

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N° 70

Semana del 14 al 28 de septiembre

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º, inciso segundo, y 21, N° 1º, letra b) de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública y respecto del artículo 2º, letra g), de la Ley N° 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°4785-2018
Resumen	La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige como presupuesto básico la existencia de un conflicto de constitucionalidad, es decir, que concurra una precisa contradicción entre la Carta Fundamental y aplicación de una disposición legal que resulte decisiva para la resolución de una determinada gestión judicial y, por lo tanto, que no recaiga en un problema de interpretación legal. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	12 de septiembre de 2019	

Caso	"Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "sin ulterior recurso", contenida en el inciso tercero del artículo 55 de la Ley N°19.995, que Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°5225-2018
Resumen	La expresión "sin ulterior recurso" en el caso concreto infringe el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, produciendo una falta al deber de tutela judicial efectiva y al debido proceso, este último específicamente en su elemento del derecho al recurso, vulneración que causa una diferencia al no existir igualdad de armas. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	12 de septiembre de 2019	

Caso	"Consejo de Defensa del Estado contra Ministras señoras Marisol Rojas y Gloria Solís y Abogado Integrante señor Jorge Norambuena."	
------	--	--

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Tribunal	Corte Suprema	Rol N°4179-2019
Resumen	Es secreta la información relacionada con las plantas o dotaciones de las Fuerzas Armadas. La información relativa a la nómina de expedientes de retiro enviados y tramitados por el Hospital Clínico de la FACH a la División de Recursos Humanos del Comando de Personal desde el año 2000 a la fecha, de los empleados que señala, con indicación de su grado o condición, nombre completo, profesión, fecha de ingreso, fecha de retiro, años de servicio, cargo y puesto, y cuántos de estos ex funcionarios han sido recontractados, señalando el motivo de la recontractación, es secreta, pues queda comprendida dentro del concepto de dotación de las Fuerzas Armadas. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	23 de septiembre de 2019	

Caso	"López Sandoval con Google Chile Limitada y otros."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°5493-2019
Resumen	El derecho al olvido puede entrar en conflicto con el derecho a la información siendo el criterio del tiempo el mas adecuado para su ponderación. En el caso concreto, el lapso de tiempo entre las publicaciones y su actualización es insuficiente para estimar que una noticia de interés público haya devenido en intrascendente debiendo otorgar preminencia el derecho a la información. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	23 de septiembre de 2019	

Caso	"Fasa Chile S.A. con Instituto de Salud Pública de Chile"	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°1471-2018
Resumen	La modificación del artículo 100 del Código Sanitario no modifica el núcleo central de la conducta descrita y no produce una alteración a la conducta sancionada por lo que no infringe el principio de reserva legal. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	24 de septiembre de 2019.	
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°36.107-2017,14.12.2017	

Caso	"Cament Hormazábal Con Subsecretaria de Salud Pública"	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°8180-2019
Resumen	Faltando pocos días para completar diez años en el cargo a contrata, se generó la confianza legítima de mantenerse vinculada a la Administración, de modo tal que la relación estatutaria solo puede terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o una	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

	calificación anual. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	24 de septiembre de 2019
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°12.294-2019, 11 de septiembre de 2019; CS, Rol N°12.309-2019, 11 de septiembre de 2019; CS, Rol N°9.928-2019, 26 de agosto de 2019; CS, Rol N°8396-2019, 12.08.2019; CS, Rol N°8298-2019, 8 de agosto de 2019, Gaceta N°64; CS, Rol N°8.845-2019; Gaceta N°63; CS, Rol N°11.391-2019, 31 de julio de 2019; CS, Rol N° 8.390-2019, 9 de julio de 2019; Gaceta N°60; CS, Rol N° 3.886-2019, 16 de abril de 2019, Gaceta N° 48; CS, Rol N° 5.305-2019, 16 de abril de 2019; CS, Rol N° 22.161-2018, 11 de marzo de 2019, Gaceta N° 43; CS, Rol N° 29.756-2018, 7 de marzo de 2019, Gaceta N° 42; CS, Rol N° 28.466, 28 de enero de 2019, 28 de enero de 2019, Gaceta N° 40; CS, Rol, N° 24.884-2018, 7 de enero de 2019, Gaceta N° 37; CS, Rol N° 19.009-2018, 2 de enero de 2019, Gaceta N° 36; CS, Rol N° 22.059-2018, 4 de diciembre de 2018, Gaceta N° 32; CS, Rol N° 16.868-2018, 27 de septiembre de 2018, Gaceta N° 22; CS, Rol N° 3.711-2018, 13 de julio de 2018, Gaceta N° 12.

Caso	“Fernández Loncón con Subsecretaria del Interior”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°9176-2019
Resumen	En régimen estatutario a contrata la autoridad se encuentra legalmente facultada para no renovar los servicios, pues su principal característica es la precariedad de su duración supeditada a las necesidades temporales de la entidad administrativa. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	24 de septiembre de 2019	
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°8831-2019, 11 de septiembre de 2019; CS, Rol N°9.587-2019, 11 de septiembre de 2019; CS, Rol N°8.832-2019, 11 de septiembre de 2019; CS, Rol N°6.834-2019, 1 de julio de 2019; CS, Rol N°6.800-2019, 29 de abril de 2019, Gaceta N°50; CS, Rol N° 6.849-2019, 29 de abril de 2019; CS, Rol N° 2.325-2019, 1 de abril de 2019, Gaceta N° 46; CS, Rol N° 32.983-2018, 25 de marzo de 2019, Gaceta N° 45; CS, Rol N° 26.198-2018, 21 de marzo de 2019, Gaceta N° 44; Rol N° 22.174-2018, 11 de marzo de 2019, Gaceta N° 43; CS, Rol N° 23.018-2018, 7 de enero de 2019, Gaceta N° 37; CS, Rol N° 24.943-2018, 20 de diciembre de 2018; CS, Rol N° 22.061-2018, 20 de diciembre de 2018, Gaceta N° 34; CS, Rol N° 14.868, 23 de agosto de 2018, Gaceta N° 17	

Caso	“Saez Fierro con Municipalidad de Santa Juana”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°21.195-2019

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Resumen	El requisito para acceder a la bonificación al retiro voluntario es la renuncia, y una vez verificada, la carga de su tramitación corresponde al órgano municipal y no a la diligencia en el ejercicio de los derechos que la ley le confiere al administrado. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	25 de septiembre de 2019

Caso	"Jocelyn-Holt con Municipalidad de las Condes"	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°18.721-2019
Resumen	La municipalidad actúa dentro de sus facultades al dictar la ordenanza que prohíbe fumar en parques y plazas públicas de la comuna, por tratarse de bienes nacionales de uso público que están en el territorio municipal y, en virtud de la cual, se proponen medidas tendientes al resguardo del medio ambiente y salud de la comunidad local. El municipio es estricto en limitar el espacio en que se puede fumar, acotándolo a lugares cuya cabida no permite asegurar que otras personas no se vean expuestas a la afectación de sus derechos, sin impedir dicha actividad en términos generales. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	25 de septiembre de 2019	

Caso	"Sindicato de Trabajadores Independientes, Comerciantes Ambulantes de Dulces, Pastillas, Helados y Actividades Conexas de Antofagasta con Club de Deportes Antofagasta"	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°19.686-2019
Resumen	El club deportivo incurrió en un acto arbitrario al negar al recurrente el desarrollo de sus actividades en el interior del recinto durante la realización de eventos deportivos. Por su parte, la municipalidad, al no regular las condiciones en que se deben prestar los servicios de venta en el interior del estadio, menoscaba la situación de los actores, en tanto desconoce sus derechos. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	26 de septiembre de 2019	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°24.830
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	El decreto N° 5T, de 2018, del Ministerio de Energía, que fija fórmulas tarifarias que indica, se ajusta a la normativa. No se advierten reproches acerca de la supuesta falta de fiscalización de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en relación con el cambio de medidores eléctricos y el cobro de tarifas por tal concepto, en la situación y por los motivos que se señala (Ver hechos y fundamentos del dictamen).
Fecha	12 de septiembre de 2019

Dictamen	Dictamen N°24.806
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Sobre derechos de los funcionarios que se rigen por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, cuando realizan comisiones de servicio al extranjero (Ver hechos y fundamentos del dictamen).
Fecha	12 de septiembre de 2019

Dictamen	Dictamen N°24.833
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	No se advierte impedimento para la disminución del límite urbano en el marco de la modificación de un plan regulador comunal en comunas que no cuenten con un plan regulador intercomunal o metropolitano (Ver hechos y fundamentos del dictamen).
Fecha	12 de septiembre de 2019

Dictamen	Dictamen N°24.807
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Los servidores que se han desempeñado por un año a honorarios y luego pasan a la contrata, pueden impetrar en esa condición todo el feriado del correspondiente año calendario si no hubieren gozado de él, o solo lo que les reste (Ver hechos y fundamentos del dictamen).
Fecha	12 de septiembre de 2019

Dictamen	Dictamen N°24.524
----------	--------------------------

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Licencia a que se refiere el artículo 199 del Código del Trabajo y beneficio de sala cuna en modalidad excepcional, reconocido en el dictamen N° 68.316, de 2016, comparten una misma finalidad por lo que no procede pagar este último cuando se hace uso de la anotada licencia. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	10 de septiembre de 2019

Dictamen	Dictamen N°24.509
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Tiempo de desempeño en la administración que exige el artículo 31 de la Ley N° 18.834 puede ser cumplido mediante labores a honorarios (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	10 de septiembre de 2019

Dictamen	Dictamen N°24.505
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Se encuentra en estudio la exención temporal de toma de razón de los decretos supremos que dispongan la expulsión de extranjeros. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	10 de septiembre de 2019

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º, inciso segundo, y 21, Nº 1º, letra b) de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública y respecto del artículo 2º, letra g), de la Ley Nº 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal. Tribunal Constitucional, Rol Nº 5225-2018 de 12 de septiembre de 2019.

Hechos del caso: En febrero de 2017, don Antonio Saavedra Veas, solicitó al Servicio Civil, copia de su informe de evaluación confeccionado por la empresa consultora respecto del concurso para proveer el cargo de Director Nacional del Servicio Nacional del Registro Civil e Identificación, al cual postuló sin resultar seleccionado.

El Servicio solo entregó el puntaje y denegó la entrega del informe, atendido que el inciso cuarto del artículo quincuagésimo quinto de la Ley Nº 19.882, sobre nueva política de personal a los funcionarios públicos, señala la confidencialidad de los antecedentes de un proceso de selección, lo que incluye el informe antedicho, desde que son confidenciales "las opiniones expertas y evaluaciones emitidas por las empresas de selección de personal"; en el marco del principio general de confidencialidad y reserva de los procesos de selección pública, recogido por dicha ley.

Así, denegó el acceso a la información invocando la causal de secreto o reserva del artículo 21, Nº 5, de la Ley de Transparencia, esto es, porque una ley de quorum calificado, por las causales del artículo octavo Constitucional. **Fundamento:** *VIGÉSIMO TERCERO: Que, en primer lugar, desde un punto de vista formal, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige como presupuesto básico la existencia de un conflicto de constitucionalidad, es decir, que concurra una precisa contradicción entre la Carta Fundamental y aplicación de una disposición legal que resulte decisiva para la resolución de una determinada gestión judicial, y, por lo tanto, que no recaiga en un problema de interpretación legal. Consecuentemente, de acuerdo a lo que dispone el artículo 93, inciso primero, Nº 6 de la Carta Fundamental, la acción no puede recaer en un asunto que "debe ser resuelto por los jueces que conocen de la causa en que incide el requerimiento, los cuales han de determinar la forma de decidir la controversia sometida a su decisión, competencia que este Tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7º de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado" (STC 1678, c. 7 y 8; en el mismo sentido, entre otros, STC 1716, 1925, 2080, 2553, 2418, 2451, 2461).*

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en el caso concreto, la impugnación del inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia y el artículo segundo letra g) de la Ley Nº 19.628, en la forma en que ha sido planteada por el requirente no constituye un conflicto de constitucionalidad sino un problema de

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

mera legalidad que le corresponde resolver al juez del fondo. En efecto, éste no aporta fundamentos plausibles para entender cómo la aplicación de los preceptos impugnados puede producir un resultado inconstitucional concreto en la gestión pendiente o contravenir el artículo 8° de la Constitución, sino que lo que plantea es una disconformidad con lo resuelto en la decisión de amparo y la forma en que se han aplicado las normas legales impugnadas por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago al rechazar el reclamo de ilegalidad.

Ello sucede porque la determinación del carácter de público o reservado del informe psicolaboral al decidir sobre la norma aplicable y el alcance del artículo 55 de la Ley N° 19.882, es una cuestión de mera legalidad, que corresponde al juez del fondo resolver, sin que se vislumbre un problema de constitucionalidad que sea de resorte de esta Magistratura decidir, como ésta ya sostuvo en sentencias recaídas en requerimientos similares al de autos (STC Roles 4744-18 y 4388-18).

A mayor abundamiento, reiterada jurisprudencia constitucional señala "Que esta dimensión de legalidad resulta acreditada por la acción de la requirente en la gestión pendiente. Lo anterior, puesto que resulta incompatible solicitar la impugnación del artículo 5° de la Ley de Acceso a la Información Pública en cuanto definir que la información solicitada está al margen del estatuto de lo público por exceder la norma constitucional del artículo 8° y, a la vez, debatir su calificación como una excepción a la publicidad, fegulada por las causales de reserva del artículo 21 de la Ley N° 20.285. La dicotomía información público/privada es una cuestión de constitucionalidad para verificar si una información está o no regulada por el artículo 8° de la Constitución. En cambio, la dicotomía información público/reservada es una cuestión de legalidad porque da por descontada la aplicación del artículo 8° de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas" (STC Rol 2505 c. 26)

VIGÉSIMO QUINTO: Que, asimismo, las normas impugnadas no resultarán decisivas ni recibirán aplicación en la gestión pendiente invocada, por cuanto el artículo 21 N° 1 letra b) de la Ley N° 20.285 no es decisoria litis desde que no forma ni ha formado parte de la controversia en ninguna de las etapas procesales del procedimiento de acceso a la información pública, ya que ni en la respuesta, ni en sus descargos ante el Consejo para la Transparencia, ni en el reclamo de ilegalidad ni tampoco en el recurso de queja ha sido invocada dicha causal de reserva, sino únicamente aquella consagrada en el artículo 21 N° 5 de la Ley de Acceso a la Información Pública, en conformidad con lo dispuesto en la letra d) del inciso cuarto del artículo 55° de la Ley N° 19.882, que establece que tendrán el carácter de confidencial "las opiniones expertas y evaluaciones emitidas por las empresas especializadas en selección de personal sobre los candidatos, sin perjuicio de lo señalado en el inciso tercero".

VIGÉSIMO SEXTO: Que, por lo demás, en el caso de marras es el propio postulante el que solicita conocer de sus antecedentes personales recabados en el proceso de selección antes mencionado, los cuales se encuentran protegidos especialmente por lo dispuesto en el artículo 19 N° 4 de la Constitución.

Así, esta Magistratura en reiterada jurisprudencia -con anterioridad incluso a la elevación expresa a nivel constitucional, en el recién mencionado precepto de la Carta Fundamental, del derecho a la protección de los datos personales y de la remisión efectuada al legislador, en relación a la forma y condiciones de su tratamiento y protección, efectuada por la ley de reforma N° 21.096, de 16 de junio de 2018- ha señalado que "El legislador ha definido la información relativa a la vida privada como datos sensibles y que, por ello, merecen especial protección. Así aparece en la Ley de Protección de la Vida Privada. Por el otro lado, se encuentran fuera del área protegida aquellos datos o aspectos que puedan generar repercusiones para la ordenación de la vida social y puedan afectar derechos de terceros o intereses legítimos de la comunidad. (STC 1732 ce. 27 y 281 y en el mismo sentido, STC 1990 c. 36)". En consecuencia, "Las evaluaciones personales se encuentran comprendidas en la vida privada de las personas, pues contienen datos denominados sensibles. Así lo señala la Ley de Protección a la Vida Privada, la Ley que regula la Política Personal de los Funcionarios Públicos y asilo ha establecido el Consejo para la Transparencia. (STC 1990 ce. 39 y40)."

En definitiva, podemos concluir que los antecedentes solicitados son públicos para su titular, quien tiene derecho, por lo tanto, a solicitar el informe psicolaboral elaborado en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° incisos primero, tercero y cuarto letra d) de la Ley N° 19.882, manteniéndose la reserva únicamente respecto de terceros." [\(Volver\)](#).

2.- "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "sin ulterior recurso", contenida en el inciso tercero del artículo 55 de la Ley N°19.995, que Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego." Tribunal Constitucional, Rol N°5225-2018 de 12 de septiembre de 2019.

Hechos del caso: En abril de 2013, se decidió implementar un nuevo sistema de operación interconectado entre máquinas de azar en el casino Dreams Punta Arenas. Se informó de aquello a la respectiva Superintendencia, y esta, mientras se encontraba analizando la legalidad del referido sistema, en agosto de 2013, le instruyó suspender la aplicación del mismo, permitiendo que ello se postergara hasta el cierre de la jornada en que ocurriera el próximo acierto.

Para fines de diciembre de 2013, la Superintendencia de Casinos y Juegos reprochó que el sistema siguiera siendo usado, y en abril de 2014 le fueron, finalmente, formulados cargos por el incumplimiento de la normativa vigente respecto a reclamaciones de clientes e instrucciones sobre la operación del sistema, siéndole impuestas, en junio de 2014, dos sanciones de multa, de 60 y 90 UTM, por lo que presentó una reclamación ante el Superintendente de Casinos y Juegos, que fue finalmente rechazada en enero de 2016.

Dado lo anterior, en septiembre de 2017 presentó un reclamo ante el Segundo Juzgado de Letras de Punta Arenas, solicitando se declarara la ilegalidad de ambas sanciones

impuestas, dejarlas sin efecto, o subsidiariamente rebajar las multas, acogiendo el tribunal parcialmente su solicitud, rebajando la multa de 90 UTM a 10 UTM.

