

**Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público**

**N°99**

**Semana del 26 de abril al 2 de mayo de 2020**

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5, inciso segundo, 10, inciso segundo y 28, inciso tercero, de la Ley N°20.825."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°7068-2019
Resumen	<p>Las comunicaciones privadas a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución, son aquellas en que el emittente singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban, y dentro de las cuales se enmarcan perfectamente los correos electrónicos. El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Esta protección se extiende, sin que importe si el mensaje se refiera a asuntos públicos o privados, trascendentes o intrascendentes, si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado, ni si emana de funcionarios públicos. Por otro lado, la Ley N°20.285 no constituye uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas, pues aquella ley fue creada para acceder a actos administrativos en un procedimiento genérico, además, sería incoherente con el diseño establecido por el legislador para levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. Finalmente, las normas impugnadas amplían el objeto de acceso a la información al separar completamente si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de estos o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Esto lleva a que se pueda considerar como pública información que no lo es conforme al precepto constitucional, estableciendo las normas impugnadas un marco regulatorio paralelo al constitucionalmente establecido. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	23 de abril de 2020.	

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

Caso	<b>“Junta de Vecinos de San Pedro con Municipalidad de Copiapó y otros.”</b>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°15.190-2019
Resumen	La permanencia en el tiempo de una situación en que se han generado malos olores, emanaciones de gases y presencia de vectores, a causa de problemas de funcionamiento de una planta de aguas servidas pone en evidencia que la municipalidad respectiva y las correspondientes Secretarías Regionales Ministeriales de Salud y de Medio Ambiente no han dado un debido y eficaz cumplimiento a sus funciones tendientes a verificar coordinadamente las circunstancias y causas precisas que conllevan esas circunstancias, como asimismo a adoptar las medidas necesarias para prevenir, mitigar efectivamente y en lo posible eliminar el fenómeno contaminante, que ha permanecido en el tiempo por un lapso que aparece a todas luces excesivo, atendida su naturaleza y efectos; lo que permite calificar de arbitrarios e ilegales sus comportamientos en esta materia. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )	
Fecha	27 de abril de 2020.	

Caso	<b>“ENEL Distribución Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustible.”</b>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°36.722-2019
Resumen	No toda ilegalidad de un acto administrativo lleva aparejada su nulidad, por cuanto uno de los criterios que informan este instituto es el de conservación, cuyo fundamento radica en que, revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial, como prescribe el artículo 13, inciso 2° de la Ley N° 19.880. Por tanto, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía vulnere las garantías de los administrados. En este caso, habiéndose admitido un recurso de reposición, confiriendo traslado a la contraparte para formular sus alegaciones, sin haber permitido a la recurrente defenderse, e igualmente invalidar la resolución que se pronunció sobre el recurso de reposición, transgrede el debido proceso. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )	
Fecha	29 de abril de 2020.	

Caso	<b>“Ríos con Universidad de La Serena.”</b>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°18.881-2020
Resumen	La circunstancia de haber permanecido la parte recurrente en el cargo a contrata por más de 3 años, generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculada con la Administración, de modo tal que su relación	

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

	estatutaria sólo puede terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )
Fecha	29 de abril de 2020.

Caso	"Constructora René Corvalán Correa con Servicio de Vivienda y Urbanismo y otros."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°31.810-2018
Resumen	<p>La sentencia, en aquella parte que acogió la acción de resolución del contrato, carece de las consideraciones que le han de servir de fundamento, en tanto el fallo dio por establecido, de manera contradictoria, que la empresa demandante fue un contratante diligente, que satisfizo debidamente sus obligaciones, mientras que, al mismo tiempo, dio por establecido que las obras realizadas por ella sufrieron de numerosos defectos, que no sólo determinaron la necesidad de elaborar una lista para tener constancia de todos y cada uno de ellos, sino que, además, exigieron una conducta activa de su parte para repararlos. La existencia de motivaciones antagónicas en la sentencia, que aparecen de forma manifiesta, deja al fallo desprovisto de la fundamentación que exige el artículo 170 N°4 del Código de Procedimiento Civil.</p> <p>Una vez casada de oficio la sentencia, se dictó sentencia de reemplazo, que razonó lo siguiente: La terminación unilateral del contrato, manifestada con posterioridad a que hubiera concluido el término de duración previsto por las partes a su respecto, no pone termino a contrato alguno, pues éste ya no existía, debido a que su extinción se había verificado como consecuencia del cumplimiento del plazo acordado por las partes.</p> <p>Considerando lo anterior, el acto administrativo que contiene esa terminación unilateral carece de motivación. Esto pues, no basta como fundamento de un acto administrativo, la sola afirmación de que concurren los supuestos de la decisión allí contenida, sino que resulta indispensable que las razones que le sirven de sustento sean manifestadas y que aborden los distintos aspectos y materias que la misma envuelve, incluyendo, al menos en este caso, un análisis en torno a la duración y vigencia de la convención de cuya terminación se trataba.</p> <p>En otro orden de ideas, no pueden considerarse como obras extraordinarias aquellas que debió realizar el constructor con motivo de los defectos presentes en su obra, en los cuales él mismo incurrió y por ello no es procedente ordenar pago alguno por ese concepto. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	21 de abril de 2020	

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

Caso	<b>“Basoalto y otros con Sebastián Piñera Echeñique.”</b>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°39.506-2020
Resumen	<b>El mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de una medida como la cuarentena queda radicado de manera privativa en la autoridad del Presidente de la República y del Ministro de Salud, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario. A su vez, la acción de protección no es la vía idónea para impugnar omisiones como las denunciadas, pues ello importaría arrogarse potestades que el Constituyente ha radicado de manera privativa en el Poder Ejecutivo. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</b>	
Fecha	30 de abril de 2020.	

**JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA**

Dictamen	<b>Dictamen N°8232</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>La regla general es que los servidores públicos deben realizar sus tareas en las dependencias del organismo de que se trate. Asimismo, las funciones deben ejercerse dentro de una jornada diaria que se corresponda con aquella fijada por los artículos 65 y 62 de las leyes N°18.834 y 18.883, sometiéndose a sistemas de control de ingreso y salida de la misma. La regulación de la jornada ordinaria y extraordinaria se encuentra concebida y dirigida a los funcionarios que se desempeñan en forma presencial en los recintos de los respectivos organismos. Lo anterior debido a que los mecanismos de control horario de los servicios tienen la obligación de otorgar garantías respecto del cumplimiento cierto de la correspondiente jornada de cada funcionario, para efectos del correcto cálculo de los descansos complementarios o los recargos procedentes. La Contraloría General de la República admitió el cumplimiento de la jornada por parte de los funcionarios a través de la modalidad de teletrabajo, producto del brote de COVID-19. Sin embargo, dicha modalidad no está contemplada en la ley, por lo que tampoco existen mecanismos que regulen el cumplimiento de la jornada bajo esa modalidad, como tampoco la retribución en descanso compensatorio o recargo en las remuneraciones por las horas extraordinarias. En razón de ello, la administración debe abstenerse de disponer trabajos en jornada extraordinaria respecto del personal que desarrolla sus funciones en forma remota. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	23 de abril de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

Dictamen	Dictamen N°8124
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>El artículo quincuagésimo séptimo de la Ley N°19.882 no hace distinción sobre la condición que debe tener el empleo de planta cuya titularidad se permite mantener al acceder a un cargo de alta dirección pública, por lo que el funcionario que ejerce una plaza de departamento no la pierde, y puede conservarla, por el hecho de ser designado como alto directivo público. Este derecho, autoriza a quien ejerce un cargo de jefe de departamento a reservar su titularidad hasta el término del primer trienio, pero no obliga a la autoridad pertinente a renovar luego esa designación, ya que esta mantiene la opción de no perseverar en dicho nombramiento, y en consecuencia, llamar a concurso para proveer tal plaza. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</p>
Fecha	21 de abril de 2020

Dictamen	Dictamen N°8110
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>En atención a que el régimen remuneratorio de los asistentes de la educación de los jardines infantiles vía transferencia directa (VTF) dependientes de los servicios locales se rige por las normas del Código Laboral y, por ende, sus remuneraciones son acordadas por las partes contratantes, estos no tienen derecho al reajuste de remuneraciones del sector público, por cuanto, no obstante tener la calidad de funcionarios públicos, la Ley N°21.126 los excepcionó del reajuste, debido a la forma de determinación de sus remuneraciones.</p> <p>Una licencia médica por enfermedad o el descanso por maternidad no son siempre circunstancias que el funcionario puede prever, lo cual le impide ejercer su feriado, viéndose privado de la posibilidad de gozar de este último, prerrogativa que tiene una finalidad diversa, que no se sustituye con el ejercicio de aquellos otros beneficios. Ambos, la licencia médica por enfermedad y el descanso por maternidad son irrenunciables para quienes gozan de ellos, de modo que tampoco es posible que quienes se encuentren haciendo uso de tal beneficio puedan interrumpirlo con la finalidad de solicitar el feriado.</p> <p>Así es posible para quienes se encuentren haciendo uso de su descanso maternal o licencia médica en la época en que corresponda gozar del feriado, puedan ejercer este derecho a continuación del permiso o licencia respectiva, a fin de que se mantenga la continuidad y eficiencia de la</p>

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

	<b>respectiva entidad, y su empleador tenga la certeza de que se reintegrará al servicio una vez concluidas dichas ausencias justificadas (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	20 de abril de 2020

**JURISPRUDENCIA JUDICIAL**

**1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5, inciso segundo, 10, inciso segundo y 28, inciso tercero, de la Ley N°20.825. Tribunal Constitucional, Rol N°7068-2019, de 23 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona formuló una solicitud dirigida a la Presidencia de la República para acceder a los correos electrónicos de doña Ana Lya Uriarte relativos al cierre del penal Punta Peuco, caso Caval y la renuncia de Sebastián Dávalos, emanados desde su casilla institucional mientras se desempeñó como Jefa de Gabinete de la ex Presidenta de la República Sra. Michelle Bachelet Jeria. Notificada la Sra. Uriarte, hizo valer su derecho de oposición, amparándose en la garantía constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones establecida en el artículo 19 N°5 de la Constitución.

