglamento. El monto del precio deberá comprender el valor total del bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes. Cuando el consumidor no pueda conocer por sí mismo el precio de los productos que desea adquirir, los establecimientos comerciales deberán mantener una lista de sus precios a disposición del público, de manera permanente y visible”.

Considerando octavo: “Que de las normas referidas se desprende que la publicidad de los medicamentos de venta directa no sólo puede sino que debe expresar el precio de dichos productos, de manera de aportar al consumidor la mayor información que le permita decidir adecuadamente sobre su adquisición; circunstancia que permite concluir que el acto impugnado por la presente vía cautelar es ilegal también por infringir las normas mencionadas de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor.”

Considerando noveno: “Que el acto recurrido afecta el derecho de la actora a desarrollar libremente su actividad económica, pues ciertamente ésta se ve integrada por la debida publicidad de los productos farmacéuticos de venta directa que expende,



*circunstancia de la que se sigue que el rechazo respecto de la publicidad cuya autorización solicitó Farmacias Cruz Verde S.A. al Instituto de Salud Pública, perturba el ejercicio de aquella garantía constitucional.”*

Considerando décimo: *“Que de lo señalado precedentemente, queda de manifiesto que la recurrida en estos autos incurrió en un acto ilegal por los motivos ya referidos, y arbitrario al carecer de sustento normativo que la justifique, que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.”* ([Volver](#))

**3.- Caso Luengo con Administradora de Fondos de Pensiones Hábitat S.A. Recurso de protección. Rol N° 12.291-2019. Corte Suprema, tercera sala. 27 de junio de 2019.**

**Hechos del caso:** doña Valentina Luengo interpone recurso de protección en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones Hábitat S.A. y la Superintendencia de Pensiones, por la decisión de la primera de negarse al cumplimiento del acuerdo completo y suficiente, aprobado por el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, en causa sobre divorcio y mediante el cual se estipuló, a título de compensación económica, el traspaso a nombre de la recurrente, del 50% de los fondos disponibles en la cuenta de capitalización individual que don Iván Gómez Zúñiga mantiene en la institución recurrida.

**Fundamento:** Considerando cuarto: *“Que, conforme lo expuesto, existiendo en el ordenamiento jurídico nacional un procedimiento para obtener el cumplimiento de las resoluciones judiciales, es en aquel donde deben ventilarse todas las controversias que se susciten con motivo de su ejecución, resultando evidente que ésta no es una materia que corresponda ser resuelta por medio de la presente acción cautelar, puesto 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. A mayor abundamiento, el asunto ya se encuentra radicado ante Tribunal competente, en cuya sede debe ser debatido el cumplimiento de lo ordenado por la sentencia definitiva.”*

Considerando sexto: *“Que, de acuerdo al Auto Acordado de esta Corte sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, el recurso de apelación sólo se contempla como medio de impugnación de la sentencia que resuelve o decide el recurso y de la decisión que lo declara inadmisibile, en cuyo caso procederá la apelación en carácter subsidiario de la reposición. En este orden de ideas, aquella providencia que condena o exime del pago de las costas no forma parte de la sentencia definitiva, de modo que no comparte la naturaleza jurídica de ninguna de aquellas que el mencionado Auto Acordado hace apelables, lo cual torna el arbitrio en inadmisibile.”*

Considerando séptimo: *“Que lo anterior se ve confirmado por la circunstancia que el*

*numeral 11 del Auto Acordado, precedentemente aludido establece que tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, cuando lo estimen procedente, podrán imponer la condena en costas, sin que se establezca respecto de la decisión de la Corte de Apelaciones la procedencia de recursos.”* ([Volver](#))

**4.- Caso Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Opti Store SpA respecto de la parte final del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario. Rol N° 5.106-18. Tribunal Constitucional. 25 de junio de 2019.**

**Hechos del caso:** Refiere la actora que, al tratarse de un establecimiento de salud, realiza actividades propias con la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud visual las personas, conforme la normativa del Libro Sexto del Código Sanitario y el Reglamento de Ópticas de 1985, del Ministerio de Salud. Al tratarse de un establecimiento de óptica, indica que éste trata a personas con disfunciones visuales. Comenta que es dueña de un establecimiento de salud consistente en una sala de venta de lentes ópticos que se ubica en la comuna de Melipilla, cuya instalación y funcionamiento fue autorizado por Res. Ex. de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana. Agrega que colaborando con el restablecimiento de la salud visual de la población de Melipilla, y en atención a la falta de especialistas autorizados a

realizar exámenes visuales en dicha zona, en enero de 2016 informó a la autorizada sanitaria de un cambio en la planta física del establecimiento, con indicación de que sería reducida la superficie a una determinada área del inmueble, dado que la otra parte fue destinada a la instalación de una consulta profesional de optometría, a cargo de un optómetra, quien entregó atenciones relacionadas con la detección y compensación de los vicios de refracción a todos los pacientes que le consultaron. Pero, refiere que en agosto de 2016 funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana se apersonaron en el lugar, levantando acta en que se reprochó esta situación, dando origen a un expediente sumarial, situación repetida en noviembre del mismo año. No obstante sus descargos, agrega que, dictándose sentencia sanitaria, le fue aplicada multa y un plazo perentorio de 10 días corridos luego de la notificación, a efectos de que acredite haber regularizado la separación física del área de ventas del área de optometría y de la sala de contactología, bajo apercibimiento legal en caso de incumplimiento. A esta decisión dedujo reclamación judicial, tramitada actualmente ante el 8° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago.

