

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°103

Semana del 24 al 30 de mayo de 2020

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

| | | |
|----------|--|---------------|
| Caso | "Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda con Superintendencia de Educación." | |
| Tribunal | Corte Suprema | Rol N°71-2020 |
| Resumen | <p>Las normas que regulan la materia establecen como requisito del reconocimiento oficial y funcionamiento de los establecimientos educacionales contar con infraestructura adecuada, que en el caso del nivel parvulario, determina la necesidad de contar con un número suficiente de servicios higiénicos destinados a ese nivel. Incumplir este requisito constituye una falta menos grave, en los términos del artículo 77, letra c) de la Ley N°20.529, la cual se debe sancionar con amonestación por escrito y multa, sin que pueda imponerse únicamente la sanción de amonestación. Aplicar únicamente la sanción de amonestación implica que, en los hechos, se ha recalificado la conducta.</p> <p>Cabe precisar que el sistema de agravantes y atenuantes que contempla la ley en esta materia no puede ser utilizado para recalificar la conducta, toda vez que, para respetar el principio de proporcionalidad, el legislador ha previsto la posibilidad de recorrer la escala fijada por la legislación, entre el mínimo y el máximo previsto para la infracción. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p> | |
| Fecha | 25 de mayo de 2020. | |

| | | |
|----------|---|-------------------|
| Caso | "Yáñez con Municipalidad de La Serena." | |
| Tribunal | Corte Suprema | Rol N°15.093-2020 |
| Resumen | <p>El procedimiento de otorgamiento, caducidad, traslado y renovación de una patente de alcoholes establecido en el artículo 65 letra o) de la Ley N°18.695, es reglado, pero contiene también elementos propios de la potestad discrecional. Sin embargo, discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo que aún estas potestades deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Son los tribunales de justicia los habilitados para practicar dicho control. En consecuencia, es insuficiente como motivo para rechazar la renovación</p> | |

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

| | |
|-------|---|
| | de una patente de alcoholes un informe desfavorable del Servicio Nacional de Turismo, cuando aquel sea el único antecedente considerado para decidir en ese sentido. Más aún, cuando dicho informe no tiene carácter vinculante para el municipio, el cual debe sopesar su mérito y fundamentación conforme a los principios de razonabilidad y objetividad. (Ver hechos y fundamentos del caso) |
| Fecha | 25 de mayo de 2020. |

| | | |
|----------------------------|--|-------------------|
| Caso | “Hirsch con Gonzalo Blumel Mac-Iver e Ignacio Briones Rojas.” | |
| Tribunal | Corte Suprema | Rol N°58.505-2020 |
| Resumen | Es exigencia de la acción de protección acreditar la legitimación activa del amparado, puesto que es menester para su procedencia la existencia de alguna persona determinada que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías y derechos”. Así, no procede el referido arbitrio cuando se interpone en favor de un grupo indeterminado de personas. (Ver hechos y fundamentos del caso) | |
| Fecha | 27 de mayo de 2020. | |
| Jurisprudencia relacionada | CS, Rol N°44.034-2020, 14 de mayo de 2020; CS, Rol N°50.571-2020, 25 de mayo de 2020; CS, Rol N°44.120-2020, CS, Rol N°44.426-2020, CS, Rol N°50.386-2020, CS, Rol N°50.389-2020, todos del 14 de mayo de 2020; CS, Rol N°44.067-2020, CS, Rol N°44071-2020, CS, Rol 44428-2020, todos de 11 de mayo de 2020.; CS, Rol N°43.834-2020, 7 de mayo de 2020. | |

| | | |
|----------|--|-------------------|
| Caso | “Pinto y otros con Carabineros de Chile Prefectura Porvenir.” | |
| Tribunal | Corte Suprema | Rol N°24.873-2020 |
| Resumen | La negativa del personal a cargo de las unidades policiales, al acceso al libro de detenidos por parte de personas que se identifican como apoderados del detenido o pertenecientes a determinadas instituciones constituye un acto ilegal y arbitrario. Es ilegal, por cuanto dicho registro es público y puede acceder a él cualquier persona que lo requiera, sin limitaciones de ninguna especie; y es arbitrario por cuanto dicha acción carece de razonabilidad. (Ver hechos y fundamentos del caso) | |
| Fecha | 27 de mayo de 2020. | |

| | | |
|----------|---|-----------------|
| Caso | “Ingeniería de Desarrollo Soluciones y Montaje Insodem Limitada con Municipalidad de Quinta de Tilcoco.” | |
| Tribunal | Corte Suprema | Rol N°4628-2019 |

| | |
|---------|--|
| Resumen | <p>Las sentencias definitivas deben expresar las consideraciones de hecho que les sirven de fundamento, estableciendo con precisión las circunstancias fácticas sobre que versa la cuestión que haya de fallarse, con distinción entre las que han sido aceptadas o reconocidas por las partes y aquellas objeto de discusión. Así, se concluye que los jueces no dan cumplimiento a este requisito en tanto la sentencia dictada carece de consideraciones en torno a los nuevos antecedentes acompañados en segunda instancia, los cuales contienen un reconocimiento de la demandada respecto de las obligaciones cuyo cumplimiento exigió el actor en su demanda. El incumplimiento de este requisito faculta a la Excma. Corte Suprema para anular de oficio dicha sentencia.</p> <p>En la sentencia de reemplazo se señaló: Reconocido por la municipalidad demandada el cumplimiento parcial de las obras contratadas no es posible exigirle el cumplimiento del pago íntegro comprometido por ese concepto. Sin embargo, rechazar totalmente la demanda, sin considerar proporcionalmente aquella parte de la obra efectivamente construida y no pagada por la demandada, significaría permitir un enriquecimiento sin causa en favor del ente edilicio. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p> |
| Fecha | 28 de mayo de 2020 |

| | | |
|----------|--|-------------------|
| Caso | "Arnaboldi con Municipalidad de Valdivia." | |
| Tribunal | Corte Suprema | Rol N°16.079-2020 |
| Resumen | <p>La legítima expectativa de ser adjudicado en un llamado a licitación, luego de ser calificado el oferente con el 100% en la evaluación de las ofertas, y la decisión de declarar desierta la licitación por motivos que no se ajustan a las bases de la licitación, constituyen actuaciones que resultan aptas para provocar un daño que debe ser indemnizado. La sentencia que desconoce esta conclusión desacata lo ordenado por los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, ya que se está negando el derecho a la indemnización de los perjuicios causados.</p> <p>En la sentencia de reemplazo se señaló: la circunstancia de haber sido discriminado y privado de la legítima expectativa de serle adjudicada una licitación, a pesar de cumplir con todos los requisitos para ello, causa una aflicción y sensación de injusticia que permite dar por establecido un daño moral. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p> | |
| Fecha | 28 de mayo de 2020. | |

| | | |
|----------|----------------------------|-----------------|
| Caso | "Moya con Fisco de Chile." | |
| Tribunal | Corte Suprema | Rol N°7410-2019 |

| | |
|---------|---|
| Resumen | <p>La nulidad de derecho público es la acción que se ejerce para obtener la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado en los que faltan algunas de las exigencias que el ordenamiento requiere para su existencia y validez.</p> <p>Se denominan acciones de plena jurisdicción aquellas acciones contencioso administrativas declarativas de derecho. Estas son de contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentra sometidas, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales establecidas al respecto en el Código Civil. Por esa razón, lo que prescribe no es la nulidad de derecho público, sino la acción declarativa de derechos en favor del particular.</p> <p>Tratándose de una pretensión hecha valer en juicio, orientada no sólo a obtener la declaración de nulidad de un acto administrativo, sino, además, la cancelación de una inscripción en el conservador de bienes raíces a nombre del demandado, resultan aplicables las normas sobre prescripción dispuestas en el Código Civil. En virtud de ellas, la acción declarativa prescribe transcurridos 5 años desde la emisión del acto administrativo que motiva el pleito. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p> |
| Fecha | 28 de mayo de 2020. |

| | | |
|----------|--|-------------------|
| Caso | "Agrícola Coexca S.A. con Director de Obras Municipales de la Municipalidad de San Javier de Loncomilla." | |
| Tribunal | Corte Suprema | Rol N°30.013-2019 |
| Resumen | <p>El artículo 53 de la Ley N°19.880 exige que el afectado con la decisión de invalidar un acto administrativo, sea oído en forma previa a la invalidación, de modo que pueda esgrimir sus defensas antes de que se adopte tal decisión. No satisface esa exigencia la mera citación al representante legal de la afectada, sin que conste que en la audiencia realizada se le haya permitido efectuar sus alegaciones y descargos. En consecuencia, el acto invalidatorio se torna ilegal si prescindió de oír las defensas del afectado. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p> | |
| Fecha | 29 de mayo de 2020. | |