Al conocerse la oposición, el solicitante presentó amparo de información pública ante el Consejo para la Transparencia (CPLT). El CPLT acogió el amparo, por lo cual la Presidencia de la República presentó reclamo de ilegalidad en contra de la decisión de amparo, el cual se encuentra pendiente de resolución.

**Fundamento:** DÉCIMO CUARTO: *Que, el requerimiento de autos será acogido. Lo anterior, en base a dos motivos:*

*a) Por cuanto la aplicación de los preceptos infringe la garantía del artículo 19, N° 5, de la Constitución, y*

*b) Que su aplicación de los preceptos excede o contraviene el artículo 8°, de la Constitución.*

*En las consideraciones siguientes se expondrán los fundamentos que sustentan las anteriores afirmaciones.*

*DÉCIMO QUINTO: Que, dentro de las infracciones constitucionales planteadas en el requerimiento, se encuentra aquella basada en que la entrega de los correos electrónicos solicitados, fundada en las normas impugnadas, vulnera el artículo 19 N° 5 de la Constitución.*

*DÉCIMO SEXTO: Que, consideramos que existen dos razones para acoger dicho planteamiento. La primera, es que los correos son, efectivamente, una comunicación privada.*

*Tal como lo ha dicho esta Magistratura, refiriéndose específicamente a los correos electrónicos, las comunicaciones privadas a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución, son aquellas en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban. El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público. Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más*



# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*personas; no están destinadas al dominio público. En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados. No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad (STC 2246/2012, 2153/2013).*

*El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (STC 2246/2012, 2153/2013).*

*DÉCIMO SÉPTIMO: Que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (STC 2246/2012, 2153/2013).*

*DÉCIMO OCTAVO: Que no cambia la naturaleza de comunicación privada, el que los correos emanen de funcionarios públicos. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.*

*Desde luego, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”) así lo exige.*

*Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles.*

*También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario.*

*La regla general, entonces, es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas (STC 2246/2012, 2153/2013).*

*DÉCIMO NOVENO: Que la segunda razón por la cual consideramos que el precepto impugnado vulnera el 19 N° 5 de la Constitución, es que la Ley N° 20.285 no se ajusta a los estándares que la Constitución establece para acceder a las comunicaciones privadas.*

*La Ley N° 20.285 no constituye uno de los “casos y formas determinados por la ley” que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas. Así se razonó, entre otras, en las STC Roles N° 2246/2012 y 2153/2013.*

*VIGÉSIMO: Que, en síntesis, estas razones son, primer lugar, que nada apunta a que la intención del legislador con la Ley N° 20.285 fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. El procedimiento que diseña esta ley está construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige “casos y formas determinados”. También, con que el Consejo para la Transparencia es un órgano público, regido por el principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas (STC 1892/2011).*

*En segundo lugar, no tendría sentido que nuestro legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta antimonopólica, que contempla incluso la autorización judicial, si cualquier ciudadano, sin invocar interés alguno, pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario, por la vía de la Ley N° 20.285. Si permitiéramos el uso de esta ley para tal efecto, estaríamos perforando un sistema que da garantías a todos en su funcionamiento.*

*En tercer lugar, el legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución. La*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*invocación del artículo 8° de la Constitución no nos parece un argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°.*

*VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en relación a lo anterior, no puede perderse de vista que conforme a la jurisprudencia de esta Magistratura (STC Roles N° 226, considerando 47°; N° 280, considerando 29 y 1365, considerando 23°, entre otras), la limitación de un derecho fundamental no puede ser tolerada si no está rodeada de suficiente determinación y especificidad como para garantizar una protección adecuada a la esencia del derecho y a su libre ejercicio, en la especie, el del N° 5, del artículo 19, de la Constitución. La aplicación de los preceptos reprochados no satisface lo anterior.*

*VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por tanto, existen argumentos suficientes para acoger el primer reproche de inconstitucionalidad presentado en el requerimiento.*

*VIGÉSIMO TERCERO: Que, el segundo motivo por el cual el requerimiento será acogido, dice relación con la infracción que, con la aplicación de las normas, se produce al artículo 8°, constitucional;*

*VIGÉSIMO CUARTO: Que, antes de entrar al examen de esta segunda infracción constitucional, cabe referirse a un argumento que – en este caso – ha esgrimido el Consejo para la Transparencia, para efectos de que el requerimiento de autos sea desestimado. Sostiene, en síntesis, que la aplicación de los preceptos reprochados no contravendría el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución. Lo anterior, pues los correos ordenados entregar dicen relación con materias o asuntos de interés público, “pudiendo haber constituido el fundamento de una actuación o decisión de la administración, de modo que la aplicación de los preceptos legales impugnados se ajusta a lo dispuesto en el Art. 8° inciso 2° de la Constitución Política, que preceptúa que también son públicos los fundamentos de los actos y los procedimientos que utilicen los órganos de la administración” (fojas 248).*

*VIGÉSIMO QUINTO: Que, dicha alegación – como lo fuere también recientemente entre otras en STC Roles N° 4669 (C. 8°), N° 4986 (C. 8° y 9°), 5841 y 6136 (C. 25°) - ha de ser descartada por esta Magistratura, toda vez que los conceptos a que alude el Consejo para la Transparencia para fundarla (“decisiones públicas”, “acto administrativo”, “fundamento”), no se vinculan con el inciso 2° del artículo 5°, de la Ley N° 20.285, sino que con el inciso primero de dicho precepto, que refiere a los “actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado”, sus “fundamentos”, los “documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial” y “los procedimientos que se utilicen para su dictación”. Tampoco, con la otra norma impugnada.*

*De modo que, en realidad, las alegaciones referidas engarzan con el artículo 5°, inciso primero, que no ha sido impugnado en autos y que, por consiguiente, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Magistratura.*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*Aquellos conceptos, entonces, pertenecen al ámbito de aplicación de otro precepto de la Ley N° 20.285, que no ha sido impugnado, formando entonces del conjunto de disposiciones que el Tribunal del fondo podría considerar al resolver la reclamación que constituye la gestión pendiente de autos, debiendo entonces abstenerse este Tribunal de manifestar un pronunciamiento – aun oblicuo- a su respecto, velando con ello el respeto de los límites funcionales de esta Magistratura y de la judicatura encargada de conocer el recurso en la gestión sub lite pendiente.*

*VIGÉSIMO SEXTO: Que, luego de precisado lo anterior, es menester señalar que, al fundar este reproche, la requirente postula que “la información cuya entrega se exige en el caso de marras (correspondencia electrónica) no se encuentra comprendida en parte alguna de la norma constitucional. En efecto, la información solicitada fue requerida con tal grado de generalidad y abstracción que no es posible identificar un acto o resolución administrativo específico al que se refiera. Por el contrario, establece correos electrónicos referidos a ciertos temas, respecto de los cuales solicita acceso. Los correos electrónicos no son actos administrativos, no son resoluciones ni contienen fundamentos de éstos ni aquellos. De aceptarse la tesis contraria, ello nos conduciría a asumir como objeto de transparencia y publicidad toda interacción entre funcionarios, lo que implicaría no sólo una grave afectación del derecho a la privacidad, sino que además una obstaculización en el desarrollo de las tareas que ejercen los órganos” (fojas 07).*

*VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que al respecto cabe señalar que, tal como lo hemos sostenido en las STC 2246/2012, 2153/2013, 5841/19 y 6136/19, la Ley N° 20.285 introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC 1990/2012), no la usa la Constitución. En cambio, la Ley N° 20.285 la utiliza en abundancia, desde el título de la ley misma (“Sobre acceso a la información pública”) hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como “solicitar y recibir información” (artículo 10, inciso primero).*

*VIGÉSIMO OCTAVO: Que, al respecto, cabe consignar que se ha sostenido en varios pronunciamientos de esta Magistratura – entre otras las STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 5841/19 y 6136/19 - la Ley de Transparencia introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC Rol N° 1990/2012), no la usa la Constitución.*

*Aquello contrasta – nítidamente - con lo preceptuado por la Ley N° 20.285, por la que se aprueba la Ley de Transparencia, cuya tendencia es utilizar la expresión “información” en abundancia, desde el título de la ley misma (“Sobre acceso a la información pública”) hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como “solicitar y recibir información” (artículo 10, inciso primero).*

*Así por lo demás, ha sido reiterado en sentencias recientes (entre otras, STC Roles N° 5841 y 6136. Ambas de 21.11.2019).*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