**Fundamento:** Considerando quinto: *“Sin perjuicio de que son varias las vulneraciones alegadas en el requerimiento, la interrogante fundamental de relevancia constitucional dice relación con la compatibilidad de la norma impugnada con la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 19, N° 2°, de la*

Constitución: *“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.* Dicho de otra manera, el dilema puede expresarse así: *¿existe una justificación que sustente racionalmente una diferencia legal de trato en virtud de la cual la utilización conjunta o no de un mismo recinto físico determina la prohibición o no del desarrollo de dos actividades lícitas y con funciones expresamente reconocidas por el ordenamiento jurídico, como son, por un lado, las de recepción y despacho de recetas en que se prescriben lentes con fuerza dióptrica -realizados por establecimientos de óptica- y, por el otro, las de evaluación de vicios de refracción ocular y prescripción de lentes ópticos correctivos -efectuadas por médicos o tecnólogos médicos con mención en oftalmología- según si utilizan o no el mismo recinto físico?”*

Considerando sexto: *“Este Tribunal considera que no existe tal justificación y que, por lo tanto, la aplicación de la disposición legal objetada infringe la prohibición constitucional aludida, tal como se declaró, en su oportunidad, en las STC Roles N°s 3519 y 3628 de 2018, cuya argumentación seguiremos en lo esencial.”*

Considerando séptimo: *“Identificación de diversas diferenciaciones que derivan del precepto impugnado. El precepto legal impugnado establece una incompatibilidad absoluta para el ejercicio de dos actividades en un mismo lugar físico. Por lo mismo, la norma tiene como destinatario no sólo a los establecimientos de óptica, sino también a los profesionales médicos y tecnólogos médicos*

*vinculados -se entiende- al área de la oftalmología. La distinción principal que hace la disposición legal es entre el ejercicio de profesiones médicas o de tecnología médica al interior de establecimientos ópticos y afuera de éstos. Una segunda diferenciación de trato que se deriva de la norma legal objetada es aquella que aparece al contrastarla con lo regulado respecto de otras especialidades y establecimientos del área de la salud.”*

Considerando octavo: *“Acerca del grado de estrictez con que han de evaluarse las razones que justificarían la diferencia de trato. Todo precepto legal al hacer distinciones efectúa clasificaciones, las cuales deben configurarse de forma tal que no pugnen con criterios de racionalidad, los cuales pueden ser menos o más exigentes. Si bien las normas legales tienen una vocación de generalidad, lo que tiene algún reconocimiento en el artículo 63, N° 20 de la Constitución, no está vedada la posibilidad de que leyes concretas favorezcan o graven a grupos específicos. Sin que signifique una regla absoluta, se debe tener presente, no obstante, que mientras más acotada es la categoría que será objeto del trato diferente, más y mejores deben ser las razones que han de ser ofrecidas para justificar el sesgo. Del mismo modo, la justificación requerida para consagrar diferencias basadas en normas que establezcan prohibiciones en términos absolutos debe ser más poderosa o exigente que regulaciones menos intrusivas. Lo recién manifestado puede servir de base para sostener que en este caso corresponde evaluar la fortaleza de la justificación de la diferenciación legal de una manera exigente. No obstante lo anterior, y tal como se explicará, no es*

*necesario aplicar un estándar de valoración estricto para concluir que se está en presencia de una diferenciación legal carente de razonabilidad y, por lo mismo, arbitraria.”*

*Considerando noveno: “La ausencia de justificación racional suficiente de la norma legal analizada comienza a quedar al descubierto si se revisa la historia de la ley de las diferentes modificaciones sobre el particular, la cual es escasa, errática e inespecífica. Escasa, porque a diferencia de lo sostenido por el Consejo de Defensa del Estado, solo consta en el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, en el primer trámite constitucional, que la norma impugnada nace a raíz de una indicación para agregar “al final del inciso segundo [del artículo 126] una oración que prohíbe instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en los establecimientos de ópticas”. (Historia de la Ley N° 20.724, p. 152). Erráticas e inespecíficas, porque las justificaciones posteriores a la inclusión de esta oración, vertidas tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, hacen referencia a evitar la “integración vertical” entre ópticas y tecnólogos médicos con mención en oftalmología, pero sin indicar la forma en que se produciría esta denominada “integración”, cuál sería el efecto beneficioso para los pacientes de esta prohibición en comparación con sus costos, o por qué la incidencia del riesgo que se busca evitar es mayor en el caso de las ópticas y no en otras actividades económicas del área de la salud.”*