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

| | |
|----------|--|
| Dictamen | Dictamen N°9067 |
| Órgano | Contraloría General de la República |
| Resumen | La obligación dispuesta por el inciso segundo, del artículo 131 del Código de Aguas, de publicar toda presentación que afecte o pueda afectar a terceros en un diario o periódico de la provincia respectiva y si no hubiere, en uno de la capital de la región correspondiente, tiene el propósito de |

| | |
|-------|---|
| | <p>acotar la cobertura y difusión de dichos medios de información al ámbito geográfico que esa división político administrativa comprende.</p> <p>Por otro lado, el carácter provincial o regional de un diario o periódico no dice relación con el domicilio legal de la empresa periodística, sino con el ámbito territorial de cobertura y distribución. En ese contexto, debe descartarse la aplicación de un criterio geográfico de distribución cuando e trate de un diario electrónico, pues resulta asequible desde cualquier lugar vía internet. Así, la determinación de la idoneidad de un diario electrónico para efectuar las publicaciones que ordena el precepto legal mencionado debe efectuarse sobre la base de su cobertura. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p> |
| Fecha | 14 de mayo de 2020 |

| | |
|----------|--|
| Dictamen | Dictamen N°9064 |
| Órgano | Contraloría General de la República |
| Resumen | <p>El artículo 7 ter de la Ley N°18.168 dispone que todo proyecto de loteo o de edificación conformado por varias unidades enajenables o de dominio exclusivo, acogidas o no al régimen de copropiedad inmobiliaria, están obligadas a proteger la libre elección de cada unidad en la contratación y recepción de servicios de telecomunicaciones, en la medida que el pertinente proyecto contemple efectivamente instalaciones de telecomunicaciones sobre las cuales se puede ejercer tal derecho.</p> <p>En un segundo orden de ideas, la citada ley establece un deber de asegurar la libre elección de cada unidad, sin establecer a ese respecto, un trato excepcional para proyectos de condominios o viviendas sociales, en la medida que correspondan a aquellos a los que se refiere el citado artículo 7 ter. En seguida, y tratándose de proyectos de loteo o de edificación de viviendas sociales, el costo de materializar las modificaciones efectuadas al proyecto de telecomunicaciones variará, dependiendo de circunstancias tales como el programa de subsidio habitacional de que se trate, las características del llamado y los vínculos contractuales que se verifiquen. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p> |
| Fecha | 14 de mayo de 2020 |

| | |
|----------|---|
| Dictamen | Dictamen N°9074 |
| Órgano | Contraloría General de la República |
| Resumen | <p>El brote del Covid-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión</p> |

| | |
|-------|--|
| | <p>interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, con el objeto de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos, esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad. Atendido lo anterior, es posible adoptar la destinación de funcionarios a plazas o funciones reguladas por un estatuto distinto al propio, con carácter excepcionalísimo, siempre que la decisión sea formalizada mediante la dictación del acto administrativo pertinente, debidamente fundamentado en la necesidad de resguardar la salud de la población y en el deber de no interrumpir las funciones indispensables para el bienestar de la comunidad.</p> <p>Por otro lado, no es posible que las municipalidades contraten personal de salud que se haya acogido a los beneficios de incentivo al retiro voluntario, esgrimiendo como motivo para dicha contratación la habilitación contenida en el Decreto N°4, de 2020, del Ministerio de Salud -modificado por su similar N°10, de la misma cartera-, pues dicho acto administrativo especifica cuáles son los organismos de salud habilitados, sin que se cuente a los municipios entre aquellos. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p> |
| Fecha | 14 de mayo de 2020 |

| | |
|----------|---|
| Dictamen | Dictamen N°9066 |
| Órgano | Contraloría General de la República |
| Resumen | <p>El pago del beneficio de sala cuna, si bien no está contemplado expresamente en el Código del Trabajo, se trata de una forma alternativa de dar cumplimiento a la entrega de dicha prestación. Este mecanismo pretende equiparar los derechos que tienen las madres trabajadoras que pueden acceder al beneficio de sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, respecto de aquellas que no han podido hacer uso de éste como consecuencia de una enfermedad grave y permanente de su hijo, pero que, de igual manera, lo necesitan. En ese contexto, la licencia médica otorgada a la madre por una enfermedad grave del niño da cuenta de una imposibilidad física de este último de asistir a una sala cuna, por lo que no se trata de beneficios que se acumulen, sino que la licencia concurre cuando el acceso a una sala cuna no resulta viable. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p> |
| Fecha | 14 de mayo de 2020 |

| | |
|----------|-------------------------------------|
| Dictamen | Dictamen N°9080 |
| Órgano | Contraloría General de la República |

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

| | |
|---------|--|
| Resumen | En el contexto de la colaboración que pueden prestar funcionarios municipales a los Jefes de la Defensa Nacional, reforzando la vigilancia y control de las medidas dispuestas por ellos y por la autoridad sanitaria, con el fin de subsanar los efectos de la calamidad pública ocasionada por el brote de coronavirus, las instrucciones impartidas no puede, en ningún caso, alterar las funciones y atribuciones que el legislador ha radicado en los órganos de la Administración del Estado, dado que lo contrario implicaría invadir la reserva legal. (Ver hechos y fundamentos del dictamen) |
| Fecha | 14 de mayo de 2020 |

| | |
|----------|--|
| Dictamen | Dictamen N°9076 |
| Órgano | Contraloría General de la República |
| Resumen | <p>A contar del año 2020, el régimen estatutario de los educadores de párvulos que desarrollen, en la enseñanza pre-básica, alguna de las funciones señaladas en el artículo 5° de la ley N°19.070, en establecimientos dependientes de los Servicios Locales de Educación Pública -SLEP-, dependerá de la fuente de financiamiento del recinto educacional de que se trate. Así, quienes ejecuten tales labores en establecimientos subvencionados, estarán sujetos al Estatuto Docente, mientras que aquellos que se desempeñen en establecimiento financiados con aportes regulares del Estado, se regirán por el Título VI de la Ley N°19.070, sujetándose a las normas del Código del Trabajo y sus disposiciones complementarias en todo aquello que no esté expresamente establecido en dicho Título.</p> <p>Como consecuencia de lo anterior, no resulta procedente que respecto de aquellos funcionarios se enteren los beneficios remuneratorios de la Ley N°21.109, que estableció un nuevo Estatuto de Asistentes de a Educación, en la medida que desarrollen alguna de las funciones establecidas en el artículo 5° de la Ley N°19.070.</p> <p>En relación con los funcionarios que se desempeñan como asistentes de la educación en jardines infantiles financiados vía transferencia de fondos de la JUNJI y administrados por los SLEP, los estipendios que perciban en virtud de la Ley N°21.109 no constituirán base de cálculo de ninguna otra remuneración. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p> |
| Fecha | 14 de mayo de 2020 |

| | |
|----------|-------------------------------------|
| Dictamen | Dictamen N°9320 |
| Órgano | Contraloría General de la República |

| | |
|---------|--|
| Resumen | Las pensiones de retiro y los desahucios otorgadas en virtud de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, se consideran fijadas en forma definitiva e irrevocable por la resolución que las concede, salvo error manifiesto reparable de oficio por la respectiva Subsecretaría, o a petición de interesado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se concedieron. Por otro lado, la reajustabilidad monetaria y las situaciones en que debe aplicarse respecto de los montos a pagar por concepto de desahucio, requieren una norma expresa o autorización legal para que se aplique. (Ver hechos y fundamentos del dictamen) |
| Fecha | 19 de mayo de 2020 |

| | |
|----------|--|
| Dictamen | Dictamen N°9210 |
| Órgano | Contraloría General de la República |
| Resumen | <p>La atribución del Senado Universitario de la Universidad de Chile, en cuanto a “aprobar los reglamentos referidos en el Estatuto institucional y sus modificaciones” comprende toda alusión directa que ese estatuto realice a esa entidad en materia reglamentaria, como asimismo cualquier remisión general a esa potestad</p> <p>El legislador atribuyó, como función específica del Senado Universitario, la función normativa de la Universidad, esto es, la aprobación de normas que posean la condición de directriz o lineamiento general vinculados a las políticas y estrategias de desarrollo institucional. Así, corresponde a este órgano regular los principales aspectos relativos al ingreso, promoción, evaluación y egreso de la carrera académica, no así, lo relativo a la regulación específica y pormenorizada de los mencionados aspectos de la carrera académica. Este último ámbito debe quedar comprendido en la función ejecutiva del Consejo Universitario. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p> |
| Fecha | 19 de mayo de 2020 |

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda con Superintendencia de Educación. Corte Suprema, Rol N°71-2020, de 25 de mayo de 2020.