Fundamento: SEXTO: *Que, la Ley N°19.995 que "Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego", contempla en el artículo 55, un procedimiento administrativo especial para la aplicación de las sanciones, consistente en: una formulación de cargos por parte de la Superintendencia, una contestación, una resolución que pone fin al procedimiento que contiene la eventual sanción o absolución del imputado, un reclamo ante el Superintendente, la resolución de este funcionario y finalmente, un recurso en sede judicial.*

Por su parte, la expresión "sin ulterior recurso" contenida en el inciso tercero, del mencionado artículo 55, tiene por objeto que una vez que la Superintendencia respectiva deseche la reclamación, la sociedad operadora podrá recurrir ante un tribunal ordinario, quedando imposibilitada tanto de continuar reclamando vía administrativa como por vía judicial ante el tribunal superior.

Esta Magistratura se ha pronunciado acerca de la norma impugnada, expresando que "una mirada integral a la Ley N°19.995, especialmente a lo dispuesto en su artículo 34, permite advertir que las voces "recurrir" y "reclamación" se han empleado como equivalentes a recurso judicial. De esta forma, entonces, la fórmula "sin ulterior recurso" debe entenderse puesta con el propósito de haber querido coartar la procedencia de cualquier medio otro de impugnación judicial(...)" (STC Rol N°2856 c.5);

SÉPTIMO: *Que, en el caso considerado, en virtud de la Resolución Exenta N°2 de 11.01.2016 la Superintendencia de Casinos de Juegos desecha la reclamación en contra de la resolución que impone dos sanciones de multa a Casino de Juegos Punta Arenas por ciertos incumplimientos de ésta.*

Es en esta etapa procesal en que tiene aplicación la norma jurídica censurada, al establecer que la sociedad operadora podrá recurrir ante el tribunal ordinario civil. Así las cosas, el CJPA presenta reclamo ante el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Punta Arenas en contra de la resolución recién mencionada. Y este Juzgado acoge parcialmente la solicitud, al rebajar una multa y manteniendo la otra, de 60 UTM, tal como se ha expresado precedentemente.

Ante tal situación, la norma objetada indica que no proceden recursos, quedando la requirente en estado de indefensión, al estar imposibilitada de presentar recursos judiciales y administrativos.

En el caso de autos, el CJPA de todas formas presentó apelación de tal resolución, para que la Corte de Apelaciones de Punta Arenas se pronuncie, pero a diferencia de ello, y fundado en el artículo 55, inciso tercero de la Ley N°19.995 declara inadmisibile el recurso de apelación;

OCTAVO: *Que, la frase "sin ulterior recurso" se encuentra mencionada en dos disposiciones de la Ley N°19.995, en el artículo 34 y en el 55, este último impugnado en autos constitucionales. El*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

artículo 55 está ubicado en el párrafo 2º "De las infracciones" contenido en el título VI "De la fiscalización, infracciones, delitos y sanciones", incorporado en el texto original del año 2005.

Consta de la historia fidedigna de la norma que, en el proyecto original se contemplaba un procedimiento de reclamo en contra de la aplicación de multa "En primera instancia, ante el Comisionado Nacional del Juego y, posteriormente, mediante un recurso ante la justicia ordinaria, el cual se regirá por los trámites del procedimiento sumario" (Mensaje, Historia de la Ley Nº19.995, Biblioteca Congreso Nacional, p.9). La norma en cuestión era del siguiente tenor: "Desechada la reclamación, la sociedad operadora podrá recurrir ante el tribunal ordinario del domicilio de la sociedad, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que desechó el reclamo. El tribunal no podrá acoger a tramitación este recurso si no se acredita haberse consignado el valor de la multa. Acogido a tramitación, se regirá por las normas establecidas en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil" (Mensaje, Historia de la Ley Nº19.995, Biblioteca Congreso Nacional, p.23);

NOVENO: Que, existe una breve referencia a la norma objetada en la tramitación del proyecto de ley. Específicamente en el Primer Informe de la Comisión de Gobierno, del 2º trámite constitucional, ante el Senado, se estableció que la norma objetada recibió el siguiente tratamiento: El inciso segundo, (...) fue aprobado por idéntico quórum que el que antecede, conjuntamente con una indicación del Ejecutivo encaminada por una parte a precisar que el tribunal aludido es el de competencia en asuntos civiles, y por la otra a dejar establecido que no hay ulterior recurso una vez resuelta la reclamación." (Historia de la Ley Nº19.995, Biblioteca Congreso Nacional, p.88);

V. Disposiciones constitucionales que se alegan vulneradas Artículo 19 Nº2 de la Carta Fundamental

DÉCIMO: Que, la requirente estima vulnerada esta garantía en cuanto la aplicación de la norma objetada "implica necesariamente un trato desigual respecto a mi representada en contraposición a la SCJ, al permitir a ésta la posibilidad de entablar recursos en primera y segunda instancia, mientras que al operador fe está vedada dicha posibilidad, pudiendo únicamente acudir ante el Juez de Letras, sin ulterior recurso, sin que fa anterior diferenciación se sustente en ningún tipo de justificación válida, derivando así en una discriminación arbitraria en contra del concesionario" (fojas 15).

A lo anterior agrega que "establecidos los términos de comparación, fa idoneidad y homogeneidad de los mismos, al no recibir el mismo tratamiento jurídico, se produce una discriminación de aquellas que prohíbe nuestra Constitución Política, situación que únicamente se vería salvada si existe una justificación objetiva, razonable y proporcionada a dicho trato diferente" (fojas 23);

DÉCIMO PRIMERO: Que, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, considerando la expresión "sin ulterior recurso" -mencionada en reiteradas ocasiones- decidió declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto. Por ende, ante igual situación -el rechazo de la reclamación- el precepto legal

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

impugnado establece un tratamiento diferenciador pues impide de recurrir de la resolución del juez civil sólo a la sociedad operadora. Y esta diferencia establecida por ley al carecer de razonabilidad suficiente, se transforma en arbitraria. Más aún, si a la Superintendencia, de conformidad a los incisos cuarto y quinto del mismo artículo 55, se le concede la facultad de recurrir, y por consiguiente impugnar de las resoluciones que le causen agravio tanto en primera, como segunda instancia. En síntesis, los sujetos activos en el proceso de reclamación no se están en la misma situación procesal al encontrarse uno de ellos (CJPA) imposibilitado por ley del derecho a entablar recursos en contra de la sentencia del juez civil y dicha privación, no está suficientemente justificada y carece de razonabilidad, lo que se desprende de la propia historia de la ley;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, esta Magistratura ha establecido en varias oportunidades que "en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad "en la ley", prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias arbitrarias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria" (STC Rol N°986 considerando 30º);

Artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental

DÉCIMO TERCERO: Que, la requirente estima que la aplicación de la norma objetada también vulnera el artículo 19 N°3 constitucional, tanto en el inciso primero como en el quinto, señalando que "La infracción a esta garantía se plasma en la desigual protección que la normativa otorga a los sujetos objeto de la misma, por cuanto no se otorga a ambas partes una igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en adición a lo cual el procedimiento invocado para las partes carece de racionalidad y la consecuente justicia, beneficiándose solamente a una de las partes con la posibilidad de recurrir de la sentencia ante los tribunales superiores de justicia, afectándose en consecuencia las garantías propias de un debido proceso" (fojas 15)

En relación al inciso primero "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", se desprende del libelo, al expresar que la CJPA "solamente puede recurrir ante el juez de primera instancia, puede identificarse una evidente desproporción de los derechos de mi representada imponiendo diferencias arbitrarias que van dirigidas en favor del Estado en desmedro del sujeto de derecho privado", agregando que "queda claro que la expresión contenida en dicho inciso vulnera las garantías y derechos que comprende la tutela judicial efectiva y el debido proceso..." (Fojas 26).

En este aspecto, la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos se encuentra especialmente vinculada con la garantía de la igualdad ante la ley y también con el debido proceso - el que más adelante se tratará-, en lo relativo al principio de "igualdad de armas", la que se verifica

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

“por la vía de comparar las herramientas procesales conferidas por la ley a cada uno de los contendientes. En efecto, el principio de igualdad de armas constituye un parámetro que exige comparar el trato dispensado por la ley a las partes con intereses opuestos en disputa” (STC Rol N°2856 c.8).

Este Tribunal se ha pronunciado previamente acerca del principio mencionado señalando que “la llamada igualdad de armas, en materia de recursos, exige -salvo que haya una razón que lo justifique- que las distintas partes o intervinientes en un proceso tengan la misma posibilidad de impugnar las resoluciones que les perjudiquen” (STC Rol N°2628 c.15, en el mismo sentido Rol N°2856);

En definitiva, en el caso de autos se le priva a la sociedad operadora de entablar recursos en contra de lo que resuelva el tribunal ordinario, no así respecto de la Superintendencia, la que podrá interponer recursos en primera y segunda instancia. Esta situación origina una desigualdad procesal entre estas partes y una discriminación para una de las partes en el proceso, por ende, resulta contrario al mencionado principio constitucional y a las disposiciones constitucionales que lo consagran, esto es artículo 19 N°2 y N°3, inciso primero.

DÉCIMO CUARTO: Que, en relación al debido proceso, contemplado en el inciso sexto, del N°3 del artículo 19 constitucional que establece “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, la requirente expresa en el libelo que “teniendo presente que la SCJ puede acudir al régimen recursivo contemplado en la regulación general y que respecto de la CIPA el reclamo deducido ante el tribunal ordinario civil se conoce sin ulterior recurso, se produce en la presente gestión un evidente estado de indefensión para CIPA” (fojas 29);

DÉCIMO QUINTO: Que, esta Magistratura se ha referido al debido proceso expresando que “el debido proceso contempla, entre sus elementos constitutivos, el derecho al recurso, el cual consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo resuelto por el inferior; el racional y justo procedimiento necesariamente debe contemplar la revisión de las decisiones judiciales: “impedir la revisión de los hechos es generar respuestas jurisdiccionales sujetas a errores que no garantizan la debida imparcialidad del juzgador, al no estar sujeto a control, examen o revisión de lo resuelto.”. (Derecho al Recurso, autor Williams Eduardo Valenzuela Villalobos, Ed. Jurídicas de Santiago, año 2015, p. 54);”

En síntesis, en el caso concreto, el CIPA se encuentra en estado de indefensión al estar impedido de impugnar lo que resuelva el juez de primera instancia ante un tribunal superior, limitando de esta manera el acceso a la justicia y, en definitiva a la tutela judicial efectiva;

DÉCIMO SEXTO: Que, tal como se ha precisado en reiteradas ocasiones por esta Magistratura, el debido proceso contempla el derecho a impugnar las resoluciones que causen agravio y teniendo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

presente la historia fidedigna del establecimiento de esta garantía constitucional, concluyen dichas sentencias que "se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador" (STC Rol N°481 c.7, en el mismo sentido 529, 1518, 2371, entre otras);

VI. Artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, la jurisprudencia de este Tribunal es uniforme, al considerar que el derecho es afectado en su esencia cuando se torna irreconocible (STC Roles N°s 2381, 3121, entre otras), y esto se produce cuando "se le priva de aquello que le es consustancial".

La requirente afirma que "esta garantía se ve vulnerada en relación a las afectaciones que respecto de la igualdad ante la ley, tutela judicial efectiva y derecho a un debido proceso, se cometen en la esencia misma de los enunciados derechos fundamentales" (fojas 16), teniendo como efecto la vulneración de dichos derechos, los que se desnaturalizarían por completo, expresa en el libelo.

Se desprende de lo considerado precedentemente que la expresión "sin ulterior recurso" referida en el caso de autos vulnera las garantías del artículo 19 N°2 y3 inciso primero y quinto constitucional, transgrediendo el contenido esencial de los derechos respectivos, infringiendo por ende, también el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental

VII. Conclusiones

DÉCIMO OCTAVO: Que, en virtud de lo anteriormente razonado, la expresión "sin ulterior recurso" en el caso concreto, infringe el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, en términos de producir una falta al deber de tutela judicial efectiva y al debido proceso, este último específicamente en su elemento del derecho al recurso, vulneraciones que causan una diferencia arbitraria, al no existir igualdad de armas y una indefensión al Casino de Juegos Punta Arenas, en la gestión pendiente, y además afectar el contenido esencial de las garantías constitucionales reseñadas;

DÉCIMO NOVENO: Que, esta Magistratura procederá a acoger la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida en estos autos constitucionales por considerar que la frase impugnada establecida en el artículo 55 de la Ley N° 19.995 es inexecutable en su contenido con lo dispuesto en los N°s 2°, 3° y 26° del artículo 19 de la Constitución, aplicada al caso concreto;

VIGÉSIMO: Que, no está demás recordar que la jurisdicción constitucional está llamada por la Carta Fundamental a asegurar que el Poder Público, en todas sus manifestaciones, se someta a la

Constitución, velando porque todo precepto legal esté conforme a las normas constitucionales, situación que incumple el precepto legal censurado en el caso concreto. [\(Volver\)](#)

3.- Consejo de Defensa del Estado contra Ministras señoras Marisol Rojas y Gloria Solís y Abogado Integrante señor Jorge Norambuena. Corte Suprema, Rol N°4179-2019, de 23 de septiembre de 2019.

Hechos del caso: Don Ricardo Cienfuegos Segovia solicitó a la Fuerza Aérea de Chile la entrega de la siguiente información: “1) El listado con nómina de expedientes de retiro enviados y tramitados por el Hospital Clínico de la FACH a la División de Recursos Humanos del Comando de Personal desde el año 2000 a la fecha, de los empleados que mantenían condición laboral de empleado civil de planta Capredena y empleados Ley N° 15.076, debiendo considerar en este listado, grado o condición, nombre completo, profesión, fecha de ingreso, fecha de retiro, años de servicio, cargo y puesto; y, 2) Cuántos de estos ex funcionarios con trámite de retiro elaborado desde el Hospital Clínico, han sido recontractados, señalando además el motivo por el que se produjo esta nueva recontractación y bajo qué condición laboral y qué fecha.”

Tal requerimiento fue denegado por la Fuerza Aérea fundándose en que se trataba de un requerimiento genérico, que implicaba la búsqueda manual, lo cual implicaría distraer indebidamente a lo menos dos funcionarios por un total aproximado de 170 días hábiles, afectando con ello de manera cierta el cumplimiento de las labores propias del servicio.

Ante la denegación de la información el solicitante dedujo amparo ante el Consejo para la Transparencia, sede en la cual la Fuerza Aérea de Chile adujo además la causal de denegación del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia en relación con el artículo 436 N° 1 del Código de Justicia Militar por tratarse de dotación institucional.

Fundamento: *Undécimo: Que, como se refirió en el fundamento quinto, la reforma constitucional de 26 de agosto de 2005 –Ley N° 20.050–, con la introducción de un nuevo artículo 8° de la Carta Fundamental otorgó rango constitucional a la probidad y carácter general a la publicidad de los órganos del Estado en el ejercicio de las funciones públicas con las solas excepciones que esa norma indica sobre reserva o secreto, las que requieren de leyes de quórum calificado.*

Con esta norma se extendió el principio de publicidad a los órganos estatales y se constitucionalizan las causales de reserva encomendando su desarrollo a leyes de quórum calificado, para cuyo efecto la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República previene: “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deberán ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por su parte la Ley N° 20.285 de 20 de agosto de 2008, dictada en cumplimiento del citado mandato constitucional sobre transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado, en su artículo primero transitorio dispone a su vez: “De conformidad con la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen reserva o secreto respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política”.

Décimo segundo: Que, asentado lo anterior, cabe señalar que la primera exigencia para que el deber de reserva de la información pueda ser invocado por los órganos del Estado, es que éste conste en una ley de quórum calificado, condición que cumplen las disposiciones legales que hayan sido dictadas con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.285 y que estaban vigentes a su promulgación. En consecuencia, el deber de reserva que establece el artículo 436 del Código de Justicia Militar, que debe su actual redacción a la Ley N° 18.667 publicada el 27 de noviembre de 1987, cumple con el requisito de emanar de una ley de quórum calificado y, por ende, su aplicación resulta legal y constitucionalmente procedente, toda vez que la norma en comento expresamente refiere que es información secreta aquella relacionada con la defensa nacional, lo que no puede sino vincularse con la seguridad de la Nación, función esencial de las Fuerzas Armadas. En este contexto, el artículo 436 del Código de Justicia Militar refiere, en su encabezado, que los documentos que son secretos y luego establece un listado ejemplificador de instrumentos que tienen tal carácter, el que lógicamente no es taxativo, toda vez que la condición de secreto está definida por la vinculación y afectación de uno de los cuatro conceptos expuestos en su encabezado. En concreto señala: “Se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y entre otros: N°1 Los relativos a las Plantas o dotaciones...”.

Entonces, tenemos que la ley ha señalado expresamente, despejando cualquier duda del intérprete, que es secreta la información relacionada con las plantas o dotaciones de las Fuerzas Armadas. En este aspecto no cabe sino concluir que la información relativa a la nómina de expedientes de retiro enviados y tramitados por el Hospital Clínico de la FACH a la División de Recursos Humanos del Comando de Personal desde el año 2000 a la fecha, de los empleados que señala, con indicación de su grado o condición, nombre completo, profesión, fecha de ingreso, fecha de retiro, años de servicio, cargo y puesto, y cuántos de estos ex funcionarios han sido recontractados, señalando el motivo de la recontractación, es secreta, pues queda comprendida dentro del concepto de dotación de las Fuerzas Armadas.

Para lo anterior, cabe acudir al artículo 4 inciso 1° de la Ley N° 18.948 que contiene la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, el cual dispone lo siguiente: “El personal de las Fuerzas Armadas estará

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

constituido por el personal de planta, el personal a contrata y el personal de reserva llamado al servicio activo. El personal de planta está constituido por:

-Oficiales

-Cuadro Permanente y de Gente de Mar

-Tropa Profesional

-Empleados Civiles.”