VIGÉSIMO NOVENO: *Que, por su parte, los preceptos impugnados que pertenecen a la Ley N° 20.285 constituyen un reflejo de esta tendencia plasmada en dicha Ley. Así, tanto el artículo 5°, inciso 2°, como el artículo 10, inciso 2°, obligan a entregar “la información elaborada con presupuesto público” y también “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”.*

TRIGÉSIMO: *Que, de lo señalado anteriormente fluye nítidamente que los preceptos impugnados amplían el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, “porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Así, resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece, porque la Administración o produce información o la posee a algún título. El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración” (STC Rol N° 2907, c. 35°; STC Rol N° 3974, c. 20°; STC Rol N° 4986, c. 22).*

TRIGÉSIMO PRIMERO: *Que, en contraste a lo que fluye del marco legal compuesto por las dos normas impugnadas, esta Magistratura ha entendido “que el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso” (STC Rol N° 2907, c. 36°; STC Rol N° 3111, C. 32°; STC Rol N° 3974, c. 21°; STC Rol N° 4986, c. 23°).*

TRIGÉSIMO SEGUNDO: *Que, tal como se ha considerado en ocasiones anteriores – entre otras las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2907/15, 3111/16, 3974/18, 5841/19 y 6136/19 - la pregunta pertinente estriba en determinar “si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley de Transparencia. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley de Transparencia que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880; consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes)” (Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 37°; STC Rol N° 3111, c. 33°; STC Rol N° 3974, c. 22°; STC Rol N° 4986, c. 24°).*

TRIGÉSIMO TERCERO: *Que, además - y tal como lo ha entendido previamente esta Magistratura - si el artículo 8° constitucional hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para*

*enumerar aquello que específicamente se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: “son públicos” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol 3111N° 34°; STC Rol N° 3974, 23°; STC Rol N° 4986, c. 25°).*

*TRIGÉSIMO CUARTO: Que, habiendo recibido aplicación aquellas disposiciones que – como se ha dicho – amplían el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, es necesario conjurar el riesgo de que en virtud de ellas, se pueda considerar como pública información que no lo es conforme al precepto constitucional, estableciendo las normas impugnadas un marco regulatorio paralelo al constitucionalmente establecido, trastocando así los precisos límites que el constituyente ha previsto al efecto. ([Volver](#))*

**2.- Junta de Vecinos de San Pedro con Municipalidad de Copiapó y otros. Corte Suprema, Rol N°15.190-2019, de 27 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** La Junta de Vecinos de San Pedro, comuna de Copiapó y el Presidente de la Agrupación de Agricultores, Crianceros y Parceleros sector bajo del río Copiapó, interpuso una acción de protección en contra de la Intendencia de Atacama, la Municipalidad de Copiapó, el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Medio Ambiente por mantener en la localidad de San Pedro un foco de emanación de gases contaminantes y pestilentes a metros de las casas, jardín infantil y colegio, haciéndolos convivir a diario con las pestilencias, focos infecciosos, moscas y zancudos, al no contar con una planta de tratamiento de aguas servidas que satisfaga debidamente la necesidad de toda la localidad.

**Fundamento:** *Quinto: Que es un hecho no discutido que a partir del año 2015 la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de la localidad de San Pedro de la comuna de Atacama ha presentado problemas en su funcionamiento que han generado malos olores, emanaciones de gases y presencia de vectores como moscas y zancudos. Asimismo, es pacífico que dicha planta se encuentra en el sector de la Plaza de San Pedro, cercana a establecimientos educacionales. En relación con ello el Secretario Regional Ministerial de Salud señaló que desde el aluvión del año 2015 la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas sufrió daños importantes en su estructura, provocando que las viviendas más próximas a la planta sufrieran la devolución de aguas servidas a través de sus artefactos sanitarios, además del vertimiento de estas aguas en la vía pública mezcladas con el lodo acarreado por la crecida del río Copiapó, quedando las instalaciones con secuelas relevantes en su funcionamiento, especialmente en el tratamiento de las aguas cloacales y su disposición final; todo lo cual generó la Alerta Sanitaria contenida en el Decreto N° 10/2015. La Superintendencia del Medio Ambiente agregó que el municipio no ha hecho inversiones para el mejoramiento a dicha planta, lo que sugiere que su estado actual de operación podría eventualmente ser el causante de las molestias alegadas por los actores.*

*En este contexto, en general las recurridas y demás entidades a quienes se pidió informe, han señalado en autos que, o bien no tienen competencia en el tema, o bien las gestiones que han realizado en relación al tratamiento de las aguas servidas en la localidad de San Pedro impiden calificar como arbitrarios o ilegales sus comportamientos.*

*Sexto: Que el artículo 4 de la Ley N° 18.695 prescribe que las “municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: [...] b) La salud pública y la protección del medio ambiente”. Esta atribución dice relación con las facultades de orden administrativo que la ley reconoce a los municipios, tales como la proposición y ejecución de medidas relacionadas con la salud pública y el medio ambiente o la aplicación de normas ambientales. Asimismo la letra l) del mismo artículo las faculta para desarrollar, directamente o en colaboración con otros órganos, funciones relacionadas con la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia.*

*Por su parte, el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario oficial de 24 de abril de 2006, asigna a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, entre otras funciones, las de ejecutar las acciones que correspondan para la protección de la salud de la población de los riesgos producidos por el medio ambiente y para la conservación, mejoría y recuperación de los elementos básicos del ambiente que inciden en ella, velando por el debido cumplimiento de las disposiciones del Código Sanitario y de los reglamentos, resoluciones e instrucciones sobre la materia, para lo cual se encontrará dotado de todas las facultades y atribuciones que el Código Sanitario y demás normas legales y reglamentarias sanitario-ambientales le confieren; y la de cumplir las acciones de fiscalización y acreditación que señalen la ley y los reglamentos y aquellas que le sean encomendadas por otros organismos públicos del sector salud mediante convenio.*

*Finalmente, el artículo 70 de la ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, dispone que corresponderá especialmente al Ministerio, entre otras cosas, establecer convenios de colaboración con gobiernos regionales y municipales destinados a adoptar las medidas necesarias para asegurar la integridad, conservación y reparación del medio ambiente regional y local, así como la educación ambiental y la participación ciudadana, y generar y recopilar la información técnica y científica precisa para la prevención de la contaminación y la calidad ambiental, en particular lo referente a las tecnologías, la producción, gestión y transferencia de residuos, la contaminación atmosférica y el impacto ambiental.*

*Séptimo: Que de esta manera, queda en evidencia, ante la permanencia en el tiempo de la situación descrita, que la Municipalidad de Copiapó y las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud y de Medio Ambiente de la Región no han dado un debido y eficaz cumplimiento a sus funciones tendientes a verificar coordinadamente las circunstancias y causas precisas que conllevan la pestilencia denunciada en el libelo como asimismo a adoptar las medidas necesarias para prevenir, mitigar efectivamente y en lo posible eliminar el fenómeno contaminante materia de la acción, que ha*

*permanecido en el tiempo por un lapso que aparece a todas luces excesivo, atendida su naturaleza y efectos; lo que permite calificar de arbitrarios e ilegales sus comportamientos en esta materia, y vulneradores del derecho a la integridad psíquica, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a la protección de la salud que la Constitución Política de la República reconoce a los recurrentes.*

*Octavo: Que así entonces el recurso será acogido con el objeto de que las autoridades mencionadas, esto es, la Municipalidad de Copiapó y las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud y Medio Ambiente, den estricto cumplimiento a la normativa que regula la materia y, consecuencialmente y a fin de evitar la reiteración y prolongación en el tiempo del fenómeno contaminante descrito en el libelo, se coordinen entre sí y planifiquen de manera conjunta las acciones que deberán llevar a cabo para dichos fines, de modo de lograr verificar con precisión las circunstancias y causas que han ocasionado la pestilencia, gases y vectores denunciados y, como resultado de ello, adoptar las medidas adecuadas para mitigar y en lo posible eliminar su producción. ([Volver](#))*

**3.- ENEL Distribución Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustible. Corte Suprema, Rol N°36.722-2019, de 29 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** La empresa ENEL Distribución Chile S.A. dedujo la reclamación de ilegalidad contemplada en el artículo 19 de la Ley N°18.410 en contra de la Resolución Exenta N° 29.260 de 23 de mayo de 2019 del Superintendente de Electricidad y Combustibles. El acto impugnado invalidó la resolución Exenta N°28.487, en donde se había acogido el recurso de reposición que interpuso la empresa en contra del Ordinario N°30.858 de 26 de diciembre de 2018. Este último, a su vez, había declarando a la empresa como la responsable por el daño provocado a artefactos eléctricos de una persona, ocasionados por una sobretensión peligrosa en la red de distribución.

La reclamación fue denegada por la Corte de Apelaciones de Santiago, y en contra de esa decisión se alzó la empresa.