*Considerando décimo: “Asumiendo que el origen o explicación de las diferencias de*

*trato se deben no a la presión de grupos de interés intentando satisfacer-en todo o en parte- un interés privado, sino a razones de interés público, es menester identificar -si es que es posible- la racionalidad del vínculo entre la finalidad buscada, el medio o “solución” que la ley establece y la clasificación que la ley hace para determinar la agrupación de sujetos a quienes va dirigida la norma.”*

*Considerando duodécimo: “Atendiendo, en primer lugar, a la vinculación entre la finalidad recién mencionada y el medio o solución dispuesto en la oración final del inciso segundo, del artículo 126 del Código Sanitario cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿qué relevancia o incidencia puede tener para solucionar un eventual problema de sobre-indicación de lentes ópticos (con efectos negativos en la salud pública) la existencia de una separación física, la cual incluso podría cumplirse funcionando en un recinto distinto pero aledaño? Este Tribunal ha afirmado en las dos causas anteriores y lo vuelve confirmar ahora, que el medio es irrelevante para la consecución de la finalidad invocada. En efecto, “si esa fuera la razón. el medio elegido por el legislador sería inidóneo para tal propósito. Si todo lo que se exige al legislador, bajo un estándar poco exigente de evaluación es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que pueden sustentarse por medio de la argumentación racional, no se ve cómo puede cumplirse, en este caso, dicho estándar. No existe conexión racional mínimamente cercana entre medio y fin”. La falta de congruencia resulta notoria. A modo*

*ilustrativo considérese la siguiente situación. Por un lado, se supone problemática (digno de prohibición) la cercanía física (hay cercanías físicas no prohibidas) entre un centro médico, un establecimiento óptico y el público que concurre a comprar lentes ópticos. Por el otro, sin embargo, la ley acepta como no problemático que un optómetra o un médico ejerza bajo subordinación y dependencia de una empresa de óptica e, incluso, que éste se desempeñe en una ubicación muy próxima a dicho tipo de establecimiento, pero separada físicamente. Si se aplicara un escrutinio estricto respecto de la justificación de la diferenciación legal analizada, la arbitrariedad sería igual o más patente. Quizás el adjetivo apropiado para calificarla sería de "absurda". Nos parece que es suficientemente sugerente plantear el test a modo de pregunta: ¿es la prohibición del artículo 126 del Código Sanitario la única manera de evitar el pretendido problema de abuso derivado de una identificación entre ejercicios profesionales y actividades de venta?"*

Considerando décimo tercero: *"En consideración, ahora, a la diferenciación de trato que aparece al contrastar la prohibición legal objetada con lo regulado respecto de otras especialidades y establecimientos del área de la salud, cabe concluir que la clasificación de los sujetos destinatarios de la norma de aquellos excluidos también resulta arbitraria. En el área de la salud no existe otra disposición análoga a la objeto de cuestionamiento. No existe, por ejemplo, norma expresa que prohíba a los cirujanos dentistas prescribir tratamientos dentales cuyos insumos se adquieran u obtengan en el mismo recinto en*

*que se realiza la atención. Igualmente, no existe norma que prohíba a los médicos cirujanos la prescripción de exámenes, prótesis, prótesis o intervenciones quirúrgicas que se vendan en el mismo recinto en el cual mantienen su consulta. En efecto, la manera de hacer frente al propósito declarado como finalidad es muy diferente, en su modalidad e intensidad, a la prevista por el mismo Código Sanitario para los otros establecimientos y profesiones del área de la salud. A modo ilustrativo, el artículo 120 del Código Sanitario contempla una norma general para evitar conflictos de interés aplicables a los profesionales del área de la salud y que descansa en un mecanismo de autorregulación gremial con base en la preservación de la ética profesional." (Volver)*

## II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

**1.- Contraloría General de la República, Chile, bonos de retiro, bonificación adicional, bonificación ley 20996, requisitos, postulación exfuncionario, dictamen N° 16.858, de 21 de junio de 2019.**

**Hechos del caso:** La Subsecretaría de Educación solicita la reconsideración del dictamen N° 3.416, de 2018, de CGR, que se pronunció acerca de la posibilidad de que don Jaime Cofré Díaz, ex funcionario de la Universidad de Chile, pudiera postular a un cupo de la bonificación adicional por retiro que contempla la ley N° 20.996. Como cuestión previa, cabe recordar que a través del citado

pronunciamiento la CGR determinó que el interesado -que, en lo pertinente, había cumplido los 65 años de edad el 19 de julio de 2016, y había cesado en su cargo de auxiliar de servicios de la referida casa de estudios superiores el 5 de abril de 2017-, no debía desistirse de su dimisión para acceder al bono previsto en el artículo 1 de la ley N° 20.996, pudiendo impetrarlo “dentro del primer periodo que fije el reglamento que debe dictarse para tales efectos”. Esto último, por cuanto ese dictamen consideró que la normativa que debía establecer el o los plazos de postulación a los cupos y el procedimiento para obtener el señalado beneficio, aún no había sido dictada.