En consecuencia, no cabe duda que la información relativa al personal civil y de sanidad cuyo expediente de retiro se tramitó desde el Hospital institucional, y más aún si algunos de estos han sido recontractados y el motivo de ello, forma parte del concepto de dotación de la Fuerza Aérea de Chile, encuadrándose en la excepción legal invocada por la reclamante.

Décimo tercero: Que, por otro lado, es imperioso consignar que si bien lo anterior es suficiente para asentar que en el caso concreto se configuraba la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285, no se puede soslayar que la información solicitada se vincula con la seguridad nacional pues por medio de estos requerimientos es posible obtener aproximaciones del número de personal, de sus destinaciones, de la calidad de la contratación y, más aún, de los motivos que han fundado –en su caso- la recontractación, todo lo cual permite revelar estrategias institucionales relativas a un recurso elemental de las Fuerzas Armadas como lo es su personal.

Décimo cuarto: Que, en consecuencia, al desestimar la reclamación de ilegalidad deducida por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la Decisión de Amparo Roles N° C-2768-18 y C-2769-18, que otorgó la publicidad solicitada respecto del listado con nómina de expedientes de retiro enviados y tramitados por el Hospital Clínico de la FACH a la División de Recursos Humanos del Comando de Personal desde el año 2000 a la fecha, de los empleados que mantenían condición de empleado civil de planta Capredena y empleados Ley N° 15.076, debiendo considerar en este listado, grado o condición, nombre completo, profesión, fecha de ingreso, fecha de retiro, años de servicio, cargo y puesto; y, cuántos de estos ex funcionarios con trámite de retiro elaborado desde el Hospital Clínico, han sido recontractados, señalando además el motivo por el que se produjo esta nueva recontractación y bajo qué condición laboral y qué fecha, los sentenciadores han vulnerado gravemente las normas transcritas y analizadas en los párrafos precedentes, especialmente el artículo 8° de la Carta Fundamental, el 21 N° 5 de la Ley de Transparencia y 436 N° 1 del Código de Justicia Militar, contraviniendo el texto expreso de ley, cometiendo una falta o abuso que conducirá al acogimiento del recurso de queja en examen. [\(Volver\)](#)

4.- López Sandoval con Google Chile Limitada y otros. Corte Suprema, Rol N°5493-2019, de 23 de septiembre de 2019.

Hechos del caso: Samuel Osvaldo López Sandoval fue sindicado como autor del delito de homicidio de la menor de siete años de iniciales M. S. A., que ocurrió el 1 de enero de 2014, quien falleció tras ser alcanzada por un disparo de arma de fuego, y debido a dicha imputación estuvo privado de libertad por más de dos años y que, habiendo sido llevado a juicio en dos ocasiones, en ambas fue absuelto. Después de salir de la cárcel intentó rehacer su vida, pero tiene el obstáculo de que su nombre, datos e imágenes aparecían en diversos sitios de noticias, motivo por el que solicitó a los recurridos que eliminaran tales antecedentes de los diversos portales en que aparecían publicados, peticiones que no obtuvieron respuesta alguna.

Fundamento: *Octavo: Que, aun cuando no existe una posición uniforme en la materia, sí puede concluirse, en lo que interesa al análisis, que el denominado derecho al olvido, en los casos en que es aplicado, puede entrar en conflicto con el derecho a la información, resultando evidente que el transcurso del tiempo es el criterio más adecuado para resolver el litigio. Así, el derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación. El interés está vinculado, por tanto, al interés periodístico de los hechos. Esto sucede cuando una decisión judicial pronunciada por un tribunal forma parte de las noticias judiciales. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, tal información deja de ser una cuestión de actualidad o noticiable, por lo que el derecho al olvido anula el derecho a la información.*

Noveno: Que, como aparece con claridad de los antecedentes de autos, la noticia publicada en Internet materia de estos autos ciertamente tenía una relevancia pública en un tiempo determinado, por tratarse del homicidio de una menor de siete años de edad, delito del que, como quedó dicho, el recurrente fue acusado como autor y, llevado a juicio en dos procesos separados y sucesivos, en ambos fue absuelto. En ese contexto resulta atinente subrayar que, aun cuando esta Corte ha señalado que, tratándose de información relacionada con delitos, el interés público se asimila a la relevancia pública, por lo que prevalece la libertad de información sobre los derechos indicados por el actor, lo cierto es que, en el caso en examen, resulta innecesario dirimir si, no obstante que el derecho al olvido es una figura jurídica no prevista expresamente en nuestra legislación, puede igualmente recibir aplicación por emanar de normas de exclusivo carácter constitucional, cuestión que determina resolver la colisión de derechos fundamentales que originan la controversia, esto es, el derecho a la honra frente al derecho a la información, puesto que, de lo referido en los fundamentos precedentes, fluye que el requisito básico y esencial sobre cuya base se construye el derecho al olvido, esto es, el transcurso del tiempo, no reúne las características que permitirían aseverar que las noticias de que se trata carecen, en la actualidad, de relevancia.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

En efecto, tal exigencia implica reconocer que ha transcurrido un lapso de tiempo considerable, sin que la sola circunstancia de haberse dispuesto la absolución del acusado sea suficiente para estimar satisfecha su concurrencia, siendo del caso dejar asentado que las publicaciones que dan cuenta de dicha información datan de octubre del año 2016, fecha de la última sentencia, razón por la que es posible concluir que han transcurrido menos de tres años desde que quedó despejada la situación procesal del recurrente, lapso de tiempo insuficiente para estimar que una noticia que fue de interés público haya devenido en intrascendente, debiendo otorgar preeminencia al derecho a la información frente al derecho del particular que exige su retiro. [\(Volver\)](#)

5.- “Fasa Chile S.A. con Instituto de Salud Pública de Chile” Corte Suprema, Rol N°1471-2018, de 24 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: A través de la Resolución Exenta N°002094, de 23 de junio del año 2015, el Instituto de Salud Pública, le cursó seis multas que totalizan la suma de 6.000 Unidades Tributarias Mensuales, por transgredir lo dispuesto en el artículo 100 del Código Sanitario, al constatarse que la empresa pactó en los contratos de trabajo con sus dependientes, incentivos económicos a fin de privilegiar la venta de ciertos medicamentos.

Fundamento: *Sexto: Que, por tanto, el reproche del recurso va dirigido al sentido y alcance que se atribuyó a la expresión “determinado producto” utilizada por el artículo 100 del Código Sanitario, en su versión fijada por la Ley N°20.724, porque los estímulos a la venta contenidos en sus contratos de trabajo, únicamente promueven ciertas categorías de productos, sin atender a uno determinado, de modo que, aplicándosele únicamente la Ley N°20.724 – en tanto las fiscalizaciones se realizaron en el mes octubre de 2014, esto es, de forma previa a la dictación de la Ley N°20.850 – su conducta no puede encuadrarse en el tipo infraccional vigente a esa época.*

En este sentido, resulta pertinente señalar que el artículo 100 del Código Sanitario, en octubre del 2014, prohibía, en lo que interesa: “los incentivos económicos de cualquier índole, que induzcan a privilegiar el uso de determinado producto a los profesionales habilitados para prescribir y dispensar medicamentos o a los dependientes de los establecimientos de expendio y a cualquier otra persona que intervenga en la venta o administración de medicamentos”,

Con la modificación introducida por la Ley N°20.850, de 1 de junio del año 2015, la referida prohibición, quedo redactada en el siguiente tenor: “los incentivos de cualquier índole que induzcan a privilegiar el uso, prescripción, dispensación, venta o administración de uno o más productos farmacéuticos a cualquier persona”.

Séptimo: Que, para resolver el arbitrio, es necesario destacar que el denominado “Derecho Administrativo Sancionador”, tiene su origen en el ius puniendi del Estado, el cual constituye una manifestación específica de la potestad sancionatoria de la Administración y que, como cualquier procedimiento, se erige sobre la base fundamental de un debido proceso, dentro del cual, entre otros,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

concorre el derecho que le asiste a toda persona, de ser juzgado por leyes vigentes al momento del acto o hecho que se le imputa como indebido.

El tribunal Constitucional a su respecto ha señalado que: “La función de garantía ciudadana del principio de tipicidad – el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sanciona- se cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma. Empero, ésta también puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permita igualmente obtener la representación cabal de la conducta. No debe, pues, confundirse la labor del juez de la causa en cuanto discierne los supuestos fácticos derivados de la norma, con la de creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal.” (Rol N° 549-2006).

A este respecto, en forma reiterada esta Corte ha sostenido que si bien el principio de reserva o legalidad, como límite de la potestad punitiva del Estado, el cual se analiza en este caso bajo su vertiente de tipicidad, de acuerdo al que ninguna conducta puede sancionarse sin que previamente haya sido descrita en la Ley, se encuentra previsto como un derecho fundamental de las personas en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política y su aplicación tiene lugar tanto en el ámbito de la potestad sancionatoria penal que ejercen los tribunales de justicia, en quienes radica la atribución exclusiva para imponer penas, como en aquel de la potestad sancionatoria administrativa que se reconoce a la Administración del Estado para reprimir determinadas conductas infraccionales, aun cuando en este último ámbito no tiene una aplicación tan rigurosa como en el derecho penal.

Esta situación particular se explica, entre otras razones, por la variada gama de actividades actualmente reguladas por los órganos de la administración, algunas de ellas sujetas a implicancias de carácter técnico como ocurre en la especie, referida a la generación y distribución de algún medicamento, a las que suele asociarse todavía una acentuada dinámica de cambio en el tiempo.

De este modo, el principio de reserva, en su variable de tipicidad, se satisface dentro del área del derecho administrativo sancionador con la descripción en la ley del núcleo esencial de las conductas afectas a sanción, complementándose las restantes especificaciones y graduaciones típicas mediante cuerpos normativos de índole reglamentaria.

De lo anterior, se distingue los elementos que integran la infracción, esto es, un sujeto activo, uno pasivo y la descripción de la acción u omisión que se reprocha, cuyo fin es el resguardo de uno o más bienes jurídicos; este, entonces, constituye el núcleo jurídico, inamovible que debe contener toda infracción y, por tanto, cualquier modificación a los mismos, en lo que respecta a los efectos temporales, de la ley, debe ser interpretada hacia el futuro, como garantía de un racional y justo proceso.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Octavo: Que, en este contexto normativo, es que debe interpretarse la infracción que contiene el artículo 100 del Código Sanitario, es decir, si la modificación introducida por la Ley 20.850 significó un cambio a dicho núcleo esencial.

Ahora bien, de la lectura de la norma original y de la actual, -después de la reforma de la Ley N° 20.850-, se advierte que la autoridad administrativa en el ejercicio de su potestad sancionadora, ha respetado el aludido principio de reserva puesto que el núcleo esencial de la conducta exigida, constituido por la prohibición de establecer para los vendedores de las farmacias, incentivos económicos de cualquier índole, que induzcan a privilegiar el uso de un determinado producto farmacéutico, se encuentra descrito en la Ley anterior y en la actual, luego de la modificación del año 2015.

En efecto y, en lo interesa al arbitrio, cabe precisar que la norma original, prohibía “los incentivos económicos de cualquier índole, que induzcan a privilegiar el uso de determinado producto” y, luego con la modificación del año 2015, dicha prohibición se extiende “a uno o más productos”, lo cual evidencia que la conducta descrita en la norma original se encuentra contenida en la actual redacción del artículo 100 del Código Sanitario, no modificando, por tanto, el núcleo central de la conducta, desde que, como se dijo, hoy se habla “de uno” o más productos es decir, siempre “ese uno”, en palabras de la recurrente “producto determinado”, está inserto en la referida norma, de manera que no es posible concluir que la modificación legal, produjo un cambio sustantivo a la misma, que se traduzca en una alteración a la conducta sancionada.

Noveno: Que, ratifica lo anterior, la circunstancia que aun cuando, como sostiene la recurrente, la norma que le es aplicable es el artículo 100 del Código Sanitario, en su texto original, igualmente, incurre en la infracción, porque es un hecho de la causa, que el incentivo que contiene los contratos de trabajo de los dependientes de Fasa Chile S.A. que fueron fiscalizados, refiere a “una línea de productos”, esto un grupo de medicamentos pero, además, privilegiando la venta de alguno por sobre otros, al otorgarles una asignación de mayor puntaje, lo cual evidentemente, hará que los vendedores tiendan a promover que los clientes compren éstos -“uno determinado”-, para aumentar su remuneración, afectando el uso racional de los productos farmacéuticos y en consecuencia a la salud pública.

Décimo: Que refuerza lo expuesto, la circunstancia que el 26 de enero de 2016 se publicó la Ley N°20.895, cuya finalidad es interpretar los incisos 4° y 5° del artículo 100 del Código Sanitario y su modificación por la Ley N°20.850, preceptuando: “la prohibición de incentivos que induzcan a privilegiar el uso de determinado producto farmacéutico constituye una proscripción absoluta, que afecta a los incentivos dirigidos a uno o más productos, conjunta o separadamente.

De este modo, las enmiendas introducidas por la Ley N°20.850 en esa materia no constituyen cambios sustantivos y deben interpretarse de manera que el ajuste de los contratos de trabajo de los

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

trabajadores de farmacia debe realizarse conforme a lo establecido en los incisos segundo y tercero del artículo transitorio de la Ley N°20.724”.

Conforme lo dispone el artículo 9° del Código Civil, se trata de una disposición que se entiende incorporada a aquella que se interpreta, en tanto no manifiesta una nueva voluntad del legislador, sino únicamente pone en evidencia el real sentido y alcance de una intención legislativa que ya se encontraba plasmada en el cuerpo normativo original.

Undécimo: Que, por consiguiente, tal como acertadamente resuelven los jueces del grado, la infracción cometida por Fasa Chile S.A. se encuentra acreditada con el mérito del sumario sanitario, en los términos del artículo del artículo 171 del mencionado Código, puesto que se constató que tanto los contratos de trabajo como otros documentos, dan cuenta del pago de incentivos por venta de medicamentos, infringiéndose así el artículo 100 del mismo cuerpo normativo, conforme se expuso precedentemente, de manera que la autoridad, al establecer la multa, no ha incurrido en ilegalidad alguna.

Duodécimo: Que, es dable precisar, también, que es una jurisprudencia sostenida por esta Sala, conforme se desprende de los artículos 171 y 174 del Código Sanitario, que la naturaleza de la acción intentada en autos, corresponde a una reclamación de ilegalidad, en cuya virtud al tribunal sólo cabe examinar la eventual concurrencia de las infracciones de esta clase denunciadas por la actora, sin que le esté permitido efectuar consideraciones de mérito en torno a los extremos de la sanción aplicada por la autoridad administrativa, por tanto, forzoso es concluir que los falladores de segundo grado no han podido modificar el monto de la sanción impuesta a la reclamante, si como se declaró, la sanción impuesta se encuentra ajustada a la legalidad y su cuantía dentro de los márgenes establecidos por el legislador.

Sin embargo, en estos autos, la reclamada no impugnó dicha decisión en la instancia legal pertinente y, sólo en estrado, hizo presente la improcedencia de la rebaja de la multa, razón por la cual este Tribunal se encuentra impedido de modificar el fallo en ese sentido, no obstante no compartir, en esa parte, lo resuelto por el tribunal de alzada. [\(Volver\)](#).

6.- “Cament Hormazábal Con Subsecretaria de Salud Pública” Corte Suprema, Rol N° 8180-2019, de 24 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: El recurrente había sido designado como funcionario a contrata a partir del día 1 de octubre de 2008 mediante Resolución Exenta N° 56, de fecha 12 de febrero de 2009, calidad que fue prorrogada sucesivamente y sin solución de continuidad, por última vez hasta el día 31 de diciembre de 2018.

Fundamento: *Cuarto: Que la circunstancia de haber permanecido la parte recurrente en el cargo a contrata faltándole pocos días para completar diez años, generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculada con la Administración en los mismos términos en que venía haciéndolo, de*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

modo tal que su relación estatutaria sólo puede terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita, supuestos fácticos que no constan en la especie. Por ello, la decisión de no renovar la contrata del recurrente ha devenido en una vulneración de las garantías constitucionales por él invocadas. ([Volver](#))

7.- “Fernández Loncón con Subsecretaría del Interior” Corte Suprema, Rol N°9176-2019, de 24 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: Recurrente comenzó a prestar servicios para la recurrida a el día 11 de agosto de 2014 bajo el régimen de contrata, habiendo permanecido en tal calidad hasta el día 31 de diciembre de 2018.

Fundamento: *Cuarto: Que la vigencia anual de los nombramientos a contrata está en armonía con el carácter transitorio que el ordenamiento jurídico asigna a dicha categoría. En efecto, el artículo 3° de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, luego de definir la planta del personal de un servicio público como: “el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución”, al tratar los empleos a contrata señala que “son aquellos de carácter transitorio que se consultan en la dotación de una institución”.*

Enseguida, el mismo texto legal dispone, en su artículo 10, en relación con la permanencia de esta última clase de cargos, que los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo 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.

Quinto: Que es importante consignar que el acto impugnado se relaciona exclusivamente con la decisión de no renovar la contrata de la parte recurrente para el período del año 2019, la cual se enmarca en el ejercicio de una facultad que atiende a la naturaleza transitoria de los servicios y a los efectos propios de las vinculaciones a contrata, esto es, que llegado el plazo previsto para su término, éstas se extinguen naturalmente, sin que sea procedente imponer a la autoridad administrativa la obligación de renovarla para un período posterior.

Sexto: Que, en consecuencia, sólo cabe concluir que la autoridad recurrida se encontraba legalmente facultada para no renovar los servicios a contrata de la parte recurrente, puesto que, como se dijo, la principal característica de este tipo de vinculación es la precariedad en su duración, supeditada a las necesidades temporales de la entidad administrativa, razón por la que el acto impugnado no puede ser tildado de ilegal o arbitrario. ([Volver](#)).