Hechos del caso: La Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda interpuso reclamación del artículo 85 de la Ley N°20.529 impugnando la Resolución Exenta PA N°1145 de 30 de julio de 2019 de la Superintendencia de Educación, que rechazó el recurso de reclamación interpuesto en contra de la Resolución Exenta N°2018/PA/I 3/097 de 12 de enero de 2018, que la sanciona con una multa de 51 Unidades Tributarias Mensuales, por cuanto se asentó que el establecimiento, al ser fiscalizado, tenía servicios higiénicos insuficientes, puesto que, específicamente, no estaban habilitados y disponibles aquellos contemplados para la educación parvulario.

La reclamación fue acogida por la Corte de Apelaciones de San Miguel, alzándose en contra de dicha sentencia la Superintendencia de Educación.

Fundamento: Tercero: *Que, en el análisis, se debe tener presente que sólo la Superintendencia de Educación se alzó impugnando el fallo antes referido, arguyendo que la sentencia impugnada rebajó la multa aplicada, careciendo de facultades para aquello, toda vez que se está en presencia de una infracción de carácter menos grave, imponiéndose la sanción en el mínimo permitido por la ley.*

Cuarto: *Que es relevante señalar que, en atención a que la reclamante no impugnó la sentencia dictada en autos, esta Corte debe tener por establecido que efectivamente incurrió en la infracción que se le atribuye.*

Quinto: *Que, asentado lo anterior, se debe precisar que no existe duda que la infracción en la que incurrió el establecimiento educacional, al no contar con los baños necesarios para atender las necesidades de los niños en el nivel de párvulos, constituye una infracción menos grave. Lo anterior surge del bloque normativo que regula la materia, que está dado por lo consignado en el artículo 46 letra i), del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2009 del Ministerio de Educación, artículo 15, del Decreto Supremo N° 315 de 2010 y artículos 2°, 3° y 5 del Decreto Supremo N° 548 de 1988, ambos textos normativos de la señalada repartición pública y artículos 11, 12 y 13 del Decreto N° 289, de 1989, del Ministerio de Salud.*

En efecto, el artículo 77, literal c) de la Ley N°20.529 califica como infracciones menos graves: “c) Infringir los deberes y derechos establecidos en la normativa educacional que no sean calificados como infracción grave”. A su turno, el artículo 78 del mismo cuerpo normativo prescribe: “Son infracciones leves aquellas en que incurran los sostenedores o establecimientos educacionales contra la normativa educacional y que no tengan señalada una sanción especial”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Como se aprecia, la diferencia entre infracciones menos graves y leves, consiste en que la falta, en el primer caso, debe guardar relación con aquella parte del ordenamiento jurídico educacional que establece o regula los “deberes y derechos” de los integrantes de la comunidad educativa.

En este orden de ideas, la normativa que regula la materia establece como requisito del reconocimiento oficial y funcionamiento de los establecimientos educacionales contar con infraestructura adecuada, que en el caso del nivel parvulario, determina la necesidad de contar con un número suficiente de servicios higiénicos destinados a ese nivel.

Sexto: Que, en el caso de autos, los sentenciadores si bien reconocen que se está en presencia de una infracción de carácter menos grave, en los hechos, sobre la base de la aplicación de atenuantes, han procedido a recalificar la sanción, pues imponen una multa que se condice con una infracción de carácter leve, al imponer únicamente una amonestación por escrito, cuestión que no se ajusta a la normativa educacional.

En efecto, conforme con el artículo 77, inciso final, de la Ley N° 20.529, las infracciones de carácter menos grave sólo podrán ser sancionadas con amonestación por escrito “y” multa. La interpretación armónica de tal disposición, en relación al artículo 73 del mismo cuerpo legal, permite concluir no puede, en el caso de las infracciones de carácter menos grave, imponerse únicamente la sanción de amonestación, sino que necesariamente debe imponerse la sanción pecuniaria, que debe estar dentro del rango de descrito en el artículo 73 letra b) de la Ley N° 20.529, esto es de 51 UTM a 500 UTM.

Cualquier otra interpretación, esto es, admitir que para las infracciones menos grave se pueda imponer únicamente la amonestación por escrito no sólo implicaría desconocer el inciso final del artículo 77 antes aludido, sino que llevaría al absurdo de permitir que infracciones residuales de carácter leve pudieran ser sancionadas de forma más severa que las de carácter menos graves. Así, es lógico suponer que el legislador reservó la amonestación por escrito para las infracciones de carácter leve, las que tienen un rango de multa de 1 a 50 UTM, empero, las de carácter menos grave, tal sanción sólo puede ser unida a la multa descrita en la ley.

En este aspecto, se debe enfatizar que el sistema de agravantes y atenuantes no puede ser utilizado para recalificar la conducta, toda vez que para respetar el principio de proporcionalidad el legislador ha previsto la posibilidad de recorrer la escala fijada por la legislación, entre el mínimo y el máximo previsto para la infracción, que en el caso concreto es de 51 a 500 UTM, según lo señala expresamente el artículo 73 de la Ley N° 20.529.

Así, al haber aplicado la autoridad administrativa, una sanción correspondiente al mínimo contemplado en la ley, y al haberse descartado las ilegalidades relacionadas con el desconocimiento de la existencia de caso fortuito y fuerza mayor, era improcedente rebajar la multa. ([Volver](#))

2.- Yáñez con Municipalidad de La Serena. Corte Suprema, Rol N°15.093-2020, de 25 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo acción de protección en contra de la Municipalidad de La Serena, impugnando el Decreto Alcaldicio N° 1.289 de 31 de julio de 2019, que decidió no renovar la patente de alcoholes N°400929 cuyo titular es el recurrente, para el 2° semestre del año 2019.

Fundamento: *Cuarto: Que, como es sabido, el procedimiento de otorgamiento, caducidad, traslado y renovación de una patente de alcoholes establecido en el artículo 65 letra o) de la Ley N° 18.695, es reglado, pero contiene también elementos propios de la potestad discrecional, en tanto la autoridad municipal posee un cierto margen de elección para actuar o no, o para elegir entre diversas alternativas igualmente posibles.*

Ahora bien, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales. En las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación con la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que, en este último caso, indudablemente existen etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho.

Tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional al dictar un acto administrativo, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura, toda vez que todo pronunciamiento de la Administración debe cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. En efecto, la facultad discrecional sólo puede ser ejercida con fines públicos, pues de lo contrario se incurre en la denominada desviación de poder, en cuanto a su finalidad.