**Fundamento:** *“Sobre el particular, es dable anotar que el inciso primero del artículo 1 del precitado texto legal concede una bonificación adicional, de cargo fiscal, al personal no académico ni profesional de las universidades del Estado, que perciba el beneficio compensatorio del artículo 9 de la ley N° 20.374, que entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2024 haya cumplido o cumpla 65 años de edad, en el caso de los hombres, y verifique los demás requisitos establecidos en esa ley. El artículo 5 de esa normativa agrega, en lo que interesa, que para acceder al señalado emolumento los funcionarios deberán postular en su respectiva institución empleadora en los plazos que fije el reglamento, comunicando su decisión de renunciar voluntariamente. En ese contexto, el artículo 13 del referido texto legal preceptúa que “Un reglamento dictado por el Ministerio de Educación y suscrito también por el Ministerio de Hacienda, determinará el*

*o los periodos de postulación a los cupos de los beneficios de la presente ley, pudiendo establecer plazos distintos según la fecha en que los funcionarios cumplan los requisitos correspondientes”. Precisado lo anterior, resulta necesario hacer presente que el artículo primero transitorio de la ley N° 20.996 establece que los ex funcionarios no académicos ni profesionales de las universidades del Estado podrán acceder a la bonificación del artículo 1, siempre que, entre otras condiciones, hayan renunciado voluntariamente a su cargo o al total de horas que servían, entre el 1 de enero de 2015 y el día anterior a la fecha de publicación de esa ley -9 de febrero de 2017-; hayan percibido el bono compensatorio del artículo 9 de la ley N° 20.374, y hayan cumplido durante las fechas mencionadas, los 65 años de edad, en el caso de los hombres. Esa disposición añade que el referido ex personal deberá postular a un cupo de esa prestación ante su ex empleador dentro del primer periodo que fije el reglamento. En ese orden de ideas, procede destacar que el dictamen N° 3.416, de 26 de enero de 2018, consideró que la situación del señor Cofré Díaz -que, cesó sus servicios el 5 de abril de 2017-, se encontraba regulada en esta última disposición, correspondiéndole solicitar el beneficio del artículo 1 de la ley N° 20.996 dentro del primer periodo que fijara el reglamento debía dictarse. Sin embargo, y tal como lo señala la entidad recurrente a ese entonces, ya se había emitido el decreto N° 200, de 2017, del Ministerio de Educación, cuyo artículo 7, letra a), establecía, como primer periodo de postulación, el plazo que medió entre el 2 de diciembre de 2017- data de*

*entrada en vigencia de ese texto normativo- y el 22 de diciembre de ese año, sin decir nada respecto de aquellos servidores que, precisamente, hicieron efectivas sus dimisiones entre el 10 de febrero de 2017 -fecha de publicación de la ley N° 20.996- y el 1 de diciembre de dicha anualidad. En relación con el primer punto expuesto, corresponde mencionar que de los antecedentes tenidos a la vista aparece que el ex funcionario en comento solicitó a la Universidad de Chile la asignación de un cupo para obtener la aludida bonificación el 12 de diciembre de 2017. A continuación, y respecto del hecho de que el citado reglamento hubiera excluido del beneficio a los ex empleados que cesaron sus labores con anterioridad a la data de su emisión, procede tener en cuenta que de la historia del establecimiento de la ley N° 20.996 se advierte que la intención del legislador fue la de mejorar las condiciones de egreso del personal de carrera no académico ni profesional de las universidades del Estado, que se encuentre afiliado al sistema de pensiones establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980, que haya cumplido o cumpla 65 años de edad, en el caso de los hombres, entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2024 y perciba el bono compensatorio del artículo 9 de la ley N° 20.374, con el fin de prolongar y dar continuidad al beneficio adicional que regulaba anteriormente la ley N° 20.807, en similares términos. De este modo, y a la luz del criterio contenido, entre otros, en el dictamen N° 6.306, de 2011, de este origen, el que manifiesta que el objeto de las prestaciones de incentivo al retiro, como la de la especie, es el de favorecer al mayor número*