**Fundamento:** Tercero: *Que el tribunal para resolver tuvo presente que el plazo para interponer la reposición conforme al artículo 18 A de la Ley N° 18.410 es de cinco días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución, por lo que habiéndose notificado por carta certificada estimó que el plazo para interponer la reposición venció el 10 de enero de 2019, esto es, fuera de plazo, lo que llevó a rechazar la reclamación.*

*Cuarto: Que, a la luz de lo recién expuesto resulta relevante para resolver la cuestión planteada, que el recurso de reposición interpuesto por la reclamante fue admitido por el órgano de la administración, el que a la luz de los antecedentes esgrimidos por el recurrente y habiendo dado previamente traslado a Cesar Morales Campos, procedió a examinar el fondo del asunto, para finalmente acoger el recurso de reposición dejando sin efecto la resolución Resolución Ex. N°30.858.*



*Quinto: Que en concordancia con lo señalado aparece pertinente recordar que no toda ilegalidad de un acto administrativo lleva aparejada su nulidad, por cuanto uno de los criterios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que, revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial, como prescribe el artículo 13, inciso 2° de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Subyacen a este axioma de conservación otros adagios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Es así como no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía vulnere las garantías de los administrados. De esta forma habiéndose admitido el recurso de reposición, permitiendo a la contraparte formular sus alegaciones, aparece que la circunstancia de invalidar la resolución que se pronunció sobre el recurso de reposición sin haber permitido a ENEL defenderse, impide que la resolución impugnada haya podido surtir efectos a su respecto, de manera que el recurso debió ser acogido.*

*Sexto: Que de esta manera es posible concluir que el fallo de primera instancia incurre en un error, puesto que debió acoger el recurso de reclamación, toda vez que se ha transgredido el debido proceso.*  
([Volver](#))

#### **4.- Ríos con Universidad de La Serena. Corte Suprema, Rol N°18.881-2020 de 29 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona interpuso una acción de protección en contra de la Universidad de La Serena, por haber dictado la Resolución Exenta N°1.362 de fecha 13 de noviembre de 2019, en la cual dispuso la no renovación de su contrata para el año 2020.

**Fundamento:** Segundo: *Que, según se desprende de los antecedentes, el actor ingresó a prestar servicios a la recurrida en calidad de prestador de servicios a honorarios, desde el 31 de julio del año 2010, en forma continua e ininterrumpida hasta que fue designado académico a contrata en mayo de 2016, relación estatutaria que fue prorrogada continuamente y, por última vez, hasta el 31 de diciembre de 2019.*

*Tercero: Que, reiteradamente, esta Corte ha expresado que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes consagrados en la Carta Fundamental, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.*

*Cuarto: Que la circunstancia de haber permanecido la parte recurrente en el cargo a contrata por más de 3 años, generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculada con la Administración, de 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 concurren en la especie. Por ello, la decisión de no renovar la contrata del actor, ha devenido en una vulneración de las garantías constitucionales por él invocadas. ([Volver](#))*

**5.- Constructora René Corvalán Correa con Servicio de Vivienda y Urbanismo y otros. Corte Suprema, Rol N°31.810-2018, de 21 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** La Constructora René Corvalán Correa dedujo demanda de nulidad de derecho público, resolución de contrato y cobro de obras extraordinarias y de gastos generales no pagados en contra del Servicio de Vivienda y Urbanización de la Sexta Región, del Comité Esperanza Popular y de Inmobiliaria Los Robles Limitada, fundada en que el 23 de marzo de 2009 se suscribió un contrato de construcción entre esa constructora, como contratista, e Inmobiliaria Los Robles Limitada y el Comité Esperanza Popular, en calidad de mandantes, para la construcción y urbanización de 96 departamentos de vivienda social, en conformidad con el Decreto Supremo N° 174 de Vivienda y Urbanización, ubicados en las Manzanas B y C del terreno sito en Ruta H 30, Camino a Doñihue, comuna de Rancagua.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda de nulidad de derecho público del término unilateral del contrato, dispuso también la resolución del referido contrato, condenó al SERVIU a pagar a la demandante la suma de \$13.470.301 por obras extraordinarias ejecutadas, así como solucionar a dicha parte la cifra equivalente a 7.811,2531 U.F., por concepto de mayores gastos. Asimismo, se le ordenó al SERVIU devolver la boleta bancaria de garantía y dispuso se le reintegrara a la demandante \$28.188.871 correspondientes al cobro de dicha garantía, rechazando las demás partes de la demanda.

Apelada la sentencia por el SERVIU, la Corte de Apelaciones de Rancagua confirmó el fallo de primer grado. En contra de esta última decisión, la demandada interpuso recurso de casación en el fondo.

**Fundamento:** QUINTO: *Que esta Corte, dando cumplimiento a lo dispuesto por la Ley N° 3.390 de 1918, en su artículo 5° transitorio, dictó con fecha 30 de septiembre de 1920 un Auto Acordado en que regula pormenorizada y minuciosamente los requisitos formales que, para las sentencias definitivas a que se ha hecho mención, dispone el precitado artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Refiriéndose al enunciado exigido en el N° 4 de este precepto, el Auto Acordado establece que las sentencias de que se trata deben expresar las consideraciones de hecho que les sirven de fundamento, estableciendo con precisión aquellos sobre los que versa la cuestión que haya de fallarse,*

*con distinción entre los que han sido aceptados o reconocidos por las partes y los que han sido objeto de discusión.*

*Agrega que si no hubiera discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, deben esas sentencias determinar los hechos que se encuentran justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirven para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales. Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba rendida -prosigue el Auto Acordado- deben las sentencias contener los fundamentos que han de servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta anteriormente. Prescribe enseguida que establecidos los hechos, se enunciarán las consideraciones de derecho aplicables al caso y, luego, las leyes o en su defecto los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; agregando que tanto respecto de las consideraciones de hecho como las de derecho debe el tribunal observar, al consignarlos, el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera.*

*SEXTO: Que, observados los antecedentes a la luz de lo expresado con antelación, resulta inconcuso que los jueces de la segunda instancia, en el caso sub judice, no han dado cumplimiento a los requisitos legales indicados en lo que dice relación con el acogimiento de resolución del contrato, en cuanto tal determinación se asienta en la convicción de que la actora dio cabal cumplimiento a las obligaciones que para ella surgieron del contrato materia de autos.*

*SÉPTIMO: Que, en efecto, de lo reproducido más arriba se advierte que la sentencia impugnada carece de las consideraciones que le han de servir de fundamento en esta parte, en tanto el fallo impugnado dio por establecido, de manera contradictoria, que la empresa demandante fue un contratante diligente, que satisfizo debidamente tales deberes, mientras que, al mismo tiempo, dio por establecido, en concordancia con lo aseverado por las partes, que las obras realizadas por ella sufrieron de numerosos defectos, que no sólo determinaron la necesidad de elaborar una lista para tener constancia de todos y cada uno de ellos, sino que, además, exigieron una conducta activa de su parte para repararlos; de hecho, el propio fallo establece que, después de enero de 2013 sólo quedó pendiente la solución de las observaciones vinculadas con “los problemas de impermeabilización que se resolverían con la construcción de las techumbres” a que la misma sentencia alude.*

*En otras palabras, los jueces del mérito concluyen que la empresa constructora se comportó como un contratante diligente, a la vez que reconocen que incurrió en desperfectos constructivos de tal naturaleza que no sólo requirieron las reparaciones acreditadas mediante las pruebas mencionadas en los fundamentos octogésimo y octogésimo primero de la sentencia de primera instancia, sino que, además, su solución exigió la erección de una techumbre metálica por sobre las losas que sirven de tal a los edificios de que se trata.*

OCTAVO: *Que, en esas condiciones, entonces, no se comprende de qué modo es posible aseverar, de manera coherente con la totalidad de los hechos y fundamentos asentados en el fallo, que la demandante es una contratante cumplidora, desde que la propia sentencia tiene por demostrado lo contrario, esto es, que los incumplimientos imputados a la actora para justificar la resolución del contrato, en particular la existencia de "filtraciones en las losas de los últimos pisos" de los edificios construidos por ella, son efectivos y, más aun, exigieron la edificación de sendas techumbres sobre las losas de los edificios de que se trata.*

*En resumen, la decisión adoptada por los magistrados del mérito, en cuya virtud acogieron la demanda intentada, se asienta en consideraciones que se contradicen entre sí, puesto que, por una parte, declaran que la constructora demandante se comportó como un contratante diligente, en tanto cumplió debidamente sus obligaciones contractuales, mientras que en otros razonamientos, paralelos e igualmente válidos, dan por establecida la existencia de desperfectos en las obras erigidas por dicha empresa, entre las que se incluye aquella circunstancia concreta invocada por la parte demandada para poner término unilateral a la convención materia de autos.*

NOVENO: *Que es manifiesto, entonces, que la sentencia cuestionada contiene motivaciones antagónicas que no pueden coexistir, lo que conduce a la anulación de esos razonamientos, quedando desprovisto el fallo de la fundamentación exigida en el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual se configura el vicio de casación formal previsto en el N° 5 del artículo 768 del referido cuerpo legal.*

DÉCIMO: *Que lo anteriormente expuesto autoriza a esta Corte, al no existir otro medio idóneo para corregir la deficiencia procesal comprobada, para casar de oficio la sentencia de segunda instancia por adolecer del vicio que se hizo notar.*

Una vez casada de oficio la sentencia, se dictó sentencia de reemplazo, que razonó lo siguiente:

4°.- *Para resolver acerca de esta primera defensa, es necesario subrayar que, tal como quedó establecido en los fundamentos vigésimo segundo, vigésimo cuarto y trigésimo quinto del fallo en alzada, en la especie el Servicio de Vivienda y Urbanización de la Sexta Región asumió la calidad de EGIS del contrato de construcción de que se trata el 19 de marzo de 2013, a través de la Resolución Exenta N° 1089, de modo que al acordar y notificar el término unilateral del contrato en comento dicho órgano público actuó tanto en su calidad de tal, esto es, en cuanto SERVIU, además de obrar en su carácter de EGIS.*

5°.- *A su vez, de la sola lectura de la disposición invocada como fundamento de la defensa en examen se desprende que lo allí establecido sólo se aplica al Servicio de Vivienda y Urbanización en cuanto ente público, esto es, como SERVIU propiamente dicho y no a la EGIS del proyecto respectivo.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*En la especie, sin embargo, el demandado en comento intervino en los hechos de que se trata, además, como EGIS del proyecto Los Robles, de lo que se sigue que, en su carácter de tal, su actuación no se encuentra regida por la norma mencionada, motivo suficiente para desestimar la excepción de prescripción extintiva de que se trata.*

6°.- *Llegados a este punto, resulta necesario consignar que con la prueba rendida por las partes se acreditaron los siguientes hechos:*

*A.- El contrato de construcción materia de autos fue suscrito originalmente por la EGIS Inmobiliaria Los Robles Limitada, por la Constructora René Corvalán Correa y por el Presidente y la Secretaria del "Comité de Esperanza Popular".*

*B.- De acuerdo a la cláusula octava del contrato de construcción, la obra acordada debía ser ejecutada dentro del término de 360 días, contado desde la entrega oficial del terreno, hito que se verificó el 19 de octubre de 2010.*

*C.- El citado plazo de duración del contrato se extendió en 322 días por sobre el plazo originalmente pactado, concluyendo el 31 de agosto de 2012.*

*D.- La recepción municipal de las obras de que se trata tuvo lugar el 28 de agosto de 2012.*

*E.- La recepción oficial de obras, efectuada por la Comisión Receptora del proyecto, acaeció el 11 de enero de 2013 y en el acta extendida al efecto se dejó constancia de que "del recorrido de la obra y de la revisión de las viviendas se desprende que se encuentran subsanadas las observaciones" planteadas, sin perjuicio de los "defectos en la ejecución de la impermeabilización de la losa que se resolverán con la ejecución de un techo bajo sobre los departamentos afectados".*

*F.- Mediante Oficio N° 4884, el Serviu y el comité demandado acordaron el término unilateral de contrato de autos, expresando como razones de tal determinación, entre otras, la "existencia de filtraciones en las losas de los últimos pisos", destacando que a la fecha de tal documento, que fuera expedido el 11 de octubre de 2013, "los problemas en las viviendas" siguen sin solución, de manera que la "situación se ha vuelto grave e insostenible".*

*G.- La anotada terminación unilateral fue notificada a la empresa demandante el 11 de octubre de 2013.*

7°.- *Que, en lo referido a la nulidad de derecho público solicitada respecto del término unilateral del contrato de construcción, cabe consignar que, como quedó dicho en lo que antecede, el plazo de duración del contrato objeto del presente litigio se extendió, después de las prórrogas acordadas por las partes, hasta el 31 de agosto de 2012.*

*Como resulta evidente, en esa fecha venció el término previsto por las partes para la duración máxima de la convención en comento, de modo que a contar de esa data se debe entender que el citado contrato*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*concluyó naturalmente por el cumplimiento del plazo establecido con tal fin, constatación que se ve ratificada por la circunstancia de que la recepción municipal de las obras a que él se refiere se verificó el 28 de agosto de 2012, mientras que la recepción oficial de las mismas acaeció el 11 de enero de 2013.*

*Por otra parte, la terminación unilateral de la convención de autos fue notificada a la empresa demandante con fecha 11 de octubre de 2013.*

*8°.- En las anotadas condiciones forzoso es concluir que la terminación unilateral del contrato, acordada por el SERVIU y el comité mandante con fecha 11 de octubre de 2013, se verificó más de un año después de concluido el término de duración previsto por las partes a su respecto; asimismo, consta de los antecedentes que la decisión contenida en el Ordinario N° 4884 fue adoptada tras trece meses y 13 días de ocurrida la recepción municipal de las obras y luego de diez meses exactos, contados desde la recepción oficial de las mismas.*

*Así las cosas, vale decir, a la fecha en que se expidió y fue notificado el citado Ordinario N° 4884, ya no existía contrato alguno al que poner término, puesto que su extinción se había verificado largo tiempo antes como consecuencia del cumplimiento del plazo acordado por las partes a su respecto, suceso ratificado por la recepción de las obras materia del mismo.*

*9°.- Conforme a lo expuesto, entonces, aparece de manera prístina que los sentenciadores han decidido acertadamente, al declarar la nulidad de derecho público del citado acto, toda vez que, como resulta evidente, éste carece de la motivación exigida a su respecto por los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, que obligan a dejar constancia de los “hechos y fundamentos de derecho” en “aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares”, como es el caso de autos, y que exigen, además, que la decisión contenida en la resolución respectiva sea “fundada”.*

*En efecto, la mera mención de los antecedentes fácticos que, a juicio de sus otorgantes, justificarían la terminación tantas veces citada, no resulta suficiente para motivar la determinación adoptada, puesto que para lograr dicho fin sería necesario justificar, en los hechos y en el derecho, tal determinación, explicando por qué, pese al tiempo transcurrido, el contrato en comento continúa vigente, siendo, por consiguiente, susceptible de la terminación de que se trata; en otras palabras, no basta como fundamento de un acto como el impugnado la sola afirmación de que concurren los supuestos de la decisión allí contenida, sino que resulta indispensable que las razones que le sirven de sustento sean manifestadas y que aborden los distintos aspectos y materias que la misma envuelve, incluyendo, al menos en este caso, un análisis en torno a la duración y vigencia de la convención de cuya terminación se trataba.*

*Al faltar tales disquisiciones sólo cabe concluir que, por carecer el Ordinario N° 4884 de la motivación mínima exigida al efecto por el legislador, la declaración de nulidad de derecho público en comento ha sido correctamente adoptada, motivo suficiente para confirmar el fallo en alzada en esta parte.*

10°.- Cabe referirse ahora a la terminación del contrato dispuesta en la sentencia en examen.

*Para arribar a la convicción de que tal declaración resultaba procedente los sentenciadores tuvieron en consideración, por una parte, que ciertos incumplimientos que mencionan resultan ser de responsabilidad de las demandadas, mientras que, por otro lado, concluyeron que la empresa constructora demandante cumplió sus obligaciones contractuales, hasta el punto de que la califican de contratante diligente.*

11°.- Empero, y como ha resultado acreditado en autos, el contrato materia de autos se extinguió como consecuencia del cumplimiento del plazo acordado por las partes a su respecto, circunstancia ratificada por la recepción de las obras materia del mismo.

*En ese contexto, esto es, por no existir contrato alguno al que poner término en esta causa, forzoso es concluir que la acción intentada con tal fin por la demandante debe ser desestimada, puesto que, en tales condiciones, ha perdido objeto y oportunidad.*

12°.- Enseguida, corresponde hacerse cargo de la decisión adoptada en el fallo en examen en cuya virtud se condenó al SERVIU a pagar a la demandante la suma de \$12.000.000, por las obras extraordinarias relacionadas con la construcción de una techumbre por sobre las losas que sirven de techo a cada uno de los edificios que forman parte del proyecto Los Robles.

*Al respecto cabe consignar que, tal como se probó en autos, al edificar los departamentos de que se trata la actora incurrió en defectos constructivos vinculados con “la impermeabilización de la losa” del piso superior, que se tradujeron en la presencia de “filtraciones en las losas de los últimos pisos”, esto es, de aquellas que sirven de techo a los departamentos situados en el tercer piso de cada edificio.*

*Asimismo, se comprobó que, con el objeto de solucionar dichos desperfectos, se decidió que la empresa demandante debía construir “un techo bajo sobre los departamentos afectados”, labor que, en definitiva, llevó a cabo por un costo de \$13.470.301.*

13°.- Como se advierte de los antecedentes relacionados, la construcción de la aludida techumbre tuvo por fin, precisamente, solucionar los defectos en que había incurrido la propia actora al erigir las viviendas sociales de que se trata, pues, como resultado de su incorrecta gestión, las losas que cubren los departamentos de los pisos superiores no resultaron lo suficientemente herméticas, dejando pasar humedad.

*Dado que tal defecto puede ser reprochado, precisamente, a la actora, no se observa motivo alguno conforme al cual tales trabajos deban ser considerados como una obra extraordinaria, cuyo costo deba serle pagado, puesto que al ejecutar tales labores esa parte se ha limitado a dar cumplimiento a las obligaciones que para ella surgían del contrato de que se trata, motivo por el que es a ella a quien corresponde asumir el precio de su ejecución, debiendo desecharse la demanda, por consiguiente, en esta parte.*

14°.- Vinculado con lo anterior se encuentra la petición formulada por la actora, y a la que se accedió en el fallo en estudio, referida a la devolución de la suma de \$28.188.871, más reajustes, correspondiente al cobro de la boleta de garantía del Banco BCI N° 0178746, extendida en garantía de la buena ejecución de las obras, que venció el 30 marzo de 2014.