Asimismo, los tribunales de justicia están habilitados para realizar un control de razonabilidad de la decisión, toda vez que no es admisible que una autoridad ejerza la facultad acudiendo al sólo capricho;

Quinto: Que en ese contexto jurídico resulta a primera vista que hay insuficiencia de los motivos expresados en el decreto alcaldicio que negó lugar a la renovación de la patente de alcoholes del recurrente, pues el acto administrativo se sustenta principalmente en el informe desfavorable del Servicio Nacional de Turismo de fecha 4 de julio de 2019 que recomendó no renovar la señalada patente; de hecho, en su informe el Municipio reconoció que ésa fue la razón determinante para el rechazo de la solicitud. Si se examina con atención el Decreto Alcaldicio N° 1.289 se advierte que su

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

parte considerativa destaca que la junta de vecinos respectiva no se pronunció (considerando 5° letra c) y que Carabineros emitió los informes N° 87 de 10 de junio, N° 97 de 24 de junio y N° 103 de julio de 2019, que dan cuenta de locales comerciales cuestionados ubicados en el centro de La Serena, entre los cuales no se encuentra el local comercial explotado por el actor (considerando 5° letra d); finalmente, el considerando 6° se refiere escuetamente al precitado informe de Sernatur;

Sexto: Que, si bien el artículo 5 N° 13 del Decreto Ley N° 1.224 de 1975 otorga al Servicio Nacional de Turismo la potestad de “informar las solicitudes de patentes de turismo y requerir la cancelación de las mismas, en los casos que determine el Reglamento”, resulta evidente que dicho reporte no es vinculante en modo alguno para el ente edilicio, el cual tiene el deber de sopesar su mérito y fundamentación conforme a los principios de razonabilidad y objetividad que deben orientar el ejercicio de toda potestad pública;

Séptimo: Que el Oficio Ordinario N° 137/19 de 4 de julio de 2019 de Sernatur se sustenta, a su vez, en un documento denominado “Informe Técnico sobre Pertinencia de Conceder Patente de Turismo” N° 14/19 de 3 de julio del mismo año, el cual contiene expresiones valorativas altamente discutibles tales como que el establecimiento del actor “no constituye una oferta turística singular y destacada”, lo que resulta contradictorio con lo expresado por el mismo servicio el año 2014 cuando se pronunció favorablemente respecto de idéntica solicitud del recurrente. En esta dirección, el informe debió expresar con claridad y precisión las razones que sustentan el cambio de criterio de Sernatur, y al no hacerlo, el reporte carece de la debida fundamentación exigible a los órganos de la Administración del Estado;

Octavo: Que, por consiguiente, al fundarse el acto administrativo impugnado en un informe de Sernatur que carece de adecuada fundamentación, se ha infringido lo dispuesto en los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, de lo cual se desprende la arbitrariedad del acto en tanto carece del debido sustento fáctico y normativo, vulnerándose la garantía de la igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar una actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, garantizados en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República;

Noveno: Que, por tanto, se hace necesario acoger el recurso deducido y otorgar una cautela coherente con los razonamientos precedentes, en la forma que se decidirá, por cuanto se afectan las garantías constitucionales indicadas con el proceder de la recurrida. ([Volver](#))

3.- Hirsch con Gonzalo Blumel Mac-Iver e Ignacio Briones Rojas. Corte Suprema, Rol N°58.505-2020, de 27 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra del señor Gonzalo Blumel Mac-Iver, Ministro del Interior y Seguridad Pública, y el señor Ignacio Briones Rojas, Ministro de Hacienda, impugnando el Oficio Circular N°18, que “Imparte

nuevas instrucciones y medidas sobre el plan de Retorno Gradual de las funciones en los ministerios y servicios públicos de la Administración del Estado, producto del brote de COVID-19, el cual instruye la orden a los Jefes Superiores de Servicio y otras Autoridades de la Administración del Estado de establecer un plan de retorno de los funcionarios públicos a sus lugares de trabajo de manera presencial, dejando sin efecto las medidas de prevención que se habían instruido previamente a través del Oficio Circular N°10 de fecha 18 de marzo de 2020.

Fundamento: *Segundo: Que, por lo mismo, es exigencia de la referida acción acreditar la legitimación activa del amparado, puesto que es menester para su procedencia la existencia de un perjudicado o agraviado, esto es, alguna persona determinada que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de (...)”, desde que, como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte, el recurso de protección no constituye una acción popular, sino que corresponde al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama, pudiendo otro comparecer en su representación o a su nombre.*

Tercero: Que, habiéndose deducido el presente arbitrio, genéricamente, en favor de “todos los funcionarios y funcionarias públicos de la República”, sin precisar a quiénes perjudicaría en concreto el Oficio Circular N° 18 de 17 de abril de 2020 dictado conjuntamente por los Ministerios del Interior y Seguridad Pública y de Hacienda, ello permite concluir que sus argumentos evidencian, en primer lugar, que la presente acción constitucional tiene por objeto proteger a personas indeterminadas; y, segundo, tampoco se especifica el interés directo que cada uno de los afectados tendría en relación a las garantías constitucionales que se reclaman como quebrantadas, por tanto, carece de la legitimación activa necesaria para accionar, motivo por el cual el presente recurso de protección no está en condiciones de prosperar.

Cuarto: Que, en lo que atañe al protegido don Ricardo Heinsohn Vergara, la acción se ha interpuesto a su favor por un tercero en su nombre, sin precisar de qué manera el acto impugnado afecta, en concreto, los intereses del afectado, por lo que tampoco puede ser admitido a tramitación. ([Volver](#))

4.- Pinto y otros con Carabineros de Chile Prefectura Porvenir. Corte Suprema, Rol N°24.873-2020, de 27 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Un grupo de personas interpuso una acción de protección en contra de la Prefectura Porvenir de Carabineros de Chile, acusando que la 12° Comisaría de San Miguel, 13° Comisaría de La Granja y 41° Comisaría de La Pintana de Carabineros de Chile, en los días 18 y 23 de octubre de 2019, les negó el acceso al registro de detenidos de dichos recintos policiales.

Fundamento: *3°) Que, si bien el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República asegura el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, y en el literal d) de su inciso segundo*

obliga a los encargados de los recintos de privación de libertad a dejar constancia de la orden correspondiente en un registro público, dicha garantía constitucional no se encuentra protegida por la presente acción cautelar, sino por la acción de amparo prevista en el Artículo 21 de la Carta Fundamental;

4°) Que, sin embargo, es un hecho no controvertido que el personal a cargo de las unidades policiales recurridas denegó a las actoras el acceso al registro de los detenidos, esgrimiendo razones que implican imponer exigencias que se apartan del claro tenor de la citada norma constitucional, esto es, identificarse como apoderado del detenido o pertenecer a determinadas instituciones. En efecto, el registro de detenidos es público y, por tanto, puede acceder a él cualquier persona que lo requiera, sin limitaciones de ninguna especie;

5°) Que, en consecuencia, esta Corte constata que Carabineros de Chile efectivamente incurrió en un acto consistente en denegar a los actores el acceso al registro de los detenidos, el que deviene en arbitrario e ilegal, por carecer de razonabilidad e infringir una norma constitucional expresa. En efecto, el mencionado registro tiene el carácter de público conforme a lo dispuesto el artículo 19 N° 7 letra d) de la Carta Fundamental; y si bien la vulneración de tal derecho –y como más arriba se indicó– no puede ser materia del presente arbitrio, es vulneratorio del derecho consagrado en el numeral 2° del referido artículo, toda vez que la imposición de exigencias para acceder al registro de detenidos importa realizar diferencias arbitrarias alejadas del texto constitucional; garantía que sí se encuentra contemplada dentro del catálogo previsto en el Art. 20 de la Carta Política y cuyo quebrantamiento puede ser objeto de la acción constitucional interpuesta en estos autos;

6°) Que, en las condiciones descritas, resulta adecuado disponer que Carabineros de Chile deberá instruir a todos sus funcionarios respecto de la publicidad irrestricta del Registro de Detenidos, por lo que aquellos deberán permitir la revisión de este por cualquier persona que lo pida, sin que se pueda exigir motivos concretos para aquello. Asimismo, deberá entregar directrices de actuación en la materia, cuyo cumplimiento efectivo deberá ser fiscalizado por el departamento respectivo. Asimismo, para reforzar la labor, tal como lo dispuso la recurrida, cada Unidad Policial deberá mantener actualizada, en un lugar de libre acceso al público, una lista con todas las personas que ingresan en calidad de detenidos. ([Volver](#))

5.- Ingeniería de Desarrollo Soluciones y Montaje Insodem Limitada con Municipalidad de Quinta de Tilcoco. Corte Suprema, Rol N°4628-2019, de 28 de mayo de 2020.

Hechos del caso: La empresa Ingeniería de Desarrollo Soluciones y Montaje Insodem Limitada interpuso una demanda de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios en contra de la Municipalidad de Quinta de Tilcoco, siendo rechazada en primera instancia. Apelada la sentencia, fue confirmada en todas sus partes por la Il. Corte de Apelaciones de Rancagua. En contra de este último fallo, la actora dedujo recurso de casación en el fondo.