*de servidores que cumplan los requisitos establecidos en su respectiva normativa legal, el que no puede verse limitado por el hecho de que algunos funcionarios renuncien en una fecha no prevista por su reglamento, y más aún si con ello tampoco se excede el plazo máximo establecido por el legislador para cesar en funciones, cabe concluir que procede conceder el bono en estudio a aquellos que, como el señor Cofré Díaz, cesaron sus servicios entre el 10 de febrero y el 1 de diciembre de 2017. Sostener lo contrario implicaría el ilógico de determinar que tendrían derecho a ese beneficio todo el personal que cumpla con los requisitos señalados en el artículo 1 de la ley N° 20.996, salvo aquellos que hicieron dejación de sus empleos durante el periodo precedentemente expuesto, a pesar de cumplir con las mismas exigencias y sin que exista un texto legal expreso que permita tal exclusión. En consecuencia, con el mérito de lo expuesto y teniendo presente que, como se indicó, el interesado solicitó la bonificación adicional de la ley N° 20.996 dentro del periodo establecido por su respectiva normativa reglamentaria, es dable establecer que este se encuentra habilitado para participar en el primer proceso de postulación que regula el decreto N° 200, de 2017, del Ministerio de Educación, en la medida, por cierto, que cumpla con las demás condiciones exigidas al efecto.” ([Volver](#))*

**2.- Contraloría General de la República, Profesionales funcionarios, becas, programa de especialización, reincorporación, pago de estipendios, error de la administración, dictamen 16.860, de 21 de junio de 2019**

**Hechos del caso:** La Contraloría Regional de La Araucanía remite a CGR presentación de don Hermann Klenner Muñoz, médico cirujano y becario del “Programa de Especialización en Cirugía General” de la Universidad de Concepción, quien solicita el pago de las licencias médicas que indica y consulta si le correspondió percibir remuneraciones de diciembre de 2017 a marzo del año 2018, periodo en el que fue eliminado del programa de especialización que cursa en la anotada casa de estudios.

**Fundamento:** *“Sobre el particular, el inciso primero del artículo 43 de la ley N° 15.076 dispone, en lo que interesa, que los servicios de salud y las universidades del Estado o reconocidas por éste, podrán otorgar becas destinadas, entre otras, al perfeccionamiento de una especialidad médica. Por su parte, el artículo 1° del decreto N° 507, de 1990, del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento de becarios, en su texto vigente a la época de la firma del respectivo convenio, establecía que la beca es el mecanismo o forma de financiamiento proporcionado por una entidad de las señaladas en el artículo 43 de la ley N° 15.076, destinado al perfeccionamiento o especialización de profesionales. Enseguida, el artículo 2°, inciso segundo, del mismo reglamento agregaba que el incumplimiento de las obligaciones docentes asistenciales o administrativas que corresponden a los profesionales becarios del Sistema Nacional de Servicios de Salud, que conste en antecedentes calificados debidamente evaluados por la autoridad superior correspondiente, dará lugar a que el Subsecretario de Salud o el*

*Director del Servicio de Salud, en su caso, ponga término a la beca mediante resolución fundada. Luego, el artículo 15 del mencionado texto normativo agrega que, en el evento de licencia médica por enfermedad, el becario tendrá que avisar dicha circunstancia al representante de la Facultad de Medicina o de Odontología o de Ciencias Químicas y Farmacéuticas o del órgano formador respectivo, en su caso, y al director del establecimiento asistencial en el que se desempeñe. Enseguida, continúa indicando que el centro formador respectivo, en su caso, podrá fijar los plazos de recuperación del programa en acuerdo con el Subsecretario de Salud o con el Director de Servicio de Salud correspondiente, autoridad que dispondrá la prórroga del período de beca por el tiempo así fijado, agregando que durante el período de duración de la licencia el becario percibirá el estipendio o subsidio que corresponda, en los mismos términos que los profesionales funcionarios regidos por la ley N° 15.076. Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista aparece que el recurrente hizo uso de licencia médica de forma ininterrumpida, entre el 31 de julio y el 12 de diciembre de 2017. Asimismo, aparece que la Universidad de Concepción, con fecha 12 de septiembre de 2017, informó al Director del Servicio de Salud Araucanía Norte que se acordó la eliminación del doctor Klenner Muñoz del respectivo programa de especialización, señalando las faltas reglamentarias en las que habría incurrido. A raíz de lo anterior, el anotado director, a través del oficio ordinario N° 1.746, de 18 de octubre de 2017, le comunicó al interesado que procedía aplicar las*