8.- “Saez Fierro con Municipalidad de Santa Juana” Corte Suprema, Rol N°21.195-2019, de 24 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: Manuel Sáez Fierro se desempeñó como docente Municipal desde 1984. En tal calidad, en 2007 se desempeñaba como director de la escuela rural “Colico Alto” cuando entró en vigor la Ley N° 20.006, que estableció la concursabilidad de los cargos de

directores de establecimientos municipales. Abierto el concurso para proveer el cargo que servía, el actor participó de aquel procedimiento pero no resultó seleccionado.

Dado lo anterior, en aplicación de lo establecido en el artículo 38 transitorio del Estatuto Docente, a partir del 1 de marzo de 2007, el actor fue designado en otro cargo, con igual número de horas lectivas, a ser servido para la misma Municipalidad. De acuerdo con la norma citada, el cargo creado transitoriamente para tal efecto debía suprimirse “cuando se cumpla el requisito de edad de jubilación” del docente que lo sirve, evento que, en la especie, ocurriría el 17 de diciembre de 2016 al momento de cumplir, don Manuel Sáez, 65 años de edad.

El 15 de diciembre de 2016, aun con 64 años, el recurrente presentó su renuncia voluntaria al cargo ya descrito, con la finalidad de acogerse al incentivo al retiro preceptuado en la Ley N° 20.976.

El 17 de diciembre de 2016 y en virtud del Decreto Alcaldicio N° 6.485/16, la Municipalidad puso término a la relación laboral que la vinculaba con el actor, por la causal contemplada en el artículo 72 j) de la Ley N° 19.070, esto es la supresión de las horas que servía, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 transitorio antes mencionado.

El 5 de enero de 2017, la Municipalidad solicitó el pronunciamiento de la Contraloría General de la República y, en paralelo, el 1 de febrero de la misma anualidad remitió los antecedentes al Ministerio de Educación para la tramitación de la bonificación.

El 22 diciembre de 2017, el órgano de control emitió el dictamen N° 44.472 que concluyó que la renuncia voluntaria no suspende los efectos de otras causales de cese previstas para los profesionales de la educación, como es la supresión de las horas servidas según lo establecido en el artículo 38 transitorio del Estatuto Docente, haciendo hincapié que al 17 de diciembre de 2016 la renuncia del recurrente no se había perfeccionado pues para ello “se requiere que el empleador ponga a disposición del funcionario el total de la prestación a la que postuló”. Así, a entender de Contraloría debe primar la supresión de horas como causal de desvinculación, negando el derecho don Manuel Sáez Fierro a percibir la bonificación por retiro voluntario, sin perjuicio de su derecho a recibir la indemnización establecida en el artículo 73 del Estatuto Docente, estipendio que es legalmente incompatible con el incentivo al retiro.

El 11 de enero de 2018 el actor suscribió el finiquito extendido por la Municipalidad, recibiendo \$18.663.931 por concepto de la indemnización establecida en el mencionado artículo 73. El 8 de febrero de 2019 el Ministerio de Educación emitió la Resolución Exenta N°991, que asignó a Manuel Ricardo Sáez Fierro uno de los cupos establecido en la Ley para acogerse a la bonificación o incentivo por retiro voluntario.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Finalmente, el 16 de abril de 2019 el Ministerio de Educación rechazó la solicitud de la Municipalidad de Santa Juana, que pretendía la reasignación de la bonificación a otro profesional de la educación, atendidas las circunstancias de hecho antes desarrolladas.

Fundamento: *Cuarto: Que, en cuanto al fondo, es útil resumir que el recurrente se encuentra en la siguiente situación jurídica: Habiendo presentado su renuncia voluntaria al cargo docente que servía, el Ministerio de Educación le asignó uno de los cupos establecidos en la Ley N° 20.976 para percibir la bonificación por retiro voluntario; sin embargo, la Contraloría General de la República dictaminó la improcedencia de percibir tal estipendio, al haberse producido el cese de la relación estatutaria mediante la supresión de las horas lectivas y no por renuncia, debiendo considerarse, además, que el actor, previo finiquito, percibió la indemnización prescrita en el artículo 73 del Estatuto Docente.*

Quinto: Que, como se puede apreciar, la conducta que se reprocha en este arbitrio, consistente en la denegación del pago de la bonificación o incentivo al retiro, se ve enfrentada a tres directrices aparentemente incompatibles:

La decisión administrativa de nivel central favorable al docente, la determinación del órgano de control desfavorable a los intereses del administrado, y la incompatibilidad legal entre la indemnización percibida por el profesor y la bonificación o incentivo al retiro.

Sexto: Que, de esta manera, un primer asunto que debe ser expresado consiste en que la decisión administrativa lleva razón al entender satisfecho el requisito formal de renuncia para acceder a la bonificación al retiro voluntario. En efecto, el artículo 2, numeral 4, de la Ley N° 20.796 exige, a la letra, que “los profesionales de la educación señalados en el artículo 1° que opten por acceder a la bonificación deberán manifestar su voluntad de renunciar al total de las horas que sirven ante su institución empleadora, postulando por dicho acto a la bonificación, en los plazos y condiciones que fije el reglamento”. Como se lee, el requisito se agota con la manifestación de la voluntad de renunciar, hecho ocurrido, en el caso concreto, el 15 de diciembre de 2016, antes de la supresión de horas acontecida el día 17 de igual mes y año.

De este modo, yerra la Contraloría General de República al desconocer el derecho del actor sustentando su postura en la ausencia de perfeccionamiento formal de la renuncia voluntaria, pues, a mayor abundamiento de lo antedicho, resulta evidente que a partir del momento de la presentación de la dimisión, la carga de su tramitación administrativa no dependía del renunciante sino del órgano municipal, no pudiendo quedar entregada a su mayor o menor diligencia el ejercicio de los derechos que la Ley confiere al administrado.

Séptimo: Que, superado lo anterior, resta resolver la incompatibilidad entre la decisión administrativa y la percepción de la indemnización establecida en el artículo 73 del Estatuto Docente.

Para ello, primeramente debe verificarse que el artículo 3 de la Ley N° 20.822 prescribe que la bonificación por retiro voluntario "...será incompatible con toda indemnización o bonificación que, por concepto de término de la relación o de los años de servicio, le pudiese corresponder al profesional de la educación, cualquiera fuera su origen y a cuyo pago concurra el empleador. Especialmente será incompatible con aquéllas a que se refieren los artículos 73 y 2º transitorio" del Estatuto Docente.

Octavo: Que, de esta forma, siendo un hecho pacífico que don Manuel Sáez Fierro percibió la indemnización comprendida en el artículo 73 antes indicado en el ínterin entre el dictamen desfavorable de Contraloría y la decisión favorable del Ministerio de Educación, y habiéndose asentado que sólo esta última resulta correcta, la única forma de armonizar el derecho del actor con la incompatibilidad verificada en el motivo precedente, consiste en reconocer su derecho a percibir la bonificación o incentivo al retiro voluntario en todo lo que exceda de los \$18.663.931 ya recibidos, en caso que aquella bonificación fuese superior.

Noveno: Que, así, habiéndose verificado la ilegalidad de la conducta reprochada a la Municipalidad de Santa Juana, y poseyendo, ésta, evidente aptitud para privar al recurrente del legítimo ejercicio de su derecho de propiedad sobre el estipendio antes referido, el presente arbitrio será acogido en los términos que se dirán en lo resolutivo. [\(Volver\)](#).

9.- "Jocelyn-Holt con Municipalidad de las Condes" Corte Suprema, Rol N°18.721-2019, de 25 de septiembre de 2019.

Hechos del caso: La I. Municipalidad de Las Condes dictó la Ordenanza que Determina Áreas o Zonas Libres de Humo en Plazas y Parques de la comuna, en el Decreto Alcaldicio N°7205, de fecha 18 de octubre de 2018. El recurrente solicita sea dejada sin efecto por estimarla vulneratoria de los numerales N°1, 2, 4, 22 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Fundamento: Cuarto: *Que, en primer lugar, conviene recordar que esta Corte, reiteradamente, ha considerado que el recurso de protección es la vía adecuada para revisar normativa municipal, cuando ésta refiere a materias o establece medidas susceptibles de afectar los derechos de terceros, ello sin perjuicio de que existan diferentes acciones encaminadas a analizar la legalidad de esas normativas. Por tal causa, no hay razón que impida, en instancia de protección, pronunciarse por parte de los sentenciadores sobre una ordenanza municipal, a fin de examinar si puede considerarse alguno de sus preceptos como un acto ilegal o arbitrario que afecte alguno de los derechos enumerados en el artículo 20 de la Constitución. Así, la sentencia apelada no ha significado una aplicación inadecuada de la sede de protección, en la medida que pretende entregar una pronta cautela judicial a quien ve amagados sus derechos por una decisión municipal como la que se describirá, sin perjuicio de la decisión que esta Corte Suprema tome sobre el fondo del asunto.*

Quinto: Que, en tal perspectiva y tratándose precisamente de una ordenanza que se refiere a la restricción de fumar en parques y plazas públicas, conveniente resulta destacar que los efectos nocivos del tabaco, tanto para quien lo consume como para terceros, no han sido materia de discusión en estos autos. En efecto, éstos son reconocidos por el recurrente, quien invoca la libertad para adoptar decisiones que incidan sobre su propia integridad física y psíquica, dentro de las cuales se encontraría la de fumar que, consumada en espacios abiertos, tampoco afectaría, en su concepto, a otros no fumadores. Por su parte, el propio encabezado de la ordenanza cuestionada refiere que, dentro de las motivaciones para su dictación, está el hecho que el tabaco y otras sustancias “son nocivas para la salud de las personas y para el medio ambiente”, añadiendo, respecto de parques y plazas: “Compartir dichos espacios públicos con fumadores, genera mayores riesgos a embarazadas, menores y lactantes, transformándolos en fumadores pasivos”.

La controversia en este caso se centra, por tanto, en determinar si el municipio se halla habilitado para restringir a los particulares la posibilidad de fumar en ciertos espacios públicos o, por el contrario, si tal restricción resulta vulneratoria de derechos constitucionales.

Sexto: Que, tal como se expone en el recurso, el acto de fumar es parte del ejercicio de una libertad, esto es, un espacio de autonomía y libre desarrollo de cada sujeto, para ejecutar un acto que, resultando un hecho público y notorio que causa efectos nocivos para la salud, se enmarca en un ámbito de libre decisión, aun cuando ésta pueda tener efectos negativos para quien la adopta.

Sin embargo, ninguna libertad individual puede desplegarse de manera absoluta, puesto que su extensión necesariamente encuentra límites que, en lo concerniente al presente recurso, dicen relación con la afectación y protección de los derechos constitucionales de otros, específicamente la vida, salud y un medio ambiente libre de contaminación, los cuales pueden verse afectados por el ejercicio irrestricto de ciertas libertades, a modo ejemplar, fumar en determinados recintos.

En otras palabras, toda libertad necesariamente debe ceder ante intereses u otros derechos constitucionalmente relevantes, puesto que al convivir con otros seres humanos, el ejercicio ilimitado de una libertad puede afectar el de las libertades o derechos de los demás, en cuyo caso corresponde su limitación, lo cual no es sino la manifestación más pura del Estado de Derecho.

Específicamente, en aquello que respecta al acto de fumar, es posible afirmar que, en la medida en que importa para las personas una actividad autónoma no penalizada, existe libertad para hacerlo, aunque suponga arriesgar la propia salud; sin embargo, no existe un derecho de exigir compulsivamente su ejercicio ante la posibilidad de poner en peligro la salud de los no fumadores. Aquí radica la diferencia sustancial de esta prerrogativa respecto de los auténticos derechos, puesto que si bien las personas son libres – por ejemplo - de beber alcohol, no realizar actividad física o no alimentarse adecuadamente, todo lo cual también podría afectar su integridad física, tal espacio de decisión no puede transformarse

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

en ocasión de afectar los derechos de otros y, en el evento en que ello pudiere ocurrir, es deber del Estado o de los organismos de administración local poner los límites del caso.

Séptimo: *Que, conforme se viene razonando, no es posible construir un “derecho a fumar” en aquellos espacios donde está expresamente permitido, sino únicamente una facultad individual para hacerlo, respetando siempre las libertades, derechos de otros y la normativa que válidamente dispongan las autoridades respectivas.*

Corolario de lo anterior, fluye que lo discutido en estos autos no radica en resolver una colisión de derechos fundamentales – por cuanto esta circunstancia no concurre en la especie – sino, tal como se explicó, razonar en torno a si el municipio cuenta o no con facultades para restringir la libertad de fumar en ciertos espacios públicos, fundado en la protección de derechos fundamentales de otros habitantes de la comunidad local.

En este contexto, la consecuencia jurídica de encontrarnos frente a un espacio de autonomía individual y no a un derecho, dice relación con que su restricción o limitación no necesariamente debe tener fuente legal, como sí ocurre al momento de regular el ejercicio de derechos constitucionales; en consecuencia, este tipo de facultades o prerrogativas, en la forma en que se han concebido en los motivos anteriores, admiten reglamentaciones materializadas en normas de rango inferior.

Tal distinción entre la prerrogativa de fumar y el derecho de las personas a gozar de la protección de su salud y de su vida adquiere relevancia, pues define los contornos de la pretensión del recurrente, como asimismo lo ha reconocido la jurisprudencia comparada: “40.... (podría considerarse que) dado que el fumar forma parte del libre desarrollo de la personalidad, el Estado tiene el deber de incurrir en los referidos costos sanitarios, sin adoptar medidas para evitarlos o reducirlos. Este cuestionamiento, no obstante, incurriría en un claro error, puesto que las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad que el Estado está obligado a proteger y promover, son aquéllas necesarias para la cobertura de necesidades básicas para el ejercicio de su autonomía moral (bienes primarios), mas no las manifestaciones de ésta que se reduzcan a cubrir los intereses o placeres de la persona que no son consustanciales para su plan vital (bienes secundarios). De hecho, la dañosidad objetiva de muchas de estas manifestaciones –no solo para quien las realiza, sino, a veces también, indirectamente, para terceros– si bien prima facie no podrían ser prohibidas de modo absoluto a efectos de no afectar el contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sí pueden ser abiertamente desmotivadas por el Estado...” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Fallo recaído en requerimiento contra artículo 3° de la Ley No. 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, EXP. N° 00032-2010-PI/TC, 19 de Julio de 2011).

Octavo: *Que, arribados a este punto, corresponde puntualizar que el artículo 119 de la Constitución Política de la República concede potestades normativas a los municipios al establecer: “En cada municipalidad habrá un concejo integrado por concejales elegidos por sufragio universal en*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

conformidad a la ley orgánica constitucional de municipalidades. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. La misma ley determinará el número de concejales y la forma de elegir al alcalde.

El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.

La ley orgánica de municipalidades determinará las normas sobre organización y funcionamiento del concejo y las materias en que la consulta del alcalde al concejo será obligatoria y aquellas en que necesariamente se requerirá el acuerdo de éste. En todo caso, será necesario dicho acuerdo para la aprobación del plan comunal de desarrollo, del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos”.

En consonancia con lo anterior, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N°18.695, en su artículo 5° estatuye, en lo pertinente: “Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales:

c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.

En ejercicio de esta atribución, les corresponderá, previo informe del consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, asignar y cambiar la denominación de tales bienes. Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración. (...)

d) Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular”.

Noveno: *Que, de las normas transcritas, se desprende que, ciertamente, las municipalidades gozan de facultades normativas que se materializan siempre a la luz de sus objetivos legales, esto es, “satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas” (artículo 1° de la Ley N°18.695).*

Relevante también resulta destacar que, en la ejecución de sus potestades, los entes edilicios podrán desarrollar funciones relacionadas con: “La salud pública y la protección del medio ambiente” (artículo 4° letra b) del cuerpo legal citado), para cuyo efecto se regula la existencia de una unidad precisamente encargada de la función de medio ambiente, aseo y ornato, cuyas atribuciones se detallan en el artículo 25, resultando pertinentes para estos efectos, la siguientes:

“d) Proponer y ejecutar medidas tendientes a materializar acciones y programas relacionados con medio ambiente” y

“e) Aplicar las normas ambientales a ejecutarse en la comuna que sean de su competencia”.

A mayor abundamiento, la propia Carta Fundamental contempla que, para este y otros efectos, “los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley” (artículo 118).

Décimo: *Que, sobre esta base, corresponde analizar los fundamentos y motivaciones que tuvo en vista la recurrida para la dictación de la Ordenanza cuestionada, expresados en ella misma al indicar: “3. Que las Municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones tienen como atribución, entre otras, la de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público (...)*

4. Que, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud el tabaco y otras sustancias son nocivas para la salud de las personas y para el medio ambiente, por cuanto produce contaminación por el humo, sus residuos contienen sustancias químicas tóxicas, afectan el aseo y ornato de la comuna y eventualmente sus colillas pueden provocar incendios. La exposición al humo ambiental del tabaco es especialmente dañina para las mujeres embarazadas sus hijos en gestación y menores de edad.

5. Que las áreas verdes como parques y plazas son espacios de reunión, esparcimiento, recreación y actividades deportivas, que requieren de un lugar libre de contaminación. Compartir dichos espacios públicos con fumadores, genera mayores riesgos a embarazadas, menores y lactantes transformándolos en fumadores pasivos;

6. La necesidad de desincentivar el consumo precoz del tabaco y otras sustancias similares en menores de 18 años, ya que estos espacios públicos son frecuentados por menores de edad”.

Como puede apreciarse, las razones expresadas por el municipio en la ordenanza misma y que llevaron a su dictación, no expresan sino el ejercicio de las facultades detalladas en el motivo precedente, esto es, la administración de los bienes nacionales de uso público que se emplazan en el territorio municipal, en virtud de la cual se proponen medidas tendientes al resguardo de la conservación del medio ambiente y salud de la comunidad local.