Fundamento: *Sexto: Que el legislador se ha preocupado de establecer las formalidades a que deben sujetarse las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, las que además de satisfacer los requisitos exigibles a toda resolución judicial, conforme a lo prescrito en los artículos 61 y 169 del Código de Procedimiento Civil, deben contener las enunciaciones contempladas en el artículo 170 del mismo cuerpo normativo, entre las que figuran – en su numeral 4 – las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.*

Séptimo: 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 decisiones de que se trata deben expresar las consideraciones de hecho que les sirven de fundamento, estableciendo con precisión las circunstancias fácticas sobre que versa la cuestión que haya de fallarse, con distinción entre las que han sido aceptadas o reconocidas por las partes y aquellas 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 unas y otras debe el tribunal observar, al consignarlas, el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera.

Octavo: 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, por cuanto se advierte que la sentencia carece de consideraciones que le sirvan de fundamento, al no razonar en torno a este nuevo antecedente acompañado en segunda instancia, donde existe un reconocimiento de la demandada respecto de existir obras construidas y no pagadas.

Lo anterior es trascendente por cuanto la demanda, en aquella parte en que se exige el pago de un daño emergente, se refiere al monto del Estado de Pago N°2, exigible con un 65% de avance de la obra, mientras que la demandada reconoció en el documento referido, que el avance de la construcción

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

alcanzó un 60%, de lo cual se desprende que una parte de ella – un 30% - no fue pagada a la actora, con el consiguiente enriquecimiento sin causa en favor del municipio.

Noveno: Que la falencia anteriormente expuesta autoriza a esta Corte, al no existir otro medio idóneo para corregir la deficiencia procesal comprobada, para anular de oficio la sentencia recurrida, al encontrarse afectada por el vicio que se hizo notar.

En seguida, la Excma. Corte Suprema, procedió a dictar sentencia de reemplazo, que se fundó en las siguientes consideraciones:

1° Que, conforme al mérito del contrato celebrado entre las partes el 8 de febrero de 2012, la solución del primer estado de pago se hacía exigible con un 30% de construcción de la obra, mientras que el segundo, con un 65% de avance físico.

En este orden de ideas, correspondía a la actora acreditar que realmente se había alcanzado aquel 65% de avance de las obras, por cuanto únicamente en ese evento nacía la obligación del municipio de pagar el monto de \$45.483.887, correspondiente al Estado de Pago N°2, sin que ninguna prueba se hubiere acompañado en ese sentido.

Lo anterior resulta concordante con el mérito de la sentencia definitiva dictada en la causa Rol C-1120-2013 del Primer Juzgado de Letras de Rengo, en el marco de un procedimiento de cobro ejecutivo seguido entre las mismas partes, donde se consignó que la segunda factura emitida por la actora – correspondiente al Estado de Pago N°2 – fue devuelta por no coincidir el estado de avance cobrado con lo realmente ejecutado.

2° Que, sin perjuicio de lo anterior, no es posible perder de vista que, conforme al Ordinario N°000183 de fecha 14 de junio de 2012, dirigido por el Alcalde de la comuna de Quinta de Tilcoco al Ministerio de Educación, refiriéndose precisamente a la disminución del presupuesto que esta última repartición pública asignó a las obras en el colegio Amparo Rayo Horta, expresando: “A nosotros como municipalidad nos parece inaceptable que pasado tanto tiempo con las obras avanzadas en un 60% se nos diga que nosotros como municipalidad deberemos asumir esta diferencia de presupuesto”.

En consecuencia, existe un reconocimiento expreso de la demandada, en orden a que el estado de las obras, entre la solución del Estado de Pago N°1 – que requería un 30% de avance para hacerse exigible – y la fecha del señalado oficio, había cambiado, progresando la construcción en un 30% adicional, que no fue pagado a la empresa demandante.

3° Que, en este escenario, si bien no puede reprocharse al municipio demandado un incumplimiento de la obligación de solucionar el monto correspondiente al estado de pago N°2, por cuanto no se daba la condición contractual establecida para ello, de rechazarse la demanda se estaría permitiendo un enriquecimiento sin causa en favor del ente edilicio, quien se vería beneficiado por un avance de las obras en un 30%, sin cumplir con su obligación correlativa de pago.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Si bien se acreditó que la demandada puso término al contrato, ello fue sólo con fecha 13 de septiembre de 2012, esto es, después de haber reconocido que la actora construyó un 60% de la obra total. Corresponde, en consecuencia, ordenar el pago del saldo insoluto, ajustado a tal porcentaje de avance.

4° Que, a fin de determinar el monto de dicha compensación, corresponde considerar que resultó establecido que el estado de pago N°2 era por un monto de \$45.483.887 y que éste equivale a un avance adicional –esto es, entre la exigibilidad del estado N°1 y el N°2 – del 35% de la obra, según el contrato. Por tanto, considerando que el avance efectivo fue únicamente de un 30%, un cálculo proporcional permite arribar a la cantidad de \$38.986.189, por este concepto.

5° Que, además, se demandan distintas cantidades a título de lucro cesante y de daño moral. En relación a estos rubros, basta señalar que la prueba rendida por la parte demandante únicamente resulta apta para dar por establecida la existencia de una serie de deudas que pesan sobre ella y de acciones de cobro en su contra, pero no es

suficiente para que estos sentenciadores puedan atribuir tal estado de insolvencia a la falta de pago por parte de la Municipalidad de Quinta de Tilcoco, de la cantidad que se viene estableciendo, motivo por el cual esta parte de la demanda necesariamente ha de ser rechazada. ([Volver](#))

6.- Arnaboldi con Municipalidad de Valdivia. Corte Suprema, Rol N°16.079-2020, de 28 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una demanda ante el Tribunal de Contratación Pública, en contra de la Municipalidad de Valdivia, luego que esta última declarara desierta una licitación en que participó la demandante, a pesar de haber sido evaluada su oferta con el 100% del puntaje, bajo el único fundamento de que no se trataba de una empresa de la comuna. La demanda fue acogida, ordenando retrotraer el proceso licitatorio al estado de proponerse la adjudicación de la propuesta por parte del alcalde al Concejo Municipal, y de no ser ello posible, le reconoce el derecho a demandar perjuicios, estimando que se configuró una falta de servicio.

En seguida, interpuso demanda de indemnización de perjuicios, a cual fue rechazada, por considerar el tribunal que la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública es insuficiente por sí sola para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por los daños que reclama, estimando que la facultad para declarar desierta una licitación es discrecional. En alzada, el fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, por lo cual la demandante interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo.

Fundamento: *Noveno: Que, como se indicó, el arbitrio de nulidad sustancial da por infringidos, en primer lugar, el artículo 141 de la Ley N°18.695, para luego transcribir aquel que corresponde al actual artículo 152 del mismo cuerpo legal, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2006 del Ministerio del Interior. En consecuencia, aquella norma cuya infracción se denuncia, no concuerda con el contenido que para ella se asigna.

A continuación, da por transgredido el artículo 9 de la Ley N°18.886, que dispone: “El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses.

En ambos casos la declaración deberá ser por resolución fundada”.

Finalmente, en el último capítulo, si bien hace referencia a una infracción a normas reguladoras de la prueba, no se señala concretamente disposición alguna en cuyo examen pueda adentrarse esta Corte.

Décimo: Que el recurso de casación en el fondo, según lo dispone el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, procede en contra de sentencias que se hayan pronunciado con infracción de ley y siempre que dicha infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo. Por su parte, para que un error de derecho pueda influir de tal forma en lo resolutivo, como lo exige la ley, debe consistir en una equivocada aplicación, interpretación o falta de aplicación de aquellas normas destinadas a decidir la cuestión controvertida, situación que no ocurre en este caso, desde que la cuestión litigiosa radicaba en determinar si al actor correspondía o no la indemnización de los perjuicios alegados, derivados de un hecho ya establecido previamente en una sentencia ejecutoriada.