sanciones establecidas en la ley y el reglamento ante su incumplimiento y que disponía de un plazo de 8 días para presentar por escrito lo que estimare pertinente a su derecho, ante lo cual éste informó que había apelado a la decisión de la universidad encontrándose en espera de su resolución. Luego, el 26 de diciembre de 2017, dicha universidad le comunicó al recurrente que se había reconsiderado la medida por la cual fue eliminado de esa casa de estudios, atendida la ambigüedad de los fundamentos de tal decisión y de su condición médica, que le permitía reasumir sus estudios, por lo que se aceptó su reintegro al programa de Cirugía General a contar del 1 de marzo de 2018. De lo anterior, se advierte que el recurrente se vio impedido de ejecutar regularmente su especialización por su estado de salud, el que redundó en las diversas licencias médicas que fueron expedidas por su médico tratante y también por un error de la universidad, ambas circunstancias ajenas a su voluntad. En este aspecto, es dable hacer presente lo concluido en la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 51.861, de 2015 y 18.481, de 2018, de este origen, según los cuales la Administración no puede perjudicar a quienes han actuado de buena fe, siguiendo las orientaciones e instrucciones que esta les imparta, pero que, por un hecho ajeno a su voluntad, se vean privados de un derecho que, conforme al ordenamiento jurídico legítimamente les hubiese correspondido. Atendido lo expuesto, es preciso concluir que el Servicio de Salud Araucanía Norte debe pagar al señor Klenner Muñoz, todos los estipendios que no le hubieren sido enterados desde octubre de 2017 al 1 de marzo de 2018,

informando de ello a la Contraloría Regional de La Araucanía, dentro del plazo de 15 días hábiles, contado desde la recepción del presente oficio.” ([Volver](#))

### **3.- Contraloría General de la República, Protección a la maternidad, permiso postnatal parental, media jornada, subsidio, error de la administración, dictamen N° 16.861, de 21 de junio de 2019**

**Hechos del caso:** La Agencia de Calidad de la Educación solicita a CGR un pronunciamiento que determine desde cuando debió conceder el permiso postnatal parental, en su modalidad de media jornada, a su funcionaria, doña Natalia Riquelme Rodríguez, quien, a través de la sentencia de 9 de agosto de 2017, del Juzgado de Familia de San Bernardo, obtuvo el cuidado personal de una menor de más de seis meses de edad.

**Fundamento:** “Precisado lo anterior, es del caso hacer presente que el numeral 2.3 del Capítulo II de la Circular N° 2.777, de 2011, de la Superintendencia de Seguridad Social, modificado por el numeral 13 de la Circular N° 2.790, del mismo año y origen, señala que tratándose de trabajadores que no hayan hecho uso del permiso de doce semanas previsto en el artículo 200 del Código del Trabajo, estos deberán solicitar el beneficio del permiso postnatal parental y su correspondiente subsidio ante su empleador, una vez que el tribunal dicte la respectiva resolución judicial, acompañando un certificado del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado del menor como medida de protección o en virtud de lo

previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620. “Dicho permiso deberá ser solicitado, a lo menos, 10 días antes de la fecha en que el trabajador o trabajadora hará uso del permiso, indicando la fecha y la modalidad de uso del permiso postnatal parental elegida.” Ese numeral establece, además, que tratándose de trabajadoras o trabajadores que no tuvieron derecho al permiso y subsidio de doce semanas establecido en el artículo 200 del Código del Trabajo, por haberse hecho cargo del menor con posterioridad a la fecha en que este cumplió los seis meses de edad, para la determinación del subsidio por permiso postnatal parental se aplicará lo dispuesto en el artículo 8° del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, o en los incisos segundo y siguientes del artículo 152 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, según sean trabajadores dependientes o independientes, entendiéndose como fecha de “inicio de la licencia” aquella que corresponda al “inicio del permiso postnatal parental”, agregándose que el subsidio se devengará a contar de la fecha del inicio del permiso postnatal parental. Como se puede advertir, la funcionaria o funcionario del sector público que se ha hecho cargo de un menor de más de seis meses de edad en las circunstancias descritas, podrá gozar del permiso postnatal parental a que se refiere el artículo 197 bis del Código del Trabajo, el que podrá extenderse por dieciocho semanas, en la medida que haya solicitado mantener sus labores por la mitad de la jornada. Para dichos efectos, la o el servidor deberá avisar a su entidad empleadora, con una anticipación de, por lo menos, diez días, la fecha en que hará

uso de ese beneficio y de la modalidad del mismo, acompañando una declaración jurada de tener bajo su tuición o cuidado personal al causante del beneficio, así como un certificado del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620. Así las cosas, cabe concluir que, tal como lo sostiene la Superintendencia de Seguridad Social, el inicio del periodo postnatal parental debe ser contabilizado desde la data indicada por el funcionario para el ejercicio de este derecho, la que debe ser fijada, a lo menos, diez días después del aviso respectivo, no resultando, del caso, aplicar lo concluido por el dictamen N° 61.043, de 2016, de este origen, toda vez que este se refiere al cómputo de una prestación distinta del permiso postnatal parental. Ahora bien, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista aparece que la señora Riquelme Rodríguez solicitó el beneficio en análisis el 15 de septiembre de 2017, para ser iniciado diez días después, en su modalidad de media jornada, razón por la cual su permiso postnatal parental debió iniciarse el 25 de septiembre de ese año y extenderse hasta el 28 de enero de 2018 y no hasta el 12 de diciembre de 2017, como ocurrió, por la información que le suministró la Agencia de Calidad de la Educación. Ante estas consideraciones, es dable afirmar que la funcionaria en comento no pudo disfrutar de la totalidad de su beneficio, atendida la equivocación en que incurrió su superioridad, anomalía que configura una justa causa de error en los términos establecidos, entre otros, en el dictamen N° 3.924, de 2016, de esta Entidad Fiscalizadora,