Undécimo: *Que confirma el razonamiento anterior, el hecho que el cuerpo de la referida Ordenanza no establece una prohibición en términos generales, sino que la regula únicamente para plazas y parques bajo cierta cabida, contemplando también la realización de campañas educativas sobre el particular.*

Así, es posible afirmar que, a través del cuerpo normativo impugnado, el municipio ha sido estricto en limitar racionalmente el espacio de autonomía constituido por la libertad a fumar; esto es, no se ha impedido fumar en términos generales, sino únicamente en ciertos lugares cuya cabida no permite asegurar que otras personas no se vean expuestas a la afectación de sus derechos. Así, en el ejercicio de la facultad de administración de los bienes nacionales de uso público, el ente edilicio ha buscado

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

proteger derechos garantizados constitucionalmente, a través de una limitación razonable de libertades.

La doctrina distingue claramente, a este respecto, las restricciones impuestas a la actividad de fumar de la eventual afectación de la persona del fumador, al señalar: “El derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido invocado con pretensiones de socavar tanto a la política que establece espacios físicamente separados como a la que establece espacios 100% libres de humo de tabaco. Según este argumento, la separación de espacios para fumar (sean éstos abiertos o físicamente separados) y los espacios de no fumar en lugares públicos y cerrados constituye una discriminación. En algunas ocasiones se califica como una discriminación por razones de salud –el fumador es un enfermo, dicen– y en otras por razones de preferencia –la elección del tabaco es una preferencia–. En cualquier caso, el argumento es insostenible, pues se sustenta en al menos tres falsas apreciaciones de la doctrina constitucional en materia de igualdad y no discriminación: a) El argumento confunde el acto de fumar con la persona del fumador; b) El argumento confunde la diferenciación con la discriminación; c) El argumento hace caso omiso de los criterios que la Suprema Corte de Justicia ha establecido para determinar si un trato diferenciado resulta o no discriminatorio.1. El acto de fumar es distinto a la persona fumadora; la legislación que regula dónde se permite fumar y dónde no se dirige al acto, no a la persona. Tanto fumadores como no fumadores podrán entrar a los espacios 100% libres de humo de tabaco. La única razón por la cual alguien se vería obligado a salir de ella sería para fumar un cigarrillo. Esto es, el acto es lo que determina que alguien pueda o no estar en un lugar, no su calidad personal. Esto es, la regulación prohíbe el acto de fumar en ciertos espacios con independencia de si alguien es un fumador empedernido o si es la primera vez que prueba el tabaco. La prohibición no se refiere a las personas y en consecuencia no se puede afirmar con seriedad que las discrimine. Si la ley prohibiera la entrada de los fumadores a los espacios 100% libres de humo, independientemente de si están o no fumando, esto es, independientemente de si están afectando derechos de terceros o no, entonces sí sería discriminatoria” (Alejandro Madrazo Lajous, JSD, Sobre la constitucionalidad de la regulación del tabaco en México, Instituto Nacional de Salud Pública, 2008, disponible en <https://www.scielosp.org/pdf/spm/2008.v50suppl3/s323-s333/es>).

Con lo razonado y concluido, no es posible apreciar que la Municipalidad de Las Condes hubiere incurrido en una ilegalidad o arbitrariedad que signifique, para el recurrente o terceros, la conculcación de derechos fundamentales. Por el contrario, la Ordenanza busca precisamente que los bienes nacionales de uso público puedan ser utilizados en igualdad de condiciones por todos los habitantes de la comunidad local, de manera que los no fumadores puedan libremente asistir a parques y plazas, sin que se vean impedidos de ello por la posibilidad de amenaza a su salud o a su derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Por tal razón, tampoco es posible afirmar que se rompa la estructura de estado unitario de nuestro país, por la vía de establecerse prohibiciones distintas a las consignadas en la Ley N°19.419, puesto que la recurrida únicamente se ha limitado a la determinación precisa de aquellos lugares abiertos donde, en la comuna de Las Condes, es posible ejercer la libertad

de fumar, sin restringirla de la manera absoluta y sin establecer discriminaciones arbitrarias entre sus habitantes. A mayor abundamiento, constituye una adecuada realización de los principios contenidos en el artículo 3º de la Constitución.

Adicionalmente, esta Corte ha sostenido que: “que la Administración del Estado se organiza de diferentes formas para cumplir con sus objetivos y funciones en un plano nacional, regional, provincial y comunal, reconociendo en esta última órbita la competencia de las Municipalidades de manera general para preocuparse de la salud de la población” (Sentencia rol 8821-2019 de 14 de agosto de 2019).

A todo lo anterior se añade que resulta claro de la sola lectura del acto administrativo impugnado, que el uso de vaporizadores también se limita a parques y plazas de la comuna, único campo de aplicación de la ordenanza.

Duodécimo: *Que, en aquello que concierne al derecho de propiedad, efectivamente un cigarrillo constituye un bien de consumo, sin embargo, su uso, goce y disposición debe ajustarse a la normativa vigente y a la función social del dominio (artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República), más aún cuando su adquisición se realiza a sabiendas de las regulaciones que lo afectan y que, tal como se ha expuesto, dicen relación con la protección de los derechos constitucionales de terceros. Así, para Lautaro Ríos (“El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIV, número 2, págs. 57-73), “la función social no se opone –necesariamente - a la función individual de la propiedad. Se trata, más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social”. Dicho autor agrega que la función social es un “encauzamiento y –por ende- una orientación limitativa del ejercicio del dominio”. Para Humberto Nogueira (“Derechos fundamentales y garantías constitucionales”; tomo 4º; Editorial Librotecnia; Santiago, 2010, p. 182)”el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario”.*

Décimo tercero: *Que, finalmente, tampoco se observa que la tantas veces mencionada Ordenanza incurra en una infracción del derecho constitucional al debido proceso, al momento de establecer que existe una amplitud de prueba para la acreditación de los hechos infraccionales y que dichas probanzas serán analizadas conforme a las reglas de la sana crítica, por cuanto tales disposiciones no son sino la forma de concretar aquello que ya dispone la Ley que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local N°18.287, conforme a cuyos artículos 14 y 16 el Juez incluso goza de facultades para decretar de oficio la rendición de las pruebas que estime pertinentes, expresándose que los medios aportados serán precisamente apreciados conforme a las reglas de la sana crítica.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por lo demás, la mención que se realiza en la Ordenanza a que la prueba puede constar en “cualquier mecanismo moderno”, va en consonancia con la admisión que de medios electrónicos que ya realiza la legislación procesal civil general, sin modificar la obligación del sentenciador de, en su fallo, “expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime”, tomando en especial consideración “la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión” (artículo 14 inciso 2º).

Décimo cuarto: *Que, de acuerdo con lo razonado y, según ya se explicó, el no haberse acreditado la existencia, por parte de la recurrida, de un acto arbitrario o ilegal que afecte las garantías constitucionales enunciadas en el libelo de protección, justifican que el mismo sea rechazado.*

Décimo quinto: *Que, finalmente, corresponde hacer presente que las argumentaciones de índole legislativa expresadas por quienes se hicieron parte en la segunda instancia, escapan al ámbito del presente recurso de protección, el cual se enmarca únicamente en el estudio de una eventual ilegalidad o arbitrariedad por parte del municipio recurrido que, como se ha señalado, no concurre en la especie.*

Por estas consideraciones y de conformidad, asimismo, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre tramitación del recurso de protección, se revoca la sentencia apelada de veintiuno de junio de dos mil diecinueve, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago y, en consecuencia, se dispone que se rechaza el recurso de protección entablado por don José Tomás Jocelyn-Holt Letelier, en contra de la Municipalidad de Las Condes. ([Volver](#))

10.- “Sindicato de Trabajadores Independientes, Comerciantes Ambulantes de Dulces, Pastillas, Helados y Actividades Conexas de Antofagasta con Club de Deportes Antofagasta” Corte Suprema, Rol 19.686-2019

Hechos del caso: El sindicato recurrente denuncia que el club deportivo le impide realizar su actividad –vender productos- en el Estadio Regional. El recurrido fundamenta su negativa aduciendo su calidad de arrendador del recinto deportivo y señala que, sin desconocer los derechos que a aquellos les concedió la municipalidad, solo podrán ser ejercidos en el estadio, en tanto medie su autorización.

Fundamento: Cuarto: *Que para resolver el asunto sometido al conocimiento de esta Corte, resulta necesario tener presente que el artículo 5, letra c), de la Ley N° 18.695, establece que para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán como atribución esencial –entre otras- la de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna; agregando el artículo 36 del mismo cuerpo legal que los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesión o permiso, refiriendo*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

que los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto sin derecho a indemnización.

Quinto: *Que si bien de lo establecido en las citadas normas se desprende con claridad que todo permiso otorgado por la Municipalidad respectiva para hacer uso de un bien municipal o nacional de uso público es, por su propia naturaleza, de carácter precario, hasta el punto de que pueden ser dejados sin efecto sin derecho a indemnización, lo cierto es que mientras tal permiso esté vigente, su titular tiene derecho a desarrollar la actividad amparada por él, ciñéndose, claro está, a la normativa que la regule.*

Lo anterior reviste la máxima trascendencia, toda vez que consta en autos que la Municipalidad de Antofagasta, a la par que renovó los permisos a los vendedores ambulantes, para que ofrezcan sus servicios, exclusivamente, en el interior del Estadio Regional, además, arrendó el referido recinto deportivo, entregando la administración del mismo al club deportivo recurrido. Pues bien, en el contrato de arrendamiento acompañado en autos, suscrito el 12 de abril de 2019, aprobado por Decreto N° 832, de 10 de mayo último, no se consigna la existencia de los permisos municipales renovados a través del Decreto Alcaldicio N° 128, de 23 de enero último. Se desprende del referido instrumento, cuestión que es refrendada por el recurrido, que el arrendamiento del estadio se pacta por evento deportivo, cuestión que se ha realizado de manera sistemática en el tiempo.

Sexto: *Que de lo expuesto fluye que la Municipalidad de Antofagasta, a quien se le requirió informe, creó una situación ambivalente, toda vez que arrienda a un tercero el Estadio Regional, y a la vez, entrega permiso a los miembros del sindicato recurrente, para que presten sus servicios en el interior de este recinto, siendo evidente que la venta de los productos se debe realizar en los eventos para los que el municipio arrienda el estadio, sin que tal cuestión fuera prevista y resuelta en los instrumentos correspondientes.*

Así, atendido que no se encuentra discutido que los miembros del sindicato recurrente realizan sus actividades desde el año 1964, la protección de la confianza legítima, impide alterar situaciones de hecho respecto de los administrados que tienen una justa aspiración en la estabilidad de las decisiones administrativas, puesto que existiría en el ordenamiento jurídico una especie de necesidad de permanencia en la regulación y aplicación de las normas jurídicas que obligaría a la Administración a actuar de manera que no provoque una alteración intempestiva en la interpretación que ella misma viene dando a las normas o un cambio en la manera de regular o de resolver. Lo que se pretende proteger no es sólo una especie de invariabilidad de las decisiones públicas sino la buena fe de los administrados que confían legítimamente que aquellas decisiones que les han entregado ciertas ventajas o derechos se mantendrán en el tiempo, conforme a la trascendencia que implica proteger las expectativas que los ciudadanos poseen en la aplicación que las autoridades hacen del ordenamiento jurídico (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200009#k11 ,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

“Contra la Confianza Legítima como Límite a la Invalidación de los Actos Administrativos”, por Raúl Letelier Wartenberg).

Séptimo: *Que, en consecuencia, se puede concluir que tanto el Club Deportivo recurrido, como la Municipalidad de Antofagasta, han incurrido en un acto arbitrario, habida consideración que el primero, al negar a los actores, en las condiciones antes descritas, el desarrollo de sus actividades en el interior del recinto durante la realización de los eventos deportivos, puesto que ha desconocido los derechos que a aquellos le asisten en virtud de los permisos vigentes; en tanto, el ente Municipal, al no regular las condiciones en que se deben prestar los servicios de venta en el interior del estadio, durante los eventos a cargo del arrendatario del recinto, menoscaba la situación de los actores, en tanto desconoce sus derechos, sin ejercer las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga para incluso, si lo estima pertinente, no renovar o terminar aquellos.*

Octavo: *Que, en consecuencia, se vulnera el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, puesto que, sin fundamento que lo justifique, se impide a los actores ejercer su actividad comercial en el Estadio Regional, mientras que otras personas, beneficiarias de permisos precarios similar al de los actores, pueden ejercerlas en entornos públicos, por lo que es imprescindible entregar la cautela solicitada, debiendo el Club Deportes Antofagasta entregar a los actores, que tengan permiso municipal vigente, las facilidades para que lleven a cabo su actividad comercial al interior del recinto durante la realización de los eventos deportivos, estableciendo condiciones racionales de ingreso, incumbiendo a aquellos, en todo caso, cumplir con toda la normativa municipal y sanitaria que rige su actividad.*

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veintisiete de junio de dos mil diecinueve, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, y en su lugar, se acoge el recurso de protección deducido en favor de los miembros del Sindicato de Trabajadores Independientes, titulares de permisos vigentes para desarrollar sus actividades al interior del Estadio Regional Calvo y Bascuñán, quienes podrán efectuar sus actividades comerciales al interior del recinto deportivo, en los términos señalados en el fundamento séptimo de la presente resolución. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- Ministerio de Energía, fijación tarifas eléctricas, cambio medidores eléctricos, fiscalización, potestad SEC. Dictamen N°24.830, de 12 de septiembre de 2019.

Hechos del caso: Un grupo de parlamentarios y el Alcalde de la Municipalidad de Punta Arenas, requieren un pronunciamiento sobre la legalidad del Decreto N° 5T, de 2018, que fija fórmulas tarifarias aplicables a los suministros sujetos a precios regulados que se señalan en el Decreto N° 11T, de 2016, de acuerdo a las actualizaciones de los parámetros que se indican, ambos del Ministerio de Energía.

Al efecto, sostienen -en síntesis- que a través del Decreto N° 5T, se actualizaron determinados parámetros de las fórmulas tarifarias establecidas en el Decreto N° 11T, a fin de absorber los nuevos costos e inversiones que implicaría para las empresas distribuidoras de energía eléctrica la dictación de la resolución exenta N° 706, de 2017, de la Comisión Nacional de Energía (CNE) -que fija la Norma Técnica de Calidad de Servicio para Sistemas de Distribución (NT)-, los que no se encontraban reconocidos en el segundo acto administrativo mencionado.

Sin embargo, alegan que no sería claro si en el antedicho Decreto N° 5T se habrían incorporado los mayores costos asociados al retiro o desmantelamiento del empalme y del medidor, y a la ejecución o instalación de tales elementos cuando sea necesaria su reposición en la situación prevista en el artículo primero transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 21.076, que modificó la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE); ni tampoco la manera en que la autoridad ha evitado o evitará un doble pago de servicios e infraestructura y que estos costos sean asumidos o financiados por los usuarios, como lo exigiría el artículo segundo transitorio del primer texto legal citado.

A su vez, señalan que diversas empresas distribuidoras habrían cambiado alrededor de quinientos mil “medidores inteligentes”, a pesar de que aún no se ha dictado el anexo técnico que establezca las exigencias que deberán cumplir tales artefactos, referido en el artículo 6-11 de la NT, agregando que, no obstante ello, dichas empresas han cobrado a sus usuarios la sustitución de los mismos amparándose en el mencionado Decreto N° 5T.

En ese contexto, estiman que el cambio de los aparatos en comento y su cobro carecerían de sustento jurídico, y reclaman que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) no ha fiscalizado tales supuestas irregularidades.

Fundamento: “1. Sobre la juridicidad del decreto N° 5T, de 2018, del Ministerio de Energía.1. Sobre la juridicidad del decreto N° 5T, de 2018, del Ministerio de Energía.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Al respecto, y teniendo presente lo informado por la Subsecretaría de Energía y la CNE, cumple con manifestar, como cuestión previa, que con arreglo a lo previsto, entre otros, en los artículos 181° a 190° de la LGSE -contenida en el decreto con fuerza de ley N° 4/20.018, de 2006, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería-, mediante el decreto N° 11T, de 2016, del Ministerio de Energía, se fijaron las fórmulas tarifarias aplicables a los suministros sujetos a precios regulados que señala, efectuados por las empresas concesionarias de distribución que indica, para el cuadrienio noviembre 2016 - noviembre 2020, acto que fue publicado en el Diario Oficial el día 24 de agosto de 2017.

Precisado aquello, corresponde anotar que conforme con lo establecido en la parte final del artículo 187° de la LGSE, “si antes del término del período de cuatro años de vigencia de las fórmulas, hay acuerdo unánime entre las empresas y la Comisión para efectuar un nuevo estudio de tarifas, éste podrá efectuarse y las fórmulas resultantes tendrán vigencia hasta el término del período en cuestión”.

En relación con lo expuesto, cabe indicar que el día 6 de octubre de 2017, la CNE y las empresas distribuidoras suscribieron, unánimemente, el documento denominado “Acuerdo para efectuar un nuevo estudio de tarifas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187, parte final, de la Ley General de Servicios Eléctricos”.

Se consigna en aquel acuerdo -y en los considerandos de la resolución exenta N° 560, de 6 de octubre de 2017, de la CNE, que lo aprobó-, que el mismo fue suscrito en virtud del precitado artículo 187°, parte final, debido a que, a esa data, la NT se encontraba en proceso de elaboración, y a que, una vez que fuera publicada, su cumplimiento iba a implicar para las nombradas empresas nuevos costos e inversiones en distribución que no estaban reconocidos en las fórmulas tarifarias fijadas en el decreto N° 11T.

Dicha norma técnica, en definitiva, fue fijada a través de la resolución exenta N° 706, de 7 de diciembre de 2017, de la CNE, y publicada en el Diario Oficial el día 18 del mismo mes, esto es, con posterioridad a la fecha de publicación del reseñado decreto N° 11T.

Luego, tras haberse llevado a cabo el nuevo estudio de tarifas, y previo informe técnico de la CNE, el Ministerio de Energía, con fecha 7 de marzo de 2018, dictó el mencionado decreto N° 5T, cuyo artículo primero fijó, a partir de su fecha de publicación y hasta el término del cuadrienio establecido en el decreto N° 11T, las fórmulas tarifarias aplicables a los suministros sujetos a precios regulados que se indican en este último de acuerdo a las actualizaciones de los parámetros que detalla.