En efecto, tal como se asentó como un hecho de la causa, el día 30 de diciembre de 2014 el Tribunal de Contratación Pública acogió la demanda de impugnación interpuesta por el actor y, conjuntamente con declarar ilegales y arbitrarios una serie de actos administrativos que materializaron el rechazo del municipio a adjudicar la licitación al actor, a pesar de cumplir los requisitos para ello, reconoció al demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias.

Por consiguiente, el asunto discutido en la presente causa era la determinación de existir o no un daño cierto causado al actor y, en la afirmativa, la extensión y rubros de la indemnización, asuntos cuya resolución debe hacerse a la luz de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, cuya infracción no ha sido denunciada.

Undécimo: Que, de esta forma, debe entenderse que el recurrente estima que tales preceptos decisorios de la litis han sido correctamente aplicados, razón por la cual el recurso no puede prosperar, puesto que aun en el evento de que esta Corte concordara con el recurrente en el sentido de haberse producido los errores de derecho que denuncia, tendría que declarar que éstos no influyen en lo dispositivo de la sentencia.

Duodécimo: Que, finalmente, en aquello concerniente al último capítulo del arbitrio, no se menciona específicamente ninguna norma de aquellas que, en concepto del recurrente, revestirían la calidad de reguladoras de la prueba y que se estime transgredida por el razonamiento de los jueces del grado,

como tampoco se expone circunstanciadamente la forma en que se habría configurado la vulneración y la influencia que ésta tuvo en lo dispositivo.

Lo anterior pugna con el carácter estricto del recurso de casación, cuyas exigencias se disponen en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil y que debe entenderse en armonía con lo previsto en los artículos 764 y 767 del mismo Código. De acuerdo a dichos preceptos, se permite como único sustento de la invalidación de la sentencia censurada, el quebrantamiento de una o más normas legales contenidas en la decisión. Por ello es menester que, al interponer un recurso de esta naturaleza, la recurrente cumpla lo requerido por la disposición en análisis, esto es, expresar de manera concluyente cuáles son las disposiciones que estima infringidas y en qué consisten él o los errores de derecho de que adolece la resolución recurrida, cuestión que este capítulo de casación no cumple.

Acorde con lo expuesto, que el recurso de casación en el fondo debe ser desestimado.

II.- Casación de Oficio.

Décimo tercero: Que, aun cuando ello no ha sido invocado por el actor, esta Corte no puede menos que advertir que la sentencia que se revisa, al ponderar el mérito de la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública antes citada, expresó que ella no sería suficiente por sí sola para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado de los perjuicios que le hubiere causado la actuación municipal, en circunstancias que dicha decisión contiene un expreso reconocimiento en ese sentido en su resolutive N°3.

En efecto, dicha sentencia establece de manera clara que el Acuerdo N° 414, adoptado en la Sesión Ordinaria del Concejo Municipal de Valdivia, celebrado el 4 de Diciembre de 2012 y los decretos Alcaldicios N°9338 de 14 de Diciembre y N°9423 de 17 de Diciembre, ambos del año 2012, que rechazaron la adjudicación de la licitación a la demandante y luego la declararon desierta, son calificados de ilegales o arbitrario, puesto que “infringieron las bases de licitación al rechazar la oferta propuesta para la adjudicación, por motivos ajenos a los establecidos en las bases de licitación y contrarios a los principios de estricta sujeción a las bases de licitación, de igualdad de los oferentes y de libre concurrencia, violando normas legales expresas, motivos por los cuales la demanda de autos será acogida” (considerando décimo cuarto).

Resulta asentado, por tanto, que el actor tenía una legítima expectativa de ser adjudicado por cuanto resultó calificado con el 100% en la evaluación de las ofertas y, posteriormente, fue discriminado por motivos que no se ajustaban a las bases de licitación, todas actuaciones que resultan aptas para provocar un daño que debe ser indemnizado.

Décimo cuarto: Que lo anterior tiene importancia para los efectos de hacer uso de la facultad de obrar de oficio, por cuanto ella está permitida sólo cuando el recurso ha sido desechado por defectos de formalización, según lo previene el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil. En la especie, sólo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

se atacó aquella parte de la sentencia que señala que, en concepto de los falladores, el Concejo Municipal actuó dentro de sus facultades y, en cuanto al capítulo relativo al valor que se dio a la sentencia del Tribunal de Contratación Pública y a las declaraciones en ella contenidas, no se invocó norma alguna, insuficiencia que motiva que esta Corte actúe de oficio a fin de corregir la incorrecta aplicación de la ley.

Décimo quinto: Que, en efecto, conforme al artículo 2314 del Código Civil: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”, principio que es reproducido por el artículo 2329 del mismo cuerpo normativo, que señala: “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

Atento a lo razonado, aparece de manifiesto que la sentencia recurrida no acató lo dispuesto en las disposiciones transcritas al negar que el actor tuviera derecho a la indemnización de los perjuicios causados. Tal error de derecho además ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, pues resulta de toda evidencia que si se hubiera cumplido dichas normas se habría resuelto que las actuaciones en que ha incurrido el municipio, que configuraron una discriminación en contra del actor y que se consolidan ante la imposibilidad de ser revertidas mediante el cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública, resultan generadoras de un daño y, en concordancia con ello, nace el derecho a demandar los perjuicios.

Décimo sexto: Que, en las circunstancias descritas, corresponde que esta Corte, en presencia de los presupuestos establecidos en el ya citado artículo 785 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, proceda a casar de oficio la sentencia recurrida.

Al dictarse sentencia de reemplazo, se sostuvieron los siguientes motivos:

Quinto: Que, sobre el particular, corresponde tener en consideración que la sentencia del Tribunal de Contratación Pública, luego de acoger la demanda y declarar ilegales y arbitrarios los actos municipales que indica, dispone:

“2.- Que se retrotrae el proceso licitatorio al estado de proponerse la adjudicación de la propuesta por parte del señor Alcalde al Concejo Municipal.

3.- Que, si por razones o motivos de orden legal o reglamentario, no fuere posible llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de esta sentencia, se reconoce al actor el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones judiciales indemnizatorias y las administrativas pertinentes”.

En este sentido, tal como ha resuelto esta Corte con anterioridad (CS Rol N°12.911-2018), el acto dañoso no está determinado únicamente por la falta de adjudicación de la licitación, en tanto el perjuicio se consolida con la imposibilidad de cumplir lo resuelto en la sentencia que, de manera posterior, declara la ilegalidad y arbitrariedad de tales actuaciones. En otras palabras, no es sino en esta última oportunidad – con la dictación de la sentencia y la constatación de la imposibilidad de

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

cumplirla – cuando se materializa la discriminación de que fue objeto el actor, al no poder retrotraerse sus efectos a un estado anterior, escenario que autoriza a deducir la acción indemnizatoria por la responsabilidad municipal.

En consecuencia, desde la dictación de la sentencia –30 de diciembre de 2014 – hasta la notificación de la demanda – 12 de julio de 2017 – no ha transcurrido el plazo regulado por el artículo 2332 del Código Civil, lo cual conduce necesariamente al rechazo de esta excepción.

Sexto: Que, desechada la alegación de prescripción, el demandante centra sus pretensiones indemnizatorias en una serie de rubros, de los cuales se encuentran, en primer lugar, la preparación de la oferta por \$2.000.000 y los perjuicios consistentes en la utilidad que habría percibido con la adjudicación, que cifra en \$104.893.416.

En cuanto al primero de estos aspectos, si bien de los hechos, en la forma en que han sido establecidos, es posible entender que el actor efectivamente incurrió en desembolsos destinados al cumplimiento de los requisitos exigidos para la presentación de la oferta, no resulta procedente estimar que esos gastos configuren un daño causado por la actuación de la demandada, por cuanto se trata de estipendios que igualmente habrían de haberse solventado en caso de no haber sido adjudicado por otros motivos y, a mayor abundamiento, si el contrato hubiere sido celebrado entre las partes, igualmente tales dineros habrían salido del patrimonio del actor, de modo que no se encuentra habilitado para solicitar su restitución.

Respecto de la utilidad esperada, también resulta lógico que el actor hubiere ofertado en un precio que le procurara una legítima ganancia, la cual dejó de percibir en razón del acto ilegal y arbitrario de la demandada. Sin embargo, no existe en autos antecedente alguno que permita arribar a un monto indemnizatorio preciso, puesto que dicho cálculo no solamente exige conocer el importe total de la oferta, sino también los detalles de ésta, con ingresos esperados y gastos, a fin de determinar la utilidad que percibiría el actor producto del contrato. Si bien los testigos presentados por el demandante se refieren a la existencia de este daño, su sola declaración no permite contar con los datos suficientes para la evaluación.