Sobre el particular, se ha de dejar expresamente asentado que, constando en autos que la actora incurrió en incumplimiento contractual al no construir debidamente las losas que sirven de techumbre a los departamentos de los terceros pisos de los edificios de que se trata, defecto que se ha traducido, como se dijo, en la existencia de filtraciones en tales estructuras, forzoso es concluir que no ha existido vicio o error alguno en la ejecución de la boleta de garantía de buena ejecución de las obras aludida más arriba, puesto que en la especie su cobro ha tenido por fin, precisamente, sufragar los gastos necesarios para subsanar los defectos de construcción de las citadas losas cometidos por la propia demandante.

En otras palabras, la ejecución de la citada garantía tuvo lugar en cumplimiento de su propia naturaleza y fines, puesto que por su intermedio únicamente se ha pretendido corregir la ejecución de las losas en cemento, motivo suficiente, en consecuencia, para desechar la demanda en esta parte.

15°.- Por otra parte, y en cuanto dice relación con la determinación de los falladores de condenar al SERVIU al pago de los gastos generales derivados del aumento de plazo del contrato materia de autos, sólo cabe dejar asentado que se comparten los fundamentos de la misma, puesto que, comprobada la mayor duración del mismo, se debe indemnizar al contratista por tales gastos, considerando que, al menos en este caso, dicha extensión no le es imputable.

16°.- Finalmente, y en cuanto se vincula con la ordenada devolución a la demandante de la boleta bancaria de garantía N° 0178891, emitida por el Banco BCI por 4.183 Unidades de Fomento, se ha de consignar que no se divisa motivo alguno que justifique la retención de dicho instrumento en poder del SERVIU, motivo bastante para confirmar el fallo en este extremo. ([Volver](#))

**6.- Basoalto y otros con Sebastián Piñera Echeñique. Corte Suprema, Rol N°39.506-2020, de 30 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** Un grupo de personas, adultos mayores, interpusieron una acción de protección, ante la Corte de Apelaciones de Rancagua en contra de don Sebastián Piñera Echeñique, en su calidad de Presidente de la República, y de don Jaime Mañalich Muxi, en su calidad de Ministro de Salud, solicitando se decrete cuarentena en la ciudad de San Fernando por un plazo no inferior a 30 días, a fin de resguardar la vida e integridad física y psíquica de los recurrentes.

Entre los fundamentos en que sustenta su acción señalan (1) las declaraciones de la Presidenta del Colegio Médico en torno a la necesidad que se decrete el cierre total de la Región Metropolitana, debido a la propagación del coronavirus, (2) las medidas de



protección aconsejadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en particular las que hacen alusión al grupo de riesgo que constituyen las personas de edad avanzada, considerando la alta tasa de morbilidad de las personas a partir de los 65 años, (3) a modo ilustrativo, señalan la situación en cuanto a la propagación del coronavirus en Italia, donde no se han empleado medidas demasiado estrictas, tal como en Chile, con una cifra de personas fallecidas a causa de este virus que supera los 8.000 casos. Enseguida refieren que las omisiones del Presidente de la República y del Ministro de Salud, al negarse a decretar cuarentena en todo el territorio nacional, ponen en riesgo la vida de los recurrentes. Además, califican tal conducta como arbitraria, por cuanto, a pesar de las recomendaciones de la OMS, el Colegio Médico y científicos, no han actuado en consecuencia ni con la celeridad necesaria.

La Corte de Apelaciones de Rancagua declaró inadmisibile la acción. Por lo anterior, los actores dedujeron recurso de apelación.

**Fundamento:** *Primero: Que el examen del recurso de protección evidencia que lo pretendido es que el Poder Ejecutivo y, en particular, la autoridad sanitaria, adopten determinadas medidas que –a juicio de la recurrente– serían las idóneas para afrontar la pandemia por COVID-19 que afecta a nuestro país.*

*Segundo: Que, no obstante, habiéndose declarado por el Presidente de la República el Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional, es manifiesto que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas queda radicado de manera privativa en las autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario.*

*Tercero: Que la acción constitucional de protección no es la vía idónea para impugnar las supuestas omisiones que se reprochan a tales autoridades, desde que ello importaría arrogarse potestades que el Constituyente ha radicado de manera privativa en el Poder Ejecutivo, más aún en un Estado de Excepción Constitucional.*

*Cuarto: Que, por consiguiente, el recurso de protección no puede ser admitido a tramitación. ([Volver](#))*

## II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

**1.- COVID-19, teletrabajo, trabajos extraordinarios, jornada de trabajo, cometidos funcionarios, control horario, emergencia sanitaria, enriquecimiento sin causa, descanso compensatorio. Dictamen N°8232, de 23 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** La Municipalidad de Providencia solicitó la reconsideración parcial del dictamen N° 3.610, de 2020, en aquella parte que concluyó que no resulta jurídicamente admisible la posibilidad de realizar trabajos extraordinarios por el personal sujeto a trabajo

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

a distancia como medida dispuesta en el contexto de la contingencia sanitaria producida por el brote de COVID-19.

**Fundamento:** *Sobre el particular, es del caso considerar que las normas de aplicación general relativas a la jornada de trabajo y la forma de desempeño de los funcionarios públicos corresponden a aquellas contempladas, en términos semejantes, tanto en la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, como en la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.*

*Así, las letras a) y d) de los artículos 61 y 58 de las citadas leyes N 18.834 y 18.883, prescriben que serán obligaciones de cada funcionario cumplir con la jornada de trabajo y desempeñar en forma regular y continua su cargo en dicho periodo.*

*Luego, el inciso primero de los artículos 65 y 62 de las mencionadas leyes N 18.834 y 18.883, respectivamente, estipula que la jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios será de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias; mientras que los artículos 72 y 69 de los señalados estatutos determinan las consecuencias jurídicas que acarrea para el empleado tanto la inobservancia del cumplimiento efectivo de la jornada prevista para el ejercicio de sus labores, como los atrasos y ausencias reiterados, sin causa justificada.*

*Enseguida, el inciso primero de los artículos 66 y 63 de los cuerpos normativos citados, previene, en lo pertinente, que el jefe superior de la institución o el Alcalde, podrá ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables. El inciso segundo de los preceptos recién citados agrega que los trabajos extraordinarios se compensarán con descanso complementario y si ello no fuere posible por razones de buen servicio, aquéllos serán compensados con un recargo en las remuneraciones.*

*Además, debe considerarse que los respectivos artículos 78 y 75 de las leyes N 18.834 y 18.883 previenen que los funcionarios públicos pueden cumplir cometidos funcionarios que los obliguen a desplazarse dentro o fuera de su lugar de desempeño habitual para realizar labores específicas inherentes al cargo que sirven.*

*De la preceptiva citada se desprende que la regla general es que los servidores públicos deben realizar sus tareas en las dependencias del organismo de que se trate, sin perjuicio de los casos en que aquellas tienen que efectuarse, por su naturaleza, en otros lugares, cuando así se dispone mediante un cometido funcionario, como acontece con las actividades de fiscalización externa, tal como lo señaló el dictamen N° 678, de 2018, de este origen.*

*Asimismo, y en armonía con lo expresado en ese pronunciamiento, es posible colegir que las funciones deben ejercerse dentro de una jornada diaria que se corresponda con aquella fijada por los señalados*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

artículos 65 y 62 de las leyes N 18.834 y 18.883, debiendo, además, someterse a sistemas de control de ingreso y salida de la misma.

*De esta manera, la regulación de la jornada ordinaria y extraordinaria en los referidos cuerpos estatutarios, se encuentra concebida y dirigida a los funcionarios que se desempeñan en forma presencial en los recintos de los respectivos organismos o en terreno en virtud de un cometido funcionario. Lo anterior, por cuanto los mecanismos de control horario que los servicios tienen la obligación de implementar otorgan garantías respecto del cumplimiento cierto de la correspondiente jornada de trabajo de cada funcionario, para efectos del correcto cálculo de los descansos complementarios o los recargos que fueran procedentes, lo que no resulta factible en el caso de los servidores que ejercen sus labores bajo la modalidad de trabajo a distancia, particularmente en la contingencia que atraviesa el país, como se expresó en el dictamen que se solicita reconsiderar.*

*Del mismo modo, conviene recordar que el legislador de las citadas leyes N 18.834 y 18.883 no autorizó que el cumplimiento de la jornada se efectuara a través la modalidad de teletrabajo, cuestión que, atendida la emergencia sanitaria producto del brote de COVID-19 y que representa una situación de caso fortuito, fue admitida por esta Entidad Fiscalizadora mediante el dictamen cuya reconsideración se solicita. Por ende, dichos Estatutos no contemplan normas que regulen el cumplimiento de jornada bajo esa modalidad, como tampoco la consiguiente retribución en descanso compensatorio o el recargo en las remuneraciones por las horas extraordinarias, por no encontrarse prevista aquella forma de trabajo.*

*Por el contrario, cuando el legislador ha autorizado a ciertos órganos públicos a someter al régimen de teletrabajo a un porcentaje de su dotación máxima de personal, ha previsto expresamente que los mencionados servidores no pueden realizar trabajos extraordinarios. Ello ha tenido lugar mediante el artículo 43 de la ley N° 20.971, y los artículos 45 y 46 de la ley N° 21.126, los que han dispuesto que a dichos funcionarios no les será aplicable el artículo 66 de la citada ley N° 18.834, que se refiere precisamente a los trabajos extraordinarios.*