Como es dable apreciar, el decreto N° 5T fue dictado al amparo de lo dispuesto en el reseñado artículo 187°, parte final, de la LGSE, con el objeto de incorporar en las respectivas fórmulas tarifarias los nuevos costos e inversiones en que deberán incurrir las empresas distribuidoras para dar

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

cumplimiento a las exigencias previstas en la NT, y que no estaban reconocidos en el pliego de tarifas fijado en el decreto N° 11T, por los motivos anteriormente señalados.

Puntualizado aquello, cabe referirse, enseguida, a la inquietud relativa a si en el antedicho decreto N° 5T se habrían incorporado los mayores costos asociados al retiro o desmantelamiento del empalme y del medidor, y a la ejecución o instalación de tales desmantelamiento del empalme y del medidor, y a la ejecución o instalación de tales elementos cuando sea necesaria su reposición en la situación prevista en el artículo primero transitorio, inciso segundo, de la ley N° 21.076, como lo exigiría su artículo segundo transitorio, según entienden algunos recurrentes.

Al respecto, es dable anotar, en primer término, que el 27 de febrero de 2018 -vale decir, ocho días antes de la dictación del enunciado decreto N° 5T- fue publicada en el Diario Oficial la ley N° 21.076, que modifica la LGSE “para imponer a la empresa distribuidora de energía la obligación de solventar el retiro y reposición del empalme y medidor en caso de inutilización de las instalaciones por fuerza mayor”.

El artículo único de la ley N° 21.076 incorporó a la LGSE el artículo 139 bis, que establece - en lo pertinente- que el “empalme y el medidor son parte de la red de distribución y, por tanto, de propiedad y responsabilidad de la concesionaria del servicio público de distribución o de aquel que preste el servicio de distribución [en adelante, la empresa distribuidora]”, y que el decreto tarifario a que se refiere el artículo 190° de la última ley aludida, o el que lo reemplace, determinará “la forma de incluir en sus fórmulas tarifarias la remuneración de estas instalaciones, así como las condiciones de aplicación de las tarifas asociadas a ellas”.

A continuación, el artículo primero transitorio de la anotada ley modificatoria previene, en su inciso primero, que para efectos de lo dispuesto en ella, los usuarios que a la fecha de su publicación en el Diario Oficial -27 de febrero de 2018- “sean propietarios de medidores o empalmes mantendrán dicha titularidad hasta que se produzca el cambio de alguna de estas instalaciones por parte de [la empresa distribuidora], de acuerdo a los requerimientos de la red eléctrica para el debido cumplimiento de la normativa vigente o lo dispuesto en el inciso siguiente”.

Enseguida, su inciso segundo agrega -en lo esencial- que “Respecto de usuarios que sean propietarios del medidor o empalme, [la empresa distribuidora], a partir de la publicación de la presente ley en el Diario Oficial, deberá asumir íntegramente el costo del retiro o desmantelamiento del empalme y del medidor, así como la ejecución o instalación del empalme y del medidor cuando sea necesaria su reposición, siempre que la inutilización o destrucción de dichas instalaciones se haya producido por fuerza mayor, como terremoto, salida de mar, temporal u otra calamidad, y que la autoridad competente haya decretado estado de catástrofe, de conformidad con la normativa vigente”.

A su turno, el artículo segundo transitorio de la ley N° 21.076 estatuye -en lo que importa que los decretos tarifarios a que aluden los artículos 187° y 190° de la LGSE podrán ser modificados para

incorporar los mayores costos asociados a esta ley y a los estándares y exigencias de calidad y seguridad de servicio y de suministro que establezca la normativa técnica dictada por la CNE, debiendo evitar en todo momento el doble pago de servicios o infraestructura; que las “fórmulas resultantes tendrán una vigencia hasta completar el período tarifario del respectivo decreto modificado”; y que para “la aplicación de lo dispuesto en este inciso, no regirá lo prescrito en los artículos [...] 183 [...] y 187 de la Ley General de Servicios Eléctricos”.

Luego, el artículo tercero transitorio de la ley N° 21.076 preceptúa que “Las obligaciones establecidas en la presente ley, salvo lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero transitorio, entrarán en vigencia a partir de la publicación y vigencia de los decretos tarifarios que incorporen los mayores costos en la prestación del servicio público eléctrico asociados a las exigencias de esta ley”. Como es posible advertir, el nombrado artículo segundo transitorio faculta al Ministerio de Energía para modificar, entre otros, el decreto tarifario referido en el artículo 190° de la LGSE, a fin de “incorporar los mayores costos asociados a esta ley [N° 21.076]”, es decir, el acto que fija las fórmulas tarifarias aplicables a los suministros sujetos a precios regulados, efectuados por las empresas concesionarias de distribución, actualmente el decreto N° 11T.

Sin embargo, de acuerdo con la documentación que se ha tenido a la vista, la antedicha facultad no fue -ni pudo serlo- ejercida por la cartera del ramo con ocasión de la dictación del decreto N° 5T, por cuanto el nuevo estudio de tarifas que le sirvió de sustento concluyó antes de que la ley N° 21.076 fuera publicada en el Diario Oficial.

En lo que concierne al reseñado artículo 139 bis de la LGSE -que también mencionan algunos recurrentes-, cabe indicar que la Subsecretaría de Energía informa que en el decreto tarifario que se dicte de acuerdo con el artículo 190° de la LGSE para el próximo cuadrienio -período 2020 a 2024-, se determinará la forma de incluir en sus fórmulas tarifarias la remuneración de los empalmes y medidores que son parte de la red de distribución y, por tanto, de propiedad y responsabilidad de las empresas distribuidoras, así como sus respectivas condiciones de aplicación; y que aquello no merece reproche de juridicidad que formular.

Por último, es importante destacar que el decreto N° 5T fue remitido en su oportunidad a esta sede de control para cumplir con el correspondiente examen previo de legalidad.

Pues bien, con motivo de aquel estudio esta entidad de fiscalización realizó el pertinente análisis de juridicidad del precitado instrumento. Es así que, luego de examinar y verificar su conformidad con la normativa aplicable en la especie, la Contraloría General, en ejercicio de sus atribuciones consagradas en los artículos 98 y siguientes de la Constitución Política de la República y en la ley N° 10.336, tomó razón del mismo mediante su oficio de alcance N° 23.510, de 2018, por encontrarse ajustado a derecho.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

En mérito de lo expuesto, y dado que no se vislumbran observaciones que formular acerca de los aspectos aludidos en este acápite, no se han acogido las reclamaciones planteadas en la especie.

2. Sobre el cambio de medidores eléctricos efectuado por empresas distribuidoras sin que se hubiere dictado el anexo técnico, el cobro de tarifas por aquel concepto y la supuesta falta de fiscalización de la SEC.

Al respecto, y teniendo presente lo informado por la antedicha repartición, la Subsecretaría de Energía y la CNE, cumple con manifestar que, bajo el Capítulo 6, Título 6-3, de la NT, su artículo 6-11, inciso primero, prevé que “Las exigencias técnicas asociadas a los Sistemas de Medición, Monitoreo y Control que deberán implementar las Empresas Distribuidoras para sus Clientes Regulados, serán establecidas en el Anexo Técnico ‘Sistemas de Medición, Monitoreo y Control’”.

Agrega, su inciso segundo, que sin perjuicio de lo anterior, aquellos sistemas “deberán disponer, al menos”, de las funcionalidades generales de medición, monitoreo y control, las que, a su vez, deberán cumplir con los requerimientos y condiciones que allí se describen.

El inciso tercero del mismo artículo 6-11 complementa que en el anexo de que se trata “se establecerá el nivel de eficacia con que se deberán cumplir las exigencias establecidas en el presente artículo, el que no podrá ser inferior a un 90%, para un periodo de tiempo que será establecido en dicho anexo”.

En tanto, el artículo 7-9 transitorio, inciso primero, de la NT, prescribe que las empresas distribuidoras deberán dar cumplimiento a las exigencias indicadas en su Título 6-3 del Capítulo 6, disponiendo al efecto que el 15%, 40%, 80% y 100% de los clientes conectados de cada empresa deberán estar incorporados al Sistema de Medición, Monitoreo y Control, al término del segundo, cuarto, sexto y séptimo año, respectivamente, “contado desde la entrada en vigencia de las nuevas fórmulas tarifarias a que se refiere el artículo 187, parte final, de la Ley, o en su defecto, desde la entrada en vigencia del decreto tarifario que reemplace las tarifas máximas del Decreto Supremo N° 11T, de 2016, del Ministerio de Energía”.

Cabe consignar que el mentado anexo técnico fue fijado mediante la resolución exenta N° 468, de 2019, de la CNE, publicada en el Diario Oficial el día 22 de agosto del mismo año, y que sus exigencias rigen -en lo que importa- desde el mes de septiembre de igual anualidad.

Como puede advertirse, el inicio del transcurso de los plazos indicados en el párrafo anteprecedente y, por ende, el cumplimiento por parte de las empresas distribuidoras de lo dispuesto en el precitado artículo 6-11 de la NT, se supeditó -en lo que interesa- a la entrada en vigencia de las nuevas fórmulas tarifarias a que alude el artículo 187°, parte final, de la LGSE, esto es, las contenidas en el decreto N° 5T.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Sobre este punto, se debe recordar además que la Contraloría General, al efectuar el control preventivo de juridicidad de aquel decreto tarifario, tomó razón del mismo “teniendo presente que las exigencias de las disposiciones de la norma técnica [...], están vinculadas, en lo pertinente y para los fines que sean del caso, con la fecha de entrada en vigencia del decreto en examen”, tal como así se consignó en el oficio de alcance N° 23.510, de 2018, de este origen.

De este modo, y considerando que el artículo primero del decreto N° 5T fijó las mencionadas fórmulas tarifarias a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, circunstancia que se verificó el día 28 de septiembre de 2018, es posible concluir que desde esa data comenzaron a correr los plazos que el artículo 7-9 transitorio, inciso primero, estatuye para que las empresas distribuidoras cumplan las exigencias prescritas en el artículo 6-11, ambos de la NT, y, por lo tanto, desde ese momento se encuentran habilitadas para adoptar las medidas tendientes a aquello, a lo que es dable añadir que de la lectura de dicha norma no se vislumbran elementos de juicio que permitan aseverar que su vigencia se hubiere condicionado a la dictación del señalado anexo técnico, como erróneamente sostiene parte de los recurrentes.

También, que desde igual fecha tales empresas pueden cobrar a sus usuarios los precios establecidos en el reseñado decreto N° 5T.

En adición a lo expuesto, se debe relevar que de acuerdo con el artículo 3°, N° 14, párrafo primero, de la ley N° 18.410 -que crea la SEC-, a esta le corresponde, en lo que importa, autorizar a organismos de certificación, organismos de inspección, laboratorios de ensayos o entidades de control para que realicen o hagan realizar bajo su exclusiva responsabilidad las pruebas y ensayos que tal repartición estime necesarios, con el objeto de otorgar unlas pruebas y ensayos que tal repartición estime necesarios, con el objeto de otorgar un certificado de aprobación a los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales eléctricos.

El mismo párrafo agrega que la SEC fiscalizará el debido cumplimiento de las funciones asignadas a los organismos, laboratorios o entidades autorizadas.

Luego, el párrafo segundo del citado N° 14 establece -en lo que interesa- que los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales que, de conformidad con la normativa vigente, deban sujetarse a la certificación prevista en su párrafo primero, no podrán comercializarse en el país sin contar con el o los respectivos certificados y con la pertinente etiqueta de consumo energético, de ser esta exigible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4° del decreto ley N° 2.224, de 1978.

El párrafo final del aludido N° 14 previene que “Los certificados de aprobación emitidos por los organismos autorizados [...], relativos a los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales eléctricos, [...] deberán acreditar que cumplen con los estándares de seguridad,

eficiencia energética, calidad y emisiones que fijen los organismos competentes en cada una de estas materias”.

A su turno, el artículo 124, inciso primero, del decreto N° 327, de 1997, del Ministerio de Minería - que fija el reglamento de la LGSE-, prescribe, en lo esencial, que “Los medidores sólo podrán ser instalados si han sido previamente revisados, calibrados, sellados y certificados, y serán controlados, a partir de ese momento, por cualquier organismo o laboratorio de certificación autorizado por la Superintendencia para tal efecto”.

Seguidamente, el inciso segundo de aquella norma reglamentaria dispone que “La responsabilidad por la mantención de los medidores será de los concesionarios, independientemente de la titularidad del dominio sobre ellos”.

De la regulación transcrita, y en concordancia con lo señalado en los artículos primero, inciso primero, segundo -en la parte relativa a la incorporación de los mayores costos asociados a los estándares y exigencias de calidad y seguridad de servicio y de suministro establecidas en la normativa técnica dictada por esa comisión- y tercero, todos transitorios de la ley N° 21.076, y en la NT, fluye, entonces, que hasta el mes de agosto de 2019 las empresas distribuidoras estaban autorizadas para cambiar los medidores existentes por nuevos aparatos siempre que estos hubiesen sido previamente revisados, calibrados, sellados y certificados en conformidad con las citadas disposiciones de la ley N° 18.410, del reglamento de la LGSE y los restantes preceptos vinculados a tales aspectos.

También, que a partir del mes de septiembre de 2019 corresponde a la SEC, en el ejercicio de sus potestades, fiscalizar que los nuevos medidores que se instalen por las empresas distribuidoras cumplan, adicionalmente, con las exigencias asociadas a los Sistemas de Medición, Monitoreo y Control establecidas en el anexo técnico en comento.” ([Volver](#)).

2.- FFAA, comisión de servicio en el extranjero, viático, pago parcial, monto, asignación de costo de vida, alumnos escuelas institucionales. Dictamen N°24.806, de 12 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: La Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y el Departamento de Previsión Social y Personal de esta Entidad Fiscalizadora, han formulado diversas consultas acerca del pago de viáticos respecto del personal en comisión de servicio en el extranjero regido por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

Fundamento: “1.- En primer lugar, se requiere un pronunciamiento respecto a si el anotado personal que efectúa comisiones de servicio al extranjero por un período inferior a treinta días y recibe alojamiento, rancho en casinos (alimentación) y asignación per diem, tiene derecho a percibir viáticos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 198, letra c), del referido estatuto.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 149, del citado decreto con fuerza de ley dispone que es comisión de servicio la que recibe el personal que sin dejar de pertenecer a su unidad o repartición, es designado para el cumplimiento de funciones en otra unidad o repartición de la misma institución o en otro servicio público, en el territorio nacional o en el extranjero. Agrega su inciso segundo, que podrá también comisionarse al personal para efectuar estudios, en el país o en el extranjero.

Enseguida, el párrafo 5°, capítulo VI, título segundo, del anotado decreto con fuerza de ley se refiere a los derechos del personal en comisión de servicio en el extranjero.

En esta materia, podemos distinguir las remuneraciones de los otros beneficios a que tienen derecho dichos funcionarios. Respecto de las primeras es dable manifestar que la regla general está indicada en el artículo 196, que dispone que el personal en comisión de servicio en el extranjero gozará de los sueldos en moneda dólar de los Estados Unidos de América que se establecen en la escala que allí se señala.

Enseguida, el artículo 198, del mismo estatuto indica que las remuneraciones del personal en comisión en el extranjero serán pagadas en dólares, de conformidad con la escala establecida en el artículo 196, con las excepciones que consigna, entre las cuales y en lo que concierne a la consulta de la especie, nos referiremos a las letras c) y d).

Así, la letra c) del citado artículo 198, señala que el personal que en comisiones de duración inferior a treinta días, disfrute de alojamiento, rancho en casinos y de asignación duración inferior a treinta días, disfrute de alojamiento, rancho en casinos y de asignación en dinero denominada "Per diem", percibirá, además de las remuneraciones a que tenga derecho en el país pagadas en moneda nacional, una asignación especial en dólares, calculada por días y equivalente al uno por mil del sueldo anual que le correspondería según las disposiciones generales.

Por su parte, la letra d) del mismo artículo 198, expresa que personal comisionado al extranjero por períodos inferiores a treinta días percibirá, además de sus remuneraciones en moneda nacional, un viático en dólares de acuerdo con los montos que se establezca para este personal por decreto supremo del Ministerio de Defensa con la firma del Ministerio de Hacienda, el que se incrementará en el porcentaje de costo de vida que corresponda.

Más tarde, cabe mencionar que el artículo 200, letra f), del referido Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, establece que toda comisión de servicio en el extranjero conferirá al personal, entre otros, el derecho a percibir viático cuando, de acuerdo con las reglas generales deba pernoctar fuera del lugar de su residencia habitual. Por decreto supremo del Ministerio de Defensa Nacional, que llevará además la firma del Ministerio de Hacienda, se fijará, anualmente, el monto de este beneficio.

En este contexto, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, ha señalado en los dictámenes N°s 34.108, de 2001, y 13.067, de 2010, que el viático es un beneficio compensatorio por

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

los mayores gastos en que debe incurrir el funcionario que, por razones de servicio y en cumplimiento de cometidos o comisiones administrativas, debe pernoctar o alimentarse fuera del lugar de su desempeño habitual.

Al respecto, de las normas citadas es dable colegir que el personal que ha sido comisionado en el extranjero por un período inferior a treinta días y disfruta de alojamiento, rancho en casinos y, eventualmente, asignación per diem, encontrándose en la hipótesis de la letra c) del artículo 198, no tiene derecho a percibir viáticos, por cuanto no ha realizado ningún desembolso por concepto de alojamiento y alimentación.

2.- En segundo término, el Departamento de Previsión Social y Personal, consulta si resulta procedente el pago de viáticos parciales respecto del mismo personal en comisión de servicio en el extranjero que deba incurrir solo en gastos de alimentación o de alojamiento.