Séptimo: Que, respecto de los perjuicios relacionados con la interposición del reclamo de ilegalidad que culminó con el establecimiento del derecho del actor a demandar los perjuicios, tales desembolsos se identifican con las costas derivadas de aquel juicio, las cuales deben ser solventadas de la forma que lo dispuso el tribunal respectivo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, de modo que tampoco constituyen un rubro que pueda ser indemnizado en esta sede.

Octavo: Que, finalmente, respecto del daño moral, si bien no existe un concepto unívoco, su acepción más restringida se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como pretium doloris. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las

especies de perjuicios morales y no sólo el pretium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos. Así, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo ha manifestado sobre el punto: "Estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma – física o psíquica –, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerado como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales". Y agrega: "En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo" ("El Daño Moral", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 83 y 84).

Noveno: Que, en el presente caso, se encuentra acreditado que el actor fue discriminado y privado de la legítima expectativa de serle adjudicada la licitación, a pesar de cumplir con todos los requisitos para ello, escenario que naturalmente causa una aflicción y sensación de injusticia que se encuentra, además, respaldada por las probanzas rendidas. En efecto, el único testigo aportado por el actor, legalmente examinado y sin tacha, refiere que "hubo una caída económica de la empresa, porque al momento de adjudicar esta licitación se dejó de lado el postular a otras licitaciones, con el fin de darle prioridad a esta licitación que era la primera licitación grande de esta empresa. Anímicamente hubo un perjuicio porque se manifiesta ya que se dejó de postular en las ciudades grandes para que no ocurra el perjuicio económico nuevamente, hubo un desgano". Preguntado sobre cómo el actor tomó esta decisión municipal, responde: "con decepción, con rabia, con desgano, frustración (...) inclusive en ese momento llegó a decir que se quería salir del negocio".

Se rindió, además, prueba pericial psicológica, donde la profesional que examinó al demandante expresa: "Se confirma vinculación entre el daño asociado al desmedro del desempeño de las actividades de la vida diaria de trabajo descrito por el periciado a causa del rechazo de la licitación" y, si bien descarta que el daño se vincule a la esfera de relaciones sociales y ocio, sí identifica un perjuicio en sus relaciones familiares. De este modo, la conclusión de la pericia es: "existe daño moral ya que si se suman los factores personales del señor Jorge como lo son sus características narcisistas, su sensibilidad frente al rechazo y su inestabilidad emocional a los factores externos como el rechazo a una licitación con la cuál había sido el mejor evaluado, resulta una experiencia de alto impacto emocional que acarreó consecuencias que mermaron el desempeño de las actividades de la vida diaria trabajo y las relaciones familiares, llegando en la esfera laboral al punto de verse incapacitado para llevarlas a cabo con éxito".

Décimo: Que, en consecuencia, es posible dar por establecido un daño moral que afectó al actor, que tiene su causa directa en la ilegalidad cometida por la demandada, motivo por el cual se trata de un perjuicio que debe ser indemnizado, avaluándolo esta Corte, de manera prudencial, en la cantidad de \$5.000.000. ([Volver](#))

7.- Moya con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°7410-2019, de 28 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una demanda de nulidad de derecho público en contra del Fisco de Chile y de Osvaldo Flores Moya, impugnando la Resolución Exenta C N°015 de 23 de mayo de 1989, de la SEREMI de Bienes Nacionales, por entregarle a esa persona una porción del predio que la actora adquirió por sucesión por causa de muerte, luego de haberse tramitado un procedimiento al tenor del Decreto Ley N°2695; en subsidio, dedujo acción de nulidad absoluta, expresando que el acto impugnado está viciado por la mala fe del solicitante. El Segundo Juzgado Civil de Rancagua rechazó la demanda. Apelada dicha decisión por la parte demandante fue confirmada por sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, en todas sus partes.

En contra de este último fallo, la actora dedujo recurso de casación en el fondo.

Fundamento: *Octavo: Que, respecto de la nulidad de derecho público, ella ha sido conceptuada como la acción que se ejerce para obtener la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado en los que faltan algunas de las exigencias que el ordenamiento requiere para su existencia y validez.*

A mayor abundamiento, esta acción también ha sido definida como: “un mecanismo jurídico sancionador fundamental del derecho público. Consistiría en la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República” (Jara, J., La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia, Editorial Libromar, Santiago, 2004, p. 29). Este enunciado evidencia con nitidez el rol que, dentro de nuestro ordenamiento, corresponde a la nulidad de derecho público como una institución destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad, de acuerdo con el cual los órganos del Estado deben someterse, en el desarrollo de sus actividades, a lo preceptuado en la Constitución Política de la República y en las leyes dictadas conforme a ella.

Noveno: Que, a continuación, para la adecuada resolución del asunto, conviene precisar que como ha dicho esta Corte en reiteradas oportunidades, existen dos acciones contencioso administrativas: “Las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho en favor de un particular. Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, ‘erga omnes’ y requieren de una ley expresa que las consagre, como ocurre con el artículo 140 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que instituye el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de los órganos municipales. En cambio, las segundas presentan la característica de ser declarativas de derechos” (CS Rol N°1203-2006).

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Décimo: Que estas acciones declarativas de derechos o también denominadas de “plena jurisdicción”, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidas, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales sobre dicho instituto contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2497, 2514 y 2515.

Es por ello que aquello que en realidad prescribe no es la nulidad de derecho público, sino la acción declarativa de derechos a favor del particular. Efectivamente, la naturaleza misma de los derechos cuyo reconocimiento se solicita es, por lo general, de carácter patrimonial y privado, aun cuando su fuente se encuentre en una nulidad de derecho público, y como tal sujetos a la posibilidad de extinguirse por el simple transcurso del tiempo. La ley no somete a un estatuto particular los efectos de un acto administrativo nulo, de modo que si compromete sólo la esfera patrimonial particular de un individuo, debe regirse por las normas comunes generales existentes al respecto, y éstas son las contenidas en el Código Civil.

Undécimo: Que corresponde entonces analizar el carácter de la acción ejercida en esta causa a fin de constatar si se está frente a una genuina acción de nulidad de derecho público según la categorización anterior.

Al respecto, si bien es cierto que en el petitorio de su demanda principal el actor sólo ha solicitado que se declare la nulidad de derecho público del acto denunciado, es posible advertir que la verdadera finalidad de la pretensión deducida en juicio es la de obtener la cancelación de la inscripción a nombre de Osvaldo Flores Moya y, en efecto, tal acción se funda en el vicio que afectaría al procedimiento de regularización, al haberse aceptado la declaración de alguien que, asegura la actora, no tenía la posesión del predio. La consecuencia inmediata de la nulidad del acto terminal del procedimiento, conforme al mismo libelo pretensor, sería la nulidad de dicha inscripción.

Lo anterior queda todavía más en evidencia al constatar que, de manera subsidiaria, se requiere la declaración de la nulidad absoluta del procedimiento y, como corolario, también la nulidad de la inscripción de dominio.

Es por ello que la acción deducida es declarativa de derechos y no de nulidad de derecho público, siendo la declaración de nulidad solicitada, en realidad, la vía a la que se acude para los efectos de conseguir en su oportunidad la cancelación de la inscripción a nombre del demandado Osvaldo Flores Moya que, precisamente, tiene como antecedente y fundamento la instrucción del procedimiento que culmina con el acto administrativo cuya anulación se pide.

Duodécimo: Que, establecido lo anterior, conviene destacar que, si bien el cuerpo de la demanda se refiere a la nulidad del procedimiento administrativo que culminó con la inscripción de dominio cuestionada, el petitorio del libelo pretensor se remite solamente a “la nulidad de derecho público de la resolución que otorga el dominio de 93,20 hectáreas a don Osvaldo Flores Moya y ordena inscribir

en el respectivo conservador”, debiendo entenderse que se refiere a la Resolución N°015, emitida por la Seremi de Bienes Nacionales de la VI Región el 23 de mayo de 1989 de modo que, encontrándose notificada la demanda el día 27 de mayo de 2015, transcurrió el plazo de 5 años regulado en el artículo 2515 del Código Civil y, como acertadamente viene resuelto, la acción se encuentra prescrita, mismo razonamiento que también resulta aplicable a la acción subsidiaria de nulidad absoluta.