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*la que no le puede provocar un perjuicio, ya que actuó de buena fe y con el convencimiento de haber obrado legítimamente. En consecuencia, con el mérito de lo expuesto, procede que la entidad recurrente regularice la situación de la afectada y le conceda, desde la recepción del presente dictamen, el periodo de descanso, por media jornada, que le haya faltado para completar el lapso de dieciocho semanas que contempla el artículo 197 bis del Código del Trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que teniendo presente lo dispuesto por el artículo 12 de la ley N° 18.196, la Agencia de Calidad de la Educación deberá llevar a cabo las medidas que sean necesarias para obtener del Fondo Nacional de Salud o de la institución de salud previsional pertinente, el subsidio que le corresponda por la funcionaria, por el tiempo que esta ejerza su derecho al permiso postnatal parental, de conformidad con lo señalado en el párrafo precedente.” ([Volver](#))*

#### **4.- Contraloría General de la República, Ejército, personal regido por el Código del Trabajo, causales término de servicios, pago indemnizaciones, dictamen N° 16.930, de 24 de junio de 2019**

**Hechos del caso:** Se dirige a Contraloría General el señor Alfonso Latorre Cárdenas, extrabajador del Comando de Bienestar del Ejército, regido por el Código del Trabajo, impugnando que su cese se haya dispuesto por las causales establecidas para los funcionarios civiles de las Fuerzas Armadas y no por aquellas contenidas en el referido cuerpo legal.

**Fundamento:** “En este sentido, es útil agregar que en el dictamen N° 4.348, de 2007, esta Contraloría General señaló, en lo que importa, que pueden volver al régimen de la aludida Caja, solo los pensionados que, reingresando al servicio, no hubieren optado previamente por el sistema del decreto ley N° 3.500, de 1980, pues en tal caso quedan sujetos íntegramente a este texto legal, no pudiendo retornar a la antedicha Caja de Previsión, a menos, por cierto, que adquieran nuevamente alguna de las calidades a que se refiere el artículo 1° de la citada ley N° 18.458, lo que no sucedió en la situación del afectado. Lo anterior, pues en los antecedentes tenidos a la vista, consta, por una parte, que al señor Latorre Cárdenas se le concedió pensión de retiro -a través de la resolución N° 263, de 2009, de la ex Subsecretaría de Guerra, por sus desempeños en el Ejército, hasta el día 28 de febrero de esa anualidad- y, por la otra, que el 1 de agosto de 2013, aquel fue contratado en el referido Comando de Bienestar, acorde con las normas del Código del Trabajo, encontrándose, desde el 1 de septiembre de 2009, incorporado al sistema regulado por el decreto ley N° 3.500, de 1980. De esta manera, entonces, si bien el petionario posee la calidad de pensionado, durante su desempeño en el Comando de Bienestar del Ejército, regido por la normativa del aludido Código, no mantuvo su afiliación al régimen de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, requisito que, como ya se expresó, se ha fijado como necesario para que el cese de este tipo de empleados se disponga por las causales propias de las Fuerzas Armadas. A mayor abundamiento, resulta necesario recordar, tal como se indicó en el oficio N°

15.891, de 2018, de este origen, que los dictámenes Nos 36.036 y 87.356, de 2016, de esta procedencia, que cita esa institución castrense, analizan el caso excepcional de exfuncionarios que, tras pensionarse, cumplieron funciones sujetos al Código Laboral sin haberse afiliado previamente al sistema regulado por decreto ley N° 3.500, de 1980, razón por la cual pudieron cotizar válidamente en la Caja de Previsión de la Defensa Nacional. En ese contexto, tales funcionarios debieron cesar por las causales propias de los empleados civiles de las Fuerzas Armadas, conclusión que no es aplicable al caso del recurrente, por cuanto al ingresar al citado Comando de Bienestar ya se encontraba afiliado al sistema regulado por decreto ley N° 3.500, de 1980, razón por la cual el término de los servicios que prestó sujeto al Código del Trabajo, debe regirse por las reglas propias de este último cuerpo normativo. Puntualizado lo anterior, cabe destacar que el artículo 161 del Código del Trabajo, indica, en lo que importa, que el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicios, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. Luego, según lo previsto en el inciso cuarto del artículo 162 del referido Código Laboral, cuando el empleador invoque la precitada causal, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá

esa anticipación cuando se pague al funcionario una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. Por su parte, el inciso primero del artículo 163 del aludido texto laboral, dispone que si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que esta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso segundo del mismo precepto, el cual determina que a falta de la mencionada estipulación, se deberá pagar al funcionario un resarcimiento equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de labores y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador, con un límite máximo de trescientos días de emolumentos, es decir, once meses. Pues bien, de los antecedentes tenidos a la vista, aparece que en la notificación de término de contrato de trabajo efectuada al ocurrente, con fecha 31 de diciembre de 2018, el Comando de Bienestar del Ejército invocó como fundamento razones de nueva reestructuración y racionalización que había puesto en marcha por aplicación de restricciones presupuestarias, las cuales solo pueden enmarcarse en la causal contemplada en el citado artículo 161 del Código del Trabajo. En consideración a lo expuesto, corresponde que el Comando de Bienestar del Ejército ponga término al vínculo laboral del señor Alfonso Latorre Cárdenas, por la causal contemplada en el artículo 161 del Código del

*Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, y le pague las indemnizaciones que correspondan, de lo que deberá informar a este Órgano Contralor en el plazo de 30 días hábiles contado desde la recepción del presente oficio. Finalmente, se ha estimado útil recordar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la resolución N° 6, de 2019, de este origen, el acto administrativo mediante el cual el Comando de Bienestar del Ejército disponga el término del contrato del recurrente, se encuentra exento de toma de razón y deberá ser remitido, a esta Entidad de Control, para su registro.” ([Volver](#))*

### **5.- Contraloría General de la República, Relac, Senapac, transferencia recursos, ejecución proyectos, administración de fondos, tratamiento extrapresupuestario, dictamen N° 17.029, de 24 de junio de 2019**

**Hechos del caso:** Se dirige a Contraloría General el Subsecretario (s) del Ministerio de Relaciones Exteriores solicitando autorización para la percepción y uso, bajo el sistema de “Administración de Fondos” de los recursos contemplados en el proyecto de Convenio de Colaboración y Transferencia de Recursos entre el Servicio Nacional de Patrimonio Cultural y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

**Fundamento:** “Sobre la materia, de acuerdo con el artículo 4° del decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado, y con lo concluido, entre otros, en el dictamen N° 32.912, de 2015, de este origen,

*todas las entradas y gastos del estado deben reflejarse en el presupuesto del sector público, salvo que una disposición legal establezca lo contrario o por instrucciones de esta Entidad de Control, cuando existan fundamentos para determinar que esos aumentos o disminuciones de haberes no afectan por su naturaleza la ejecución presupuestaria al momento de su ocurrencia. Acorde al citado pronunciamiento, dicha circunstancia acaecerá cuando se trate, por ejemplo, de caudales que no tengan la calidad de ingresos propios del respectivo servicio. En este caso, los recursos a que se refiere la solicitud se encuentran contenidos en la asignación 24-03-195 del Programa 01 del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, correspondiente a la ley N° 21.125, de Presupuestos del Sector Público año 2019, cuya glosa 11 permite “celebrar convenios o contratos de cooperación con corporaciones, fundaciones u otras entidades de derecho público o privado”. Como puede apreciarse el citado texto legal ubica estos recursos dentro de aquellas transferencias directas a “Otras Entidades Públicas” (subtítulo 24 ítem 03), autorizando su reseñada glosa 11 que puedan ser destinados a otras personas jurídicas de derecho público, como acontece con las que forman parte del Gobierno Central” (subtítulo 24 ítem 02). En este contexto, el clasificador presupuestario sancionado por el decreto N° 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda, señala que solo aquellas transferencias reconocidas como gastos en el subtítulo 24 ítem 02 del organismo otorgante, y clasificadas como ingresos en el subtítulo 05 ítem 02 de la institución receptora, ingresan al presupuesto de esta*

*última para efectos de su consolidación. Por ello, considerando que en este caso el indicado supuesto no se cumple, pues, como se viera, es la propia ley de presupuestos la que, por una parte, ha ubicado los caudales de que se trata en la asignación 24-03-195, y por la otra, ha autorizado su transferencia a órganos del “Gobierno Central”, es que dichos recursos pueden operarse a través de una cuenta extrapresupuestaria. En tal sentido, es dable precisar que al manejarse como “Fondos en Administración”, los citados haberes deben ser reconocidos como un gasto presupuestario en el organismo que los entrega, sin afectar el presupuesto del que los recibe De conformidad con lo expuesto, procede que los caudales de la*

*especie se administren en la cuenta extrapresupuestaria requerida, en la medida que se materialice el convenio de colaboración y transferencia de recursos entre ambas entidades públicas. Lo anterior, no obsta a la fiscalización que a este respecto corresponde a esta Contraloría General en el ejercicio de sus atribuciones. Finalmente, cabe señalar que los recursos de que se trata deben ser registrados y controlados a través del procedimiento contable C-03 –fondos administrados por entidades públicas que no los incorporan a su presupuesto–, incluido en el Manual de Procedimiento Contables para el Sector Público, aprobado mediante el oficio circular N° 96.016, de 2015, de este origen.” ([Volver](#))*