Sobre el particular, es dable manifestar que el artículo 194, del citado decreto con fuerza de ley N° 1 de 1997, señala que el personal afecto a este Estatuto tendrá derecho a asignación familiar, de movilización y de pérdida de caja, viáticos y bonificación de permanencia, todos beneficios no imponibles, de acuerdo con la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo y demás normas legales que los establezcan.

En este sentido, cabe expresar que el artículo 1° del decreto con fuerza de ley N° 262, de 1977, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de viáticos para el personal de la Administración Pública, entre los que se encuentran los regidos por la ley N° 18.834, establece que los trabajadores del sector público que en su carácter de tales y por razones de servicio deban ausentarse del lugar de su desempeño habitual, dentro del territorio de la República, tendrán derecho a percibir un subsidio, que se denominará viático, para los gastos de alojamiento y alimentación en que incurrieren, el que no será considerado sueldo para ningún efecto legal.

Luego, su artículo 5° agrega que si el trabajador no tuviere que pernoctar fuera del lugar de su desempeño habitual, si recibe alojamiento por cuenta del servicio, institución o empresa empleadora o pernocta en trenes, buques o aeronaves, sólo tendrá derecho a percibir el 40% del viático que corresponda.

Además, según se previene, entre otros, en el dictamen N° 78.685, de 2016, en el evento que se proporcione alimentación y el beneficiario solamente deba efectuar gastos de alojamiento, corresponde el pago de un viático de un 60%.

Enseguida, procede hacer presente que el monto de los viáticos a que tienen derecho los funcionarios de la Administración Civil del Estado, regulados por la ley N° 18.834, cuando efectúan comisiones de servicio al extranjero, se encuentra regulado en el decreto N° 705, de 2016, del Ministerio de Hacienda, cuerpo normativo que no contempla la posibilidad de pagar viáticos parciales, en los

términos indicados en los párrafos precedentes, en el caso de que los empleados reciban alimentación o alojamiento.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Entidad de Control contenida en los dictámenes N°s 6.199, de 1994 y 1.323 de 2009, entre otros, ha manifestado que en aquellos casos en que un funcionario es comisionado al extranjero y percibe el alojamiento o bien la alimentación, el viático que le corresponde debe ser pagado en forma parcial, para lo cual ha estimado que cabe considerar como pauta para establecer la proporción que le correspondería del beneficio, la que se ha tenido en cuenta respecto de los viáticos efectuados en territorio nacional, por el decreto con fuerza de ley N° 262, de 1977, de

Hacienda, atendido que se trata de estipendios de la misma naturaleza. Ahora bien, tratándose del personal de las Fuerzas Armadas, el monto de los viáticos que han de percibir por comisiones de servicio al extranjero por un período menor a 30 días se encuentra contenido en el decreto N° 397, de 1979, del Ministerio de Hacienda, cuerpo normativo que tampoco cuenta con disposiciones que se refieran al pago parcial de viáticos cuando el personal respectivo recibe alojamiento o alimentación, por lo que utilizando el mismo criterio que se ha concebido para la Administración Civil, es preciso concluir que se deben aplicar las reglas contenidas en el decreto con fuerza de ley N° 262, de 1977, de Ministerio de Hacienda.

Lo anterior, implica que corresponde el pago del viático completo, si se debe incurrir en gastos de alojamiento y alimentación, y el viático parcial del 40% contemplado en su artículo 5° si no se tiene que pernoctar, si recibe alojamiento por cuenta del servicio, o pernocta en trenes, buques o aeronaves, vale decir, este último tiene por finalidad cubrir sólo los gastos de alimentación, y en el evento que se proporcione alimentación y el beneficiario solamente deba efectuar gastos de alojamiento, corresponde el pago de un viático de un 60%.

3.- Por otro lado, también se consulta cuántos decretos supremos se deben dictar para determinar el monto de los viáticos internacionales a que tienen derecho los funcionarios de las Fuerzas Armadas.

Sobre el particular, procede señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 198, letra d), del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, el personal comisionado al extranjero por períodos inferiores a treinta días percibirá un viático en dólares de acuerdo con los montos que se establezcan para este personal por decreto supremo del Ministerio con los montos que se establezcan para este personal por decreto supremo del Ministerio de Defensa con la firma del Ministerio de Hacienda, el que se incrementará en el porcentaje de costo de vida que corresponda.

Seguidamente, cabe considerar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 200, letra f), del citado cuerpo estatutario, toda comisión de servicio en el extranjero conferirá al personal el derecho a percibir viático cuando, de acuerdo con las reglas generales deba pernoctar fuera del lugar de su residencia

ZÚÑIGA – CAMPOS **ABOGADOS**

habitual. Agrega que, por decreto supremo del Ministerio de Defensa Nacional, que llevará además la firma del Ministro de Hacienda, se fijará, anualmente, el monto de este beneficio.

Del tenor de las disposiciones transcritas, puede advertirse que el legislador ordenó, para efectos de la determinación de los montos a enterar por concepto de viáticos, que el citado Ministerio de Defensa Nacional dictara dos decretos supremos diferentes, uno relativo a los funcionarios que efectuaran comisiones de servicio de hasta treinta días, y otro para aquellos cuyas comisiones superaran tal período.

Así, del examen de la normativa que regula la materia, ha sido posible observar que la mencionada Secretaría de Estado solo ha emitido el decreto N° 397, de 1979, del Ministerio de Hacienda -que fija el monto de viático en dólares para el personal que deba cumplir comisiones en el extranjero de hasta treinta días-, preceptiva que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° transitorio del citado estatuto de las Fuerzas Armadas, aún se encuentra vigente.

En primer término, se debe señalar, que resulta procedente que se dicten dos decretos distintos, uno que fije el viático en dólares en comisiones de servicio al extranjero por períodos de hasta treinta días y otro para aquellas que superan este lapso, atendido que dependiendo de su duración, los funcionarios tienen derecho a recibir sus remuneraciones en moneda nacional o en moneda dólar.

Luego, es dable indicar que no aparece que el decreto supremo que debe ser dictado en forma anual de acuerdo a lo indicado en el artículo 200, letra f), del anotado estatuto, que regula el monto de los viáticos a que tiene derecho el personal en comisiones de servicio al extranjero, haya sido emitido, por lo que la autoridad deberá velar para que se subsane dicha omisión.

4.- Más tarde, se consulta si la asignación "Per diem" es un requisito para percibir los demás beneficios indicados en el artículo 198, letra c), del anotado decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que señala que el personal que en comisiones de duración inferior a treinta días, disfrute de alojamiento, rancho en casinos y de asignación en dinero denominada "Per diem", percibirá, además de las remuneraciones a que tenga derecho en el país pagadas en moneda nacional, una asignación especial en dólares, calculada por días y equivalente al uno por mil del sueldo anual que le correspondería según las disposiciones generales.

En esta materia, es dable expresar que no aparece que la referida asignación "Per diem", forme parte de las remuneraciones y beneficios que reciben los funcionarios de las Fuerzas Armadas, por lo que es preciso concluir que su percepción no es un requisito para recibir la asignación especial en dólares que se indica en el reseñado artículo 198 letra c), del estatuto en análisis.

5.- Luego, se pregunta si en el caso de comisiones de servicio al extranjero por un período inferior a 30 días en que los respectivos servidores tienen derecho a viático, se puede rebajar el monto de éste

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

fijado en el decreto N° 397, de 1979 del Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 198, letra f), del Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas.

Al respecto cabe señalar que el artículo 151 del anotado estatuto previene en sus literales a) a f), las formas en que pueden ser servidas las comisiones de servicio en el extranjero, entre las que se encuentran, por nombrar algunas, agregado militar, jefe de misión logística, personal embarcado, etc. Luego, el inciso final del referido precepto indica que podrá también decretarse otras comisiones de servicio al extranjero distintas a las de las letras anteriores, cuando se fundamenten las razones que la justifiquen, su naturaleza y finalidades.

A continuación, y en lo que importa, el artículo 198 del Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas precisa que las remuneraciones del personal en comisión de servicio en el extranjero serán pagadas en dólares, sin perjuicio de lo indicado en la letra f) de ese precepto, conforme a la cual, el Presidente de la República podrá fijar una remuneración inferior o forma de pago diferente, tratándose de las comisiones a que se refiere el inciso final del artículo 151.

Enseguida, conviene señalar que los dictámenes N°s 47.642, de 1998, y 5.181, de 2002, entre otros, han precisado que el viático ha sido consagrado como una indemnización a la que tiene derecho el empleado para cubrir los gastos de alojamiento y alimentación en que deba incurrir como consecuencia de un cometido funcionario o comisión de servicios, razón por la cual no constituye renta que deba incluirse en el concepto de remuneración, toda vez que no corresponde a un ingreso percibido en forma habitual y permanente por los beneficiarios.

De esta manera, atendido que el artículo 198, letra f), no distingue la duración de la comisión de servicio a la que se refiere y que el viático no se encuentra dentro del concepto de remuneración, procede concluir que la facultad que otorga dicho precepto al Presidente de la República para disminuir la remuneración o pagarla de forma diferente cuando se trata de comisiones de servicio menores a 30 días dispuestas en la forma indicada en el inciso final del artículo 151, no puede afectar el monto del viático internacional a que tiene derecho el funcionario comisionado en el extranjero, lo que no obsta a una rebaja de las remuneraciones del respectivo empleado.

6.- Enseguida, se consulta acerca de la naturaleza de la asignación de costo de vida y si ésta puede ser rebajada al tenor de lo dispuesto en el artículo 198, letra f), del estatuto en comento.

En este punto, resulta útil manifestar que tratándose de comisiones de servicio al extranjero por un período de 30 días o más, el personal que las realiza tiene derecho a recibir su sueldo en moneda dólar de acuerdo a la tabla indicada en el artículo 196 y además una asignación mensual de costo de vida contenida en el artículo 197, destinada a compensar los mayores gastos en que deban incurrir por residir en determinados países o lugares de éstos, que se calculará sobre el sueldo y la asignación familiar que perciba el comisionado en el extranjero.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Al respecto, cabe señalar que el dictamen N° 37.767, de 2009, ha indicado que la aludida asignación de costo de vida es una remuneración compensatoria, por lo que en caso de las citadas comisiones dispuestas en virtud de lo previsto en el inciso final del citado artículo 151 del estatuto en estudio, atendido su carácter remuneracional y que es percibida de forma permanente por los anotados servidores mientras se encuentran en el extranjero, es dable concluir que el anotado emolumento puede ser disminuido según lo establecido en el artículo 198, letra f), del mismo cuerpo normativo.

8.- Finalmente, se consulta respecto de si el artículo 198, letra f), permite fijar al Ministerio de Defensa Nacional una asignación especial única o asignación por viajes a los alumnos de las escuelas institucionales que deben efectuar viajes al extranjero como parte de su proceso de formación y si el monto de ésta es discrecional o pueden usarse los parámetros que indica.

Sobre el particular, cabe expresar que al artículo 4° de la ley N° 18.948, Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, señala que el personal de las Fuerzas Armadas estará constituido por el personal de planta, el personal a contrata y el personal de reserva llamado al servicio activo. El personal de planta está constituido por: Oficiales, Cuadro Permanente y de Gente de Mar, Tropa Profesional y Empleados Civiles.

Enseguida, es útil tener en cuenta que el artículo 2º, del referido Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas indica que quedará afecto a este Estatuto el personal que integre las plantas del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como oficial, cuadro permanente o gente de mar, tropa profesional, o empleado civil, el personal a contrata y el personal de reserva llamado al servicio activo.

Añade su inciso segundo, en lo que interesa, que las normas del presente estatuto regirán también a los alumnos de las escuelas institucionales, en aquellas materias que les sean aplicables.

Al respecto, es dable destacar que tanto la ley orgánica de las Fuerzas Armadas como su Estatuto de Personal, han señalado expresamente aquellas materias en las que se hace aplicable esa normativa a los alumnos de las escuelas institucionales, lo que no ha ocurrido en materia de comisiones de servicios ni respecto de las remuneraciones y beneficios que éstas generan, entre los cuales pueden incluirse los viáticos.

De esta manera, es preciso concluir que el artículo 198, letra f), que se encuentra dentro de los derechos del personal que realiza comisiones de servicio al extranjero, no faculta a la autoridad para establecer una asignación especial única ni una asignación de viaje a los alumnos de las escuelas matrices.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta útil hacer presente que si con motivo de completar su formación, los referidos alumnos deben realizar viajes al extranjero dispuestos por la autoridad correspondiente, en un interés nacional, procede que los mayores gastos que los anotados estudiantes efectúen por estos desplazamientos les sean reembolsados, puesto que en caso contrario se produciría un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración. [\(Volver\)](#).

3.- Urbanismo, disminución del límite urbano, comunas sin plan regulador intercomunal o metropolitano. Dictamen N°24.833, de 12 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: Se requirió por la Jefa de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, un pronunciamiento acerca de la procedencia de disminuir el límite urbano en comunas que no cuentan con Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano, mediante la modificación del plan regulador comunal respectivo, dado que en el Oficio N° 31.416, de 2009, de esta Sede de Control, pues tal situación no se encontraba regulada.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 28 decies de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), aprobada por el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, de la individualizada secretaría de Estado -precepto introducido por la ley N° 21.078, sobre transparencia del mercado del suelo e impuesto al aumento de valor por ampliación del límite urbano-, dispone que la planificación urbana es una función pública cuyo objetivo es organizar y definir el uso del suelo y las demás normas urbanísticas de acuerdo con el interés general, debiendo conforme con su letra c) “ajustarse a los principios de sustentabilidad, cohesión territorial y eficiencia energética, procurando que el suelo se ocupe de manera eficiente y combine los usos en un contexto urbano seguro, saludable, accesible universalmente e integrado socialmente”.*

A su turno, el artículo 41 de la LGUC prevé, en su inciso primero, que “Se entenderá por Planificación Urbana Comunal aquella que promueve el desarrollo armónico del territorio comunal, en especial de sus centros poblados, en concordancia con las metas regionales de desarrollo económico-social”. Agrega en sus siguientes incisos que esta se realizará a través de un plan regulador comunal (PRC), el que se ceñirá a las normas que ahí se detallan, y que sus disposiciones se referirán, en lo que atañe, a la fijación de límites urbanos.

Luego, el artículo 52 de la LGUC establece que “Se entenderá por límite urbano, para los efectos de la presente ley y de la Ley Orgánica de Municipalidades, la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal”.

A su vez, el artículo 54 del antedicho texto legal, dispone en su inciso primero, que “En las ciudades en que se aprobare un plan regulador el límite urbano fijado por éste reemplazará automáticamente al límite urbano anterior”.

Además, el artículo 55 de la LGUC, regula la situación fuera de los límites urbanos establecidos en los planes reguladores, indicando un procedimiento para aquellos casos en que excepcionalmente es factible subdividir y urbanizar terrenos rurales y los requisitos para erigir las construcciones en esa área.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por su parte, el artículo 1.1.2. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, sancionada por el decreto N° 47, de 1992, del reseñado ministerio, define “Límite urbano” como la “línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana establecidas en los instrumentos de planificación territorial, diferenciándolos del resto del área comunal”.

Por último, debe anotarse que el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, define el término “fijar” como “determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto” y el concepto “modificar” como “transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características” como “transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características”.

Pues bien, de las normas expuestas se aprecia que la disminución del límite urbano no constituye una materia que se encuentre explícitamente regulada en la preceptiva vigente.

Sin embargo, a juicio de esta Entidad, tal circunstancia no tiene como consecuencia necesaria que tal disminución no pueda realizarse, si se considera que el objeto de la fijación de la línea de que se trata es precisamente definir qué terrenos de una comuna deben revestir esa cualidad, para diferenciarlos del resto, que se calificará como rural.

Siendo ello así, corresponderá al planificador urbano ponderar si han variado los supuestos que habían fundado su anterior determinación y, por cierto, dar cumplimiento a los principios que guían el ejercicio de su función, v.gr., el de sustentabilidad, y procurando que el suelo se ocupe de manera eficiente.

En ese contexto, teniendo presente además que el alcance de las expresiones “fijar” y “modificar” no se circunscribe a la mera mantención o ampliación de algo -y coincidiendo con lo manifestado por la solicitante-, no se advierte impedimento para que, en comunas que no cuenten con un Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano, un PRC, mediante la atingente modificación en conformidad con la normativa aplicable, reduzca su límite urbano. ([Volver](#)).

4.- Feriado pendiente, funcionarios a honorarios, cambio vínculo jurídico. Dictamen N°24.807 de 12 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: El Subsecretario de Transportes solicitó que se aclare el Oficio N° 5.181, de 2017, de la I. Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, y que determine que los servidores a honorarios que fueron traspasados a la contrata en virtud de lo dispuesto en las leyes de presupuestos que indica, y que no hayan gozado de feriado legal durante un año calendario en virtud de su convenio a honorarios, pueden disfrutar de ese derecho una vez que ocurra el traspaso, siendo útil para efectos de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley N° 18.834, el lapso desempeñado a honorarios, sin que deban esperar otro año, ahora como contrata, para disfrutar del descanso

En similares términos, el Director Regional del Fondo de Solidaridad e Inversión Social de Arica y Parinacota, en adelante FOSIS, solicitó un pronunciamiento sobre la situación de los servidores a honorarios que fueron traspasados a la contrata a partir del 1 de enero de 2018, añadiendo que, en caso de que proceda el goce del feriado considerando para ello el tiempo inmediatamente anterior trabajado a honorarios, se determine como otorgar ese beneficio a los profesionales que no pudieron llevar a cabo el procedimiento para acumularlo en conformidad a la normativa legal.

Asimismo, el Director General de Concesiones de Obras Públicas, en adelante DGC, consultó por la procedencia de otorgar el feriado legal a las personas que fueron traspasadas en virtud de lo dispuesto en el artículo cuarto transitorio de la Ley N° 21.044, que creó ese organismo, manifestando que mediante su Ordinario N° 438, de 2018, impartió instrucciones sobre la materia, señalando que los traspasados durante esa anualidad podrán utilizar los días de feriado legal o los que les resten del convenio a honorarios, siempre que cumplan con el requisito de haber servido previamente en la Administración Pública durante un año, en forma continua o discontinua, pudiendo asimismo, postergarlo y/o acumularlo para la anualidad del año 2019.