*Así, bajo la tesis que sostiene esa municipalidad se generaría una diferencia arbitraria entre los funcionarios que se encuentran trabajando de manera remota en virtud de las decisiones adoptadas con ocasión de la ya reseñada contingencia sanitaria, y aquellos que también laboran bajo esa modalidad, pero en virtud de los anotados artículos 43 de la ley N° 20.971 y 45 y 46 de la ley N° 21.126, toda vez que los primeros sí podrían ser objeto de una jornada extraordinaria -con la correspondiente compensación monetaria o descanso-, mientras que los segundos no.*

*En razón de lo anterior, y con la finalidad de evitar el enriquecimiento sin causa de parte de la Administración y la consiguiente afectación de los derechos de los funcionarios al no ser retribuidos por el trabajo extraordinario, a que alude la municipalidad recurrente, cabe concluir que las jefaturas deberán abstenerse de disponer dichos trabajos respecto del personal que desarrolla sus funciones en*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*forma remota. En tanto, con el objeto de precaver la falta de servicio que señala el municipio en su presentación, las autoridades deberán disponer que las labores críticas de los servicios se aseguren de forma presencial, de manera de garantizar la continuidad del funcionamiento de la Administración, como se indicó en el dictamen cuya reconsideración se solicita.*

*Finalmente, respecto de lo argumentado por la municipalidad en orden a que la imposibilidad de retribuir el trabajo extraordinario realizado conduciría a que funcionarios en cuarentena o contagiados violen las medidas sanitarias concurriendo a las dependencias para obtener el pago por esas tareas, corresponde desestimar dicha alegación no sólo por ser hipotética, sino porque un eventual hecho de esa naturaleza -que constituye un ilícito administrativo y penal- no puede servir para orientar la interpretación administrativa encargada a esta Contraloría General.*

*De esta manera, no se advierten elementos para admitir que los funcionarios municipales que actualmente desempeñan sus labores en la modalidad de trabajo a distancia en atención a las actuales circunstancias sanitarias, puedan percibir el pago de horas extraordinarias ni acceder al descanso compensatorio, pues ello supondría situarlos en una mejor posición que aquellos servidores de la Administración que, previa autorización legal, han sido facultados para ejercer sus tareas fuera de las dependencias institucionales. ([Volver](#))*

### **2.- Alta dirección pública, prórroga cargo en propiedad, evaluación de desempeño, calificación. Dictamen N°8124, de 21 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** El Servicio Agrícola y Ganadero solicitó un pronunciamiento que determine si en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo quincuagésimo séptimo de la ley N° 19.882, el jefe superior de un servicio se encuentra obligado a prorrogar el cargo de jefe de departamento que conserva en propiedad un funcionario que sirve en un empleo de Alta Dirección Pública.

**Fundamento:** *Sobre el particular, cabe recordar que el inciso final del referido artículo quincuagésimo séptimo, establece que respecto de los altos directivos públicos no será aplicable lo dispuesto en la letra e) del artículo 81 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, añadiendo que sin perjuicio de lo anterior, los funcionarios conservarán la propiedad del cargo de planta de que sean titulares durante el periodo en que se encuentren nombrados en un cargo de alta dirección pública, incluyendo sus renovaciones, y que esta compatibilidad no podrá exceder de nueve años.*

*Por otra parte, el artículo 8° del Estatuto Administrativo preceptúa que los cargos de jefe de departamento y los de niveles de jefaturas jerárquicas equivalentes de los ministerios y servicios públicos, serán de carrera y se someterán a las reglas que esa disposición específica.*

*La letra d) de esa norma determina que la permanencia en estos cargos será por tres años, y que al término de ese plazo el jefe superior de cada servicio podrá, por una sola vez, previa evaluación del desempeño del funcionario, resolver la prórroga de su nombramiento por igual período, o bien llamar*

a concurso. Agrega, que los funcionarios permanecerán en estos cargos mientras se encuentren calificados en lista N° 1, de distinción.

Expuesto todo lo anterior, corresponde hacer presente -en armonía con el criterio sostenido en el dictamen N° 54.553, de 2006, de este origen, entre otros-, que el artículo quincuagésimo séptimo de la ley N° 19.882 no hace distinción sobre la condición que debe tener el empleo de planta cuya titularidad se permite mantener al acceder a un cargo ADP, por lo que el funcionario que ejerce una plaza de jefe de departamento no la pierde, y puede conservarla, por el hecho de ser designado como alto directivo público.

Ahora bien, en lo que atañe a la renovación de la designación en el empleo de jefe de departamento, es útil manifestar que esta Entidad de Control ha resuelto, por ejemplo, en su dictamen N° 72.663, de 2016, que es una atribución privativa y discrecional del jefe superior ordenar la prórroga de esas designaciones, previa valoración del funcionario, o bien llamar a un proceso de selección, constituyendo esa decisión un aspecto de mérito o conveniencia de esa autoridad.

De lo expuesto se colige que el derecho que establece el señalado inciso final del artículo quincuagésimo séptimo de la ley N° 19.882, de conservar la propiedad de un cargo de planta al acceder a uno ADP, autoriza a quien ejerce uno de jefe de departamento a reservar su titularidad hasta el término del primer trienio, pero no obliga a la autoridad pertinente a renovar luego esa designación, ya que esta mantiene la opción de no perseverar en dicho nombramiento y, en consecuencia, llamar a concurso para proveer tal plaza.

En este punto, cabe aclarar que no obstante que un funcionario cese en el cargo de jefe de departamento que conservó en propiedad, por haber finalizado su periodo de tres años sin que la autoridad lo prorrogase, este mismo aún puede mantener -si ese es el caso- el empleo titular en la planta del servicio que conservó en virtud de lo dispuesto en los artículos 8°, letra e), 87 y 88 de la ley N° 18.834, al acceder, en un principio, al aludido empleo de tercer nivel jerárquico, esta vez eso sí, en función de la compatibilidad dispuesta en el referido artículo quincuagésimo séptimo de la ley N° 19.882.

Ahora bien, en lo que se refiere a la consulta acerca de cómo efectuar la evaluación de desempeño de un jefe de departamento que no ha ejercido durante todo su primer trienio, conservando la propiedad de ese empleo, corresponde manifestar, tal como se dijera en el citado dictamen N° 72.663, de 2016, que la respectiva autoridad deberá realizar tal examen en su mérito, según el caso de que se trate, dado el carácter privativo y discrecional de esa potestad, pudiendo considerar como un factor para tal fin, la extensión del desempeño efectivo del cargo.

Por último, sobre cómo proceder en la calificación de un cargo de jefe de departamento en la situación en comento, es menester considerar que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la ley N° 18.834, no serán calificados los servidores que por cualquier motivo hubieren desempeñado efectivamente sus

*labores por un tiempo inferior a seis meses, ya sea en forma continua o discontinua en el pertinente periodo de evaluación, caso en el cual conservarán la del año anterior.*

*En dicho contexto, y conforme al criterio contenido en los dictámenes N 28.982, de 2005 y 21.486, de 2011, y para los efectos de determinar el cumplimiento del requisito de mantener una calificación en lista N°1, como condición para mantenerse en un cargo de jefe de departamento, resulta útil la calificación que se conserva en virtud de alguna disposición legal que así lo permite. ([Volver](#))*

**3.- Asistente de la educación, remuneraciones, reajuste, feriado, licencia médica, protección a la maternidad. Dictamen N°8110, de 20 de abril de 2020.**

**Hechos del caso:** La Contraloría Regional de La Araucanía remitió la presentación del Servicio Local de Educación Pública Costa Araucanía, a través de la cual consultó si luego de las modificaciones introducidas a la ley N° 19.464, los asistentes de la educación de los jardines infantiles financiados vía transferencia de fondos (VTF), dependientes de ese servicio local, tienen derecho al reajuste de remuneraciones que contempló la ley N° 21.126 para los trabajadores del sector público; y, si es posible que quienes se ven imposibilitados de gozar de su feriado, por hacer uso de licencia o descanso maternal durante el lapso que la ley N° 20.994 prevé para tales efectos, puedan disfrutarlo en una época distinta.