A su turno y con ocasión del caso particular de la servidora que indica, la Asociación de Funcionarios de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de La Araucanía, solicitó un pronunciamiento en relación a las instrucciones emanadas del Departamento de Gestión de las Personas de esa Secretaría de Estado acerca de la aplicación del citado dictamen N° 24.233, de 2018, según las cuales solo se le reconoce el feriado -o el saldo pendiente- al personal que cambie su calidad jurídica de honorarios a contrata en la medida que cumpla el requisito de haberse desempeñado un año como funcionario en la Administración del Estado.

Finalmente, doña Isidora Gómez Cartes, funcionaria a contrata de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo y antes contratada a honorarios en ese organismo, solicita que se determine su derecho a hacer uso de feriado legal en el año 2019, en atención a lo resuelto en el aludido dictamen N° 24.233, de 2018, informando a este respecto el servicio que a la interesada no le corresponde ejercer esa prerrogativa en este año y que el referido pronunciamiento no dispone que el tiempo servido a honorarios pueda ser computado para efectos de establecer la anualidad que exige el artículo 107 de la Ley N° 18.834, sino que se refiere al hecho de que un funcionario, que ha sido contratado primero a honorarios y luego a contrata, se encuentra imposibilitado de ejercer su feriado legal si ya lo utilizó en la misma anualidad, aun cuando haya sido en otra calidad jurídica.

Fundamento: Consultada sobre la materia, la Dirección de Presupuestos manifiesta que las Leyes de Presupuestos del Sector Público de los años 2017, 2018 y 2019, regularon para cada una de dichas

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

anualidades el traspaso de honorarios a contrata, reconociéndose a nivel legislativo que se trata de un cambio de calidad en la contratación. Señala que del tenor de lo prescrito en el artículo 11 de la ley N° 18.834, la naturaleza jurídica de la relación que poseen los honorarios con la Administración es distinta de la de aquellos que son funcionarios públicos, sea a contrata o de planta y así lo ha sostenido la jurisprudencia de este origen.

En tal contexto, sostiene que para efectos de acceder a los derechos estatutarios que requieren del desempeño funcionario por un determinado plazo, no resulta posible computar aquel período en el cual se prestaron servicios como honorarios. De este modo, para gozar del feriado regulado en el Estatuto Administrativo, se requiere, por disposición expresa de su artículo 107, un año de desempeño como funcionario, por lo que el tiempo en el cual se prestó servicios como honorario no resulta útil para efectos de esa norma.

Al respecto, cabe mencionar que la ley N° 18.834, en su artículo 102, previene que se entienda por feriado el descanso a que tiene derecho el funcionario, con el goce de todas las remuneraciones, durante el tiempo y bajo las condiciones que se indican, con la intención, según se precisó en el dictamen N° 42.181, de 2011, de este origen, de conseguir, a través de periodos de descanso, la recuperación de las energías y del desgaste sufrido por los funcionarios en el ejercicio de sus labores.

Agrega el artículo 103 del citado Estatuto Administrativo que el feriado corresponderá a cada año calendario, en tanto que el artículo 107 de la misma normativa previene que el funcionario que ingrese a la Administración del Estado no tendrá derecho a hacer uso de ese beneficio mientras no haya cumplido efectivamente un año de servicio.

En este contexto, en armonía con el criterio expresado en el dictamen N° 19.452, de 2014, para satisfacer la condición que contempla el mencionado artículo 107, se requiere desempeños efectivos como funcionario, calidad que como ha precisado el dictamen N° 8.876, de 2014, no poseen quienes llevan a cabo tareas en virtud de contratos a honorarios.

Luego, cabe señalar que el citado dictamen N° 16.512, de 2018, se refirió a la posibilidad de que respecto de los servidores a honorarios traspasados a la contrata en virtud de las leyes de presupuesto que indica, sean contabilizadas sus prestaciones a honorarios para efectos de invocar la confianza legítima, concluyendo que ha sido el propio legislador el que ha efectuado un reconocimiento de la continuidad y habitualidad de las funciones de tales servidores, por lo que resulta acorde con la jurisprudencia de esta Entidad de Control, que para efectos de invocar la confianza legítima, se sumen los lapsos, previos al traspaso, en que aquellos se han desempeñado en el mismo organismo de manera continua y sobre la base de honorarios.

Por su parte, el dictamen N° 24.233, de 2018, concluyó, en lo que interesa, que cuando se produce la reincorporación de un exfuncionario que ha tenido un desempeño anterior en la Administración del Estado superior a un año, tiene derecho a solicitar su feriado en el mismo año que se reincorpora, salvo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

que ya haya hecho uso de él en dicho lapso, en cualquier calidad jurídica, en cuyo caso no podrá usar nuevamente ese descanso -o solo podrá usar lo que le reste, según sea el caso-, ya que la legislación que regula la materia no admite disfrutar dos veces de la misma prerrogativa.

Agregó ese dictamen, que lo anterior cobra más sentido en el caso de los servidores traspasados desde la calidad de honorarios a la contrata en virtud de las leyes de presupuestos del sector público de los años 2016, 2017 y 2018, quienes en virtud del dictamen N° 16.512, de 2018, de este origen, pueden considerar las prestaciones a honorarios previas para efectos de invocar la confianza legítima en los términos que disponen los dictámenes N 85.700, de 2016 y 6.400, de 2018, ya que en estos casos, y a través de ese mecanismo de traspaso, el legislador reconoce la permanencia del servidor sobre la base del tiempo de vinculación anterior bajo el régimen a honorarios.

Como puede advertirse, los invocados dictámenes N 16.512 y 24.233, de 2018, si bien han reconocido el tiempo trabajado por los servidores a honorarios en la medida que éstos hayan sido traspasados a contrata según lo dispuesto en las leyes de presupuesto que se indican, ello ha sido solo para efectos de invocar la confianza legítima, sin que pueda concluirse que este último establezca la posibilidad de que ese lapso sirva también para efectos del cumplimiento del requisito legal que exige el citado artículo 107 para hacer uso del feriado por primera vez, luego de un ingreso a la Administración del Estado.

Así, es necesario dejar establecido que la reseñada jurisprudencia no ha concluido que el tiempo servido a honorarios por los servidores traspasados pueda considerarse para hacer uso de otros beneficios o derechos estatutarios que requieren del desempeño en calidad de funcionario público por un determinado plazo para acceder a ellos, como sucede con el feriado.

No obstante lo anterior, es menester considerar que respecto de las personas contratadas a honorarios la reiterada jurisprudencia de este origen ha señalado que éstas se rigen por las reglas del contrato respectivo y no les son aplicables las disposiciones del Estatuto Administrativo, contenido en la ley N° 18.834, por expresa disposición de su artículo 11, inciso final, careciendo por tanto de los derechos que contempla esa preceptiva -como el feriado-, salvo que aquellas prerrogativas se hayan estipulado expresamente en el respectivo convenio.

Es así como los organismos que integran la Administración y que recurren a la contratación de personal a honorarios, bajo el supuesto regulado en el inciso segundo del artículo 11 de la ley N° 18.834, esto es, para suplir las labores habituales de la institución que no alcanza a desarrollar la dotación permanente y transitoria, suelen incorporar en los convenios que suscriben con aquellos una cláusula en virtud de la cual les asiste el derecho a uso de días de feriado legal en las mismas condiciones que lo prevé el Estatuto Administrativo, es decir, previa continuidad laboral en el servicio de que se trate, u otro que conforme la Administración.

En ese contexto, resulta habitual que las personas que se desempeñan a honorarios, accedan al feriado una vez transcurrido un año, advirtiéndose que si luego se produce un cambio en su calidad jurídica -al pasar a la contrata- y se le desconoce la posibilidad de impetrarlo bajo este nuevo régimen de vinculación, ello impediría la satisfacción del fin último de esa franquicia, que de acuerdo a lo señalado en el dictamen N° 4.924, de 1995, de este origen, es la obtención de un máximo rendimiento del empleado en el desempeño de sus funciones, lo que solo es posible en la medida que haya un descanso efectivo a través del cual este se recupere del desgaste productivo por el trabajo anual.

Por consiguiente, cabe concluir que los servidores que se han desempeñado por un año a honorarios conforme al inciso segundo del artículo 11 de la ley N° 18.834, en los términos antes expuestos, y luego pasan a la contrata, pueden impetrar en esa condición todo el feriado del correspondiente año calendario si no hubieren gozado de él, o solo lo que les reste, toda vez que de no haberse producido ese cambio el servidor habría hecho uso de aquel beneficio, por lo que dicha alteración no puede representar una merma para su ejercicio, ya que de lo contrario no se cumpliría el propósito del feriado, como tampoco el del anotado cambio en el vínculo jurídico, que pretende mejorar las condiciones del personal a honorarios del sector público.

La conclusión antes expuesta resulta válida tanto para aquellos traspasos que son autorizados u ordenados por una ley, como aquellos que solo derivan de la decisión de la autoridad respectiva.

Finalmente, en el caso de los funcionarios que, encontrándose en la situación descrita no hayan hecho uso del feriado en la anualidad que pasaron a la contrata, deberá permitírseles su acumulación para el año siguiente, adoptándose las medidas administrativas que procedan para dicho fin.

Compléntese el oficio N° 5.181, de 2017, de la I Contraloría Regional Metropolitana de Santiago y el dictamen N° 24.233, de 2018, de este origen. ([Volver](#))

5.- Seguridad social, beneficio de sala cuna, licencia por enfermedad grave hijo menor. Dictamen N°24.524 de 10 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: La II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, a través de su pase N° R187/2019, y la Contraloría Regional del Biobío remiten presentaciones referidas a la procedencia de mantener el pago del beneficio de sala cuna en modalidad excepcional por enfermedad grave y permanente del menor a que se refiere el dictamen N° 68.316, de 2016, de este origen, durante los períodos en que la madre funcionaria presenta licencias médicas por enfermedad grave del menor de un año reguladas en el artículo 199 del Código del Trabajo.

Fundamento: *A ello debe complementarse, que en el caso de funcionarias regidas por la ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, y la ley N° 18.883, Estatuto Municipal, por aplicación de sus artículos 111 y 110 respectivamente, durante la vigencia de una licencia médica la servidora continuará gozando del total de sus remuneraciones.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por su parte, el artículo 203 del citado Código del Trabajo consigna que las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras, deberán tener salas anexas independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Añade su inciso quinto que se entenderá que el empleador cumple con dicha obligación si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos.

De esta última norma legal se ha colegido que la obligación legal del empleador se satisface al otorgar a sus funcionarias el beneficio de sala cuna a través de dependencias anexas e independientes del local de trabajo, o bien pagando el gasto respectivo directamente al establecimiento que aquel designe de la localidad en la que la servidora se desempeñe, siendo improcedente sustituir dicho beneficio por el pago de una suma de dinero a la funcionaria interesada, como tampoco contratar con cargo al empleador, una persona para que atienda en el hogar al menor, ni reembolsar a la madre los gastos ya efectuados con ese objeto, salvo en aquellas situaciones de excepción expresamente establecidas en la jurisprudencia de este origen (aplica criterio contenido en el dictamen N° 1.753, de 2019).

Precisamente, dentro de esas excepciones se encuentra la contenida en el anotado dictamen N° 68.316, de 2016, que dispuso respecto del beneficio de sala cuna, que en aquellos casos que, por enfermedad grave del menor de dos años que imposibilita permanentemente su asistencia a esa clase de establecimientos, y en los que por disposición médica el menor deba mantenerse en su hogar atendida su gravedad, en aplicación de los principios que inspiran tal beneficio, entre ellos el interés superior del niño, procede excepcionalmente entregar a la funcionaria la suma de dinero que equivale a lo que la repartición empleadora destina presupuestariamente por sala cuna. De ese modo, con el otorgamiento de ese beneficio especial se da observancia a la finalidad perseguida por la norma de sala cuna, que busca facilitar la reincorporación de la mujer al mundo laboral compatibilizando su rol de madre y trabajadora como, a su vez, resguardar la salud del menor, al entregar recursos para que la trabajadora pueda costear los cuidados de su hijo en el hogar, atendida su imposibilidad de asistir a una sala cuna como consecuencia de una enfermedad grave y permanente.

A su vez, la referida licencia médica del artículo 199 del Código del Trabajo, tiene por finalidad cubrir esa misma contingencia, esto es, la entrega de cuidados en el hogar del menor de edad atendida una enfermedad grave que lo afecta, y que le impide asistir a una sala cuna, pero en este caso, se autoriza que la madre se ausente de su trabajo para cuidarlo.

Bajo tales consideraciones, atendido que se trata de beneficios que comparten una misma finalidad, y que durante el período en que las funcionarias públicas hacen uso de dicha licencia médica éstas mantienen sus remuneraciones, cabe concluir que durante el tiempo por el que se extiende dicho permiso médico, no procede pagar el beneficio alternativo de la sala cuna consignado en el dictamen N° 68.316, de 2016. [\(Volver\)](#).

6.- TRANS, capacitación, obligación desempeño, cumplimiento tiempo exigible, labores a honorarios. Dictamen N°24.509, de 10 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: El Subsecretario de Transportes solicitó un pronunciamiento en torno a si un ex funcionario a contrata debe reembolsar los costos del diplomado del cual fue beneficiario en ese organismo y que en la actualidad ejerce labores en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo bajo un convenio a honorarios, ello en virtud de la exigencia de desempeño en la Administración del Estado que establece el artículo 31 del Estatuto Administrativo

Fundamento: *Sobre el particular el inciso primero del artículo 31 de la ley N° 18.834, dispone que “Los funcionarios seleccionados para seguir cursos de capacitación tendrán la obligación de asistir a éstos, desde el momento en que hayan sido seleccionados, y los resultados obtenidos deberán considerarse en sus calificaciones”.*

Su inciso segundo prevé que “Lo anterior, implicará la obligación del funcionario de continuar desempeñándose en la institución respectiva o en otra de la Administración del Estado a lo menos el doble del tiempo de extensión del curso de capacitación”.

Por su parte, el inciso final de esa norma advierte que “El funcionario que no diere cumplimiento a lo dispuesto en el inciso precedente deberá reembolsar a la institución que corresponda todo gasto en que ésta hubiere incurrido con motivo de la capacitación.

Mientras no efectuare este reembolso, la persona quedará inhabilitada para volver a ingresar a la Administración del Estado, debiendo la autoridad que corresponda informar este hecho a la Contraloría General de la República”.

En este contexto normativo, se aprecia que el artículo 31 del Estatuto Administrativo exige que quien sea beneficiado por un curso de capacitación, se desempeñe en el servicio que le otorgó dicho perfeccionamiento o en otro, siempre que el organismo forme parte de la Administración del Estado, sin determinar la calidad en la que se debe ejercer ese desempeño.

En este punto resulta necesario tener a la vista que esta Contraloría General ha resuelto en su dictamen N° 42.397, de 2008, que el tiempo servido sobre la base de honorarios es computable para satisfacer la exigencia de experiencia laboral que puedan requerir las bases de los concursos públicos. Ello, por cuanto dicha experiencia se relaciona con la destreza adquirida mediante el ejercicio de una profesión u oficio específico, o por el desempeño de una función, prescindiendo de la calidad jurídica en que esta se obtenga.

Por otro lado, se debe tener en consideración que conforme a los dictámenes N 5.666, de 2014; 17.881, de 2014 y 1.300, de 2017, entre otros, todos de este origen, los servidores a honorarios pueden acceder a análogos derechos o beneficios que los establecidos para los funcionarios públicos, como feriados,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

licencias, permisos, horas extraordinarias, cursos de capacitación, etc., siempre que respecto de tales prestadores de servicios se cumplan las mismas condiciones y requisitos que los que se exigen para que los funcionarios públicos los impetren y, además, tales derechos o beneficios no sean mayores que los de estos últimos.

En ese contexto resulta posible que los prestadores de servicios a honorarios puedan ser destinatarios de alguna actividad de capacitación y, en consecuencia, deberán dar cumplimiento al tiempo de desempeño posterior en la Administración del Estado que exige el mencionado artículo 31, el que, en principio, será satisfecho con la realización de las labores convenidas en el contrato a honorarios, a menos que cambie su condición de vinculación y pase a desempeñar un empleo a contrata o de planta.

De este modo, es forzoso concluir que el tiempo de desempeño en la Administración del Estado que requiere el citado artículo 31 puede ser cumplido bajo un convenio a honorarios, siempre que sea para algún organismo que forme parte de la misma, y aun cuando la capacitación se haya otorgado sirviendo el interesado un empleo a contrata o de planta, por lo que no procede que se exija el reembolso por el que se consulta. [\(Volver\)](#).

7.- Inter, expulsión de extranjeros del territorio nacional, exención temporal de toma de razón. Dictamen N°24.505, de 10 de septiembre de 2019.

Hechos del Caso: Se solicita por el Subsecretario del Interior que se exima del trámite de toma de razón a los decretos emanados del Ministerio del Interior y Seguridad Pública que dispongan la expulsión de extranjeros del territorio nacional, conforme a lo regulado sobre la materia en el decreto Ley N° 1.094 de 1975.

Fundamento: *Sobre el particular, es menester señalar que el inciso primero del artículo 84 del decreto ley citado prevé que la medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos judiciales legalmente procedentes.*

A su vez, el N° 16.1 del artículo 16 de la resolución N° 7, de 2019, de esta Entidad de Control, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, dispone que están afectos a toma de razón los actos que se refieran a expulsiones de extranjeros dispuestas por decreto supremo.

Como puede advertirse, en la actualidad sólo se encuentran sometidos al trámite de toma de razón los decretos supremos que dispongan la expulsión de extranjeros.

En este contexto, cumple informar que esta Institución Autónoma se encuentra estudiando la posibilidad de eximir temporalmente de toma de razón, entre otros actos administrativos, a los decretos supremos a que se refiere la presentación del rubro. [\(Volver\)](#).