**Fundamento:** *Sobre el particular, la ley N° 21.109 dispone en su artículo 2, en lo que interesa, que para efectos de ese cuerpo normativo son asistentes de la educación -entre otros- los funcionarios que, desempeñándose en establecimientos de educación parvularia VTF, dependientes de un servicio local, colaboren en el desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje de los estudiantes y la correcta prestación del servicio educacional, a través de funciones de carácter profesional distintas de aquellas establecidas en el artículo 5° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Educación, promulgado el año 1996 y publicado el año 1997; técnicas; administrativas o auxiliares.*

*Luego, agrega en su artículo 3, que las relaciones laborales entre los servicios locales y los asistentes de la educación de su dependencia se regirán por las disposiciones de esa ley y, para dichos efectos, serán considerados como funcionarios públicos, siéndoles aplicable supletoriamente el Código del Trabajo en lo no regulado expresamente por aquella.*

*A su turno, precisó en su artículo primero transitorio, que “La presente ley entrará en vigencia en la fecha de su publicación respecto de los servicios locales que se encuentren prestando el servicio educacional, sin perjuicio de lo establecido en los artículos transitorios siguientes”.*

*Ahora bien, dado que el antes mencionado texto normativo fue publicado en el Diario Oficial el 2 de octubre de 2018, y que el SLEP se encontraba en funcionamiento a esa época, aparece que desde esa fecha la relación estatutaria de los asistentes de la educación por los cuales se consulta, se rige por las disposiciones de la antes referida ley y no por su similar N°19.464, salvo ciertas normas que reciben*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*aplicación por expresa disposición del artículo 2 del último de los mencionados textos legales - reemplazado por el artículo 52 de la ley N° 21.109-.*

*En efecto, el precitado artículo 2, luego de precisar a quiénes se aplica la ley N° 19.464, dispone que “Asimismo, lo dispuesto en los artículos 3, 4 bis, 5 y 13 de esta ley se aplicará a los asistentes de la educación de nivel parvulario, dependientes de Servicios Locales de Educación Pública y que se desempeñen en establecimientos financiados mediante transferencia de fondos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles”.*

*Puntualizado lo anterior, cabe señalar que la ley N° 21.109 prevé, en su artículo 49, que las remuneraciones de los asistentes de la educación que se desempeñen en los establecimientos de educación parvularia VTF, dependientes de un servicio local, se determinarán de acuerdo al Código del Trabajo, sin perjuicio de tener derecho a ciertas asignaciones que la misma disposición precisa.*

*Por su parte, el artículo 1 de la ley N° 21.126, que otorga reajuste de remuneraciones a los trabajadores del sector público, concede aguinaldos que señala, concede otros beneficios que indica, y modifica diversos cuerpos legales, dispone “Otórgase, a contar del 1 de diciembre de 2018, un reajuste de 3,5% a las remuneraciones, asignaciones, beneficios y demás retribuciones en dinero, imponibles para salud y pensiones, o no imponibles, de los trabajadores del sector público, incluidos los profesionales regidos por la ley N° 15.076 y el personal del acuerdo complementario de la ley N° 19.297”, agregando en su inciso segundo, en lo que interesa, que este reajuste no regirá, sin embargo, para los trabajadores del mismo sector cuyas remuneraciones sean fijadas por la entidad empleadora.*

*En este contexto, es dable colegir que en atención a que el régimen remuneratorio de los asistentes de la educación de los jardines infantiles VTF dependientes de los servicios locales se rige por las normas del Código Laboral y, por ende, sus remuneraciones son acordadas por las partes contratantes, estos no tienen derecho al reajuste de remuneraciones del sector público, por cuanto no obstante tener la calidad de funcionarios públicos, según consigna el artículo 3 de la ley N° 21.109, la ley N° 21.126 los exceptuó del reajuste, debido a la forma de determinación de sus remuneraciones.*

*A mayor abundamiento, es pertinente puntualizar que la ley N° 21.109, a diferencia de su similar N°19.464, no contiene una norma que ordene expresamente la aplicación del reajuste por el cual se consulta, pues esta última -no obstante la excepción que contempla la ley N° 21.126 y leyes de reajuste de años anteriores-, dispone expresamente, en su artículo 4°, que las remuneraciones de los asistentes de la educación se reajustan en los mismos porcentajes y oportunidades que las remuneraciones del sector público.*

*En tal sentido, el dictamen N° 79.200, de 2014, ha resuelto que el precitado artículo 4° contiene una regla especial para los asistentes de la educación, que prevalece sobre la excepción, general y temporal, contenida en la ley de reajuste para el año 2013 -redactada en idénticos términos a la ley N° 21.126,*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*en cuanto a la exclusión de que se trata-, toda vez que sostener lo contrario implicaría restar eficacia a una norma vigente de carácter permanente.*

*Luego, en relación a la segunda consulta formulada, esto es, la posibilidad de que los asistentes de la educación de los jardines infantiles VTF dependientes de un servicio local, que se vean imposibilitados de gozar de su feriado por haber hecho uso de licencia o descanso maternal durante dicho periodo, puedan disfrutar de ese feriado en una época distinta a la señalada en la ley N° 20.994, cabe indicar que no obstante que la ley N°21.109 rige su relación estatutaria, el artículo 42 de ese cuerpo legal expresa que el feriado de los mencionados asistentes se regirá por lo dispuesto en la ley N° 20.994.*

*Al respecto, la ley N° 20.994 dispone, en su artículo único y en lo que interesa, que los establecimientos de educación parvularia VTF tendrán un receso o suspensión de actividades regulares durante todo el mes de febrero de cada año, incluyendo las actividades de sus trabajadores, quienes harán uso de su feriado legal durante dicho receso y, en lo que exceda a este, gozarán de un permiso especial remunerado.*

*Continúa la referida norma, señalando que tal receso también se hará efectivo durante una semana en el mes de julio de cada año, de acuerdo a la resolución que para dichos efectos deberá dictar la JUNJI.*

*Precisado lo anterior, es menester recordar que según el dictamen N° 42.181, de 2011, el feriado tiene el propósito 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.*

*A su turno, de acuerdo a los artículos 111 de la ley N° 18.834 y 110 de la ley N° 18.883, se entiende por licencia médica el derecho que tiene el funcionario de ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado lapso, con el fin de atender al restablecimiento de su salud, en cumplimiento de una prescripción profesional certificada por un médico cirujano, cirujano dentista o matrona, según corresponda, autorizada por el organismo que sea competente.*

*A continuación, en lo que se refiere a los descansos de maternidad, y en armonía con el dictamen N° 85.944, de 2013, el Código del Trabajo, en su libro II del título II -De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar-, contempla una serie de normas de seguridad social, que se traducen en beneficios que tienen el objeto de proteger dicho período, desde el comienzo del embarazo y durante la primera etapa de vida del menor.*

*Así, el artículo 195 del citado código, regulado en el anotado título, junto con consagrar el descanso maternal de la mujer trabajadora a contar de la sexta semana anterior al parto y hasta doce semanas después de él, señala que tal beneficio tiene el carácter de irrenunciable y que durante los periodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y púerperas.*

*En este contexto, mediante el dictamen N° 30.269, de 2019, se precisó que una licencia médica por enfermedad o el descanso por maternidad no son siempre circunstancias que el funcionario o servidora*



## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*respectivo puede prever, lo cual le impide ejercer su feriado, viéndose privado de la posibilidad de gozar de este último, prerrogativa que tiene una finalidad diversa, que no se sustituye con el ejercicio de aquellos otros beneficios.*

*Añade que el descanso de maternidad comprende también el descanso prenatal; el descanso prenatal suplementario por enfermedad a consecuencia del embarazo; el descanso prenatal prorrogado, cuando el parto se produce después de las seis semanas del descanso prenatal; el descanso puerperal prorrogado, si se produce enfermedad como consecuencia del alumbramiento que impida regresar al trabajo después del descanso postnatal; y, el permiso postnatal parental.*

*Por otra parte, es necesario tener presente que en el caso de la licencia médica, quienes gozan de tal prestación de seguridad social no pueden renunciar a la misma y se encuentran obligados a mantener el reposo ordenado en la respectiva prescripción del profesional autorizado para extenderla, en el lapso que ella abarca, en tanto que el descanso por maternidad reviste el carácter de irrenunciable, de modo que tampoco resulta posible que quienes se encuentren haciendo uso de tal beneficio, puedan interrumpirlo con la finalidad de solicitar el feriado.*

*De lo expuesto, se desprende que tanto los permisos de maternidad como las licencias médicas tienen una naturaleza y finalidad diversa a la del feriado, pues mientras los referidos permisos son circunstancias que pueden sobrevenir sin que intervenga la voluntad de la servidora, aquel último persigue, a través de períodos de descanso, la recuperación de las energías y del desgaste sufrido por los funcionarios en el ejercicio de sus labores.*

*De conformidad con lo anotado, aparece que si bien se ha establecido una época del año en la que debe utilizarse el feriado por las funcionarias y funcionarios de que se trata, no es menos cierto que el legislador no previó la posibilidad que aquellas y aquellos no pudieran hacer uso de ese derecho, por encontrarse con licencia médica o permiso de maternidad, circunstancias que no tienen por finalidad conseguir la recuperación de las energías y del desgaste sufrido en el ejercicio de sus labores, por lo que dichos permisos no pueden implicar la pérdida del derecho a descansar que persigue el feriado.*

*En ese sentido, no se aprecia impedimento para que quienes se encontraren haciendo uso de su descanso maternal o licencia médica en la época en que corresponda gozar del feriado, pueda ejercer este derecho a continuación del permiso o licencia respectiva, a fin de que se mantenga la continuidad y eficiencia de la respectiva entidad, y su empleador tenga la certeza de que se reintegrará al servicio una vez concluidas dichas ausencias justificadas, evitando dejar a criterio de cada servidor la época de su ejercicio, lo que podría implicar una alteración en el funcionamiento normal del servicio.*

*Por consiguiente, las funcionarias y funcionarios por los que se consulta podrán hacer uso de su feriado en una época distinta a la prevista en la ley para las entidades en las que se desempeñan, siempre que aquello sea a continuación de su descanso maternal o licencia médica, según corresponda,*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*el que continúa siendo de 15 días hábiles anuales, más los aumentos que el Código del Trabajo dispone, conforme lo informara el dictamen N° 20.901, de 2018. ([Volver](#))*