Tal como refiere el sentenciador de primer grado, si bien la actora manifestó que tomó conocimiento de la existencia de dicho acto administrativo con mucha posterioridad a su dictación, ninguna prueba rindió a ese respecto y, aun cuando se considerara para efectos del cómputo la fecha de la inscripción de dominio a nombre de Osvaldo Flores Moya, ella se practicó el 20 de junio de 1989, de modo que se arriba a la misma conclusión.

Décimo tercero: Que en esas condiciones, quedando de manifiesto la real acción procesal intentada, en que la declaración de nulidad de derecho público sólo es funcional a una acción declarativa de derechos, esta última regida por las normas de prescripción extintiva civil, sólo puede concluirse que los sentenciadores han dado correcta aplicación a la normativa que rige el caso puesto que, aun cuando se estime que no procede declarar la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, aquel yerro carece de influencia en lo dispositivo del fallo, puesto que igualmente correspondería declararla respecto del efecto patrimonial buscado, esto es, la cancelación de la inscripción de dominio a nombre del demandado, a que dio origen el acto administrativo impugnado.

Por tanto, no se aprecian en el fallo recurrido los yerrores jurídicos acusados, todo lo cual lleva necesariamente al rechazo del recurso de casación intentado. ([Volver](#))

8.- Agrícola Coexca S.A. con Director de Obras Municipales de la Municipalidad de San Javier de Loncomilla. Corte Suprema, Rol N°30.013-2019, de 29 de mayo de 2020.

Hechos del caso: La empresa Agrícola Coexca S.A. interpuso una acción de protección impugnando la Resolución Exenta N° 03 de 2 de julio de 2019 dictada por el Director de Obras de la Municipalidad de San Javier de Loncomilla, mediante la cual se invalidaron los certificados N° 65 de 4 de julio de 2017 y N° 51 de 20 de septiembre de 2018, que habían otorgado la recepción provisoria y definitiva, respectivamente, de la obra denominada “Plantel Porcino de 10 Mil Madres San Agustín del Arbolito”.

La Corte de Apelaciones de Talca acogió el recurso de protección, alzándose la recurrida contra el fallo.

Fundamento: Quinto: *Que, atendido que fue planteada como alegación formal por la parte recurrida, se dirá, en lo que atañe a la falta de legitimación pasiva del Director de Obras Municipales, que efectivamente al alcalde le corresponde la representación judicial y extrajudicial del ente edilicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 letra a) de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Municipalidades. Así las cosas, en principio debe concluirse que la acción de protección fue incorrectamente enderezada.

Sin embargo, consta en autos que la Municipalidad de San Javier de Loncomilla emitió informe al tenor del recurso con fecha 23 de septiembre de 2019, esgrimiendo argumentos casi idénticos a los planteados por el Director de Obras Municipales en su reporte, por lo que cualquier vicio de forma sobre el particular ha sido debidamente subsanado, atendiendo a la naturaleza breve, sencilla y desformalizada de la acción constitucional de protección. En consecuencia, la alegación de falta de legitimación pasiva no será acogida.

Sexto: Que el sustento de la pretensión de la recurrente radica en la infracción del artículo 53 de la Ley N° 19.880, toda vez que, en los hechos, no se le confirió la audiencia previa que resultaba esencial al efecto, impidiéndosele con ello efectuar descargos o corregir los defectos que justificaron la invalidación de los certificados de recepción de las obras de edificación relativas al proyecto “Plantel Porcino de 10 Mil Madres San Agustín del Arbolito”.

Séptimo: Que, en este estadio, aparece necesario consignar el tenor de la disposición cuya infracción se denuncia, esto es, el artículo 53 de la Ley N° 19.880: “Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada. El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario.”

Octavo: Que, como se aprecia, la norma en estudio exige que el afectado con la decisión invalidatoria, en este caso Agrícola Coexa S.A., sea “oído” en forma previa a la invalidación. Este es el sentido que debe darse sin duda alguna a la expresión “previa audiencia del interesado” que la referida disposición utiliza, toda vez que en su sentido normativo “previa audiencia” importa que el afectado con la decisión sea oído –esto es, esgrima sus defensas– antes de que se adopte la decisión.

Noveno: Que, asentado lo anterior, resulta evidente que si la Municipalidad de San Javier estimó que había incurrido en una ilegalidad al emitir los certificados N° 65 de 4 de julio de 2017 y N° 51 de 20 de septiembre de 2018, que habían otorgado la recepción provisoria y definitiva, respectivamente, de la obra denominada “Plantel Porcino de 10 Mil Madres San Agustín del Arbolito”, lo que procedía hacer era iniciar un procedimiento de invalidación en el que se otorgara al interesado la posibilidad de ser oído, lo que no aconteció en la especie, toda vez que se limitó a citar al representante legal de la recurrente a la audiencia de 1 de julio de 2019, habiendo sino notificada la parte apenas dos días hábiles antes; y sin que conste que en ella se le haya permitido efectuar sus alegaciones y descargos, por cuanto el recurrido no resolvió de inmediato una presentación de igual data en la que se solicitaban mayores antecedentes para preparar una defensa adecuada y eficaz, sino que recién lo hizo mediante

el Ordinario N°190 de 3 de julio, esto es, al día siguiente en que dictó el acto administrativo invalidatorio, negando lugar, dicho sea de paso, a la solicitud de otorgar mayores antecedentes.

Décimo: Que, como puede observarse de lo actuado, la audiencia previa a que hace alusión el artículo 53 de la Ley N° 19.880, en rigor no se llevó a efecto, pues la recurrente no fue “oída”, de manera que la actividad invalidatoria impulsada de oficio por el Municipio recurrido se desarrolló en contravención a lo dispuesto en la norma legal citada.

De este modo, tal y como lo ha señalado esta Corte Suprema en reiteradas oportunidades (CS roles Nos. 12.195- 2011, 3.199-2012, 6.634-2012, 8.996-2012, 3.514-2013, 4.223-2013, 12.479-2014, 26.517-2014, 16.843-2015, 1772-2017, 12.206-2017 y 12.736-2018, entre otros), si la Administración pretende ejercer la facultad de invalidación de sus actos, debe necesariamente oír al interesado, al constituir dicha audiencia un requisito de validez para el ejercicio de la referida potestad, de manera que si no lo hace el acto se torna ilegal, que es lo que en la especie ha acontecido, vulnerándose con ello la garantía constitucional de la igualdad ante la ley respecto de la sociedad recurrente, en cuanto se le ha proporcionado un trato distinto de aquel que se ha entregado a otras personas que se han encontrado en una situación análoga, circunstancia suficiente para acoger el recurso de la manera que se dirá. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- Dirección General de Aguas, presentaciones, publicación diario electrónico, ámbito provincial regional, determinación idoneidad diario digital. Dictamen N°9067, de 14 de mayo de 2020.

Hechos del caso: La Dirección General de Aguas consultó acerca de la idoneidad del diario electrónico “Vivepais.cl” para efectuar publicaciones que, en razón de lo dispuesto en el artículo 131, inciso segundo, del Código de Aguas, deban tener lugar en las regiones de Coquimbo y Valparaíso, habida cuenta de que dicho medio registra domicilio en las ciudades de Santiago, La Serena y Quilpué.

Fundamento: *Al respecto, es del caso precisar que el citado artículo, luego de disponer, en su inciso primero, que “Toda presentación que afecte o pueda afectar a terceros deberá publicarse, a costa del interesado, dentro de treinta días contados desde la fecha de su recepción por una sola vez en el Diario Oficial los días primero o quince de cada mes o el primer día hábil inmediato si aquéllos fueren feriados, y en forma destacada en un diario de Santiago”, añade, en su inciso segundo, que “Las presentaciones que no correspondan a la Región Metropolitana se publicarán, además, en un diario o periódico de la provincia respectiva y si no hubiere, en uno de la capital de la región correspondiente”.*

Cabe recordar, enseguida, que en relación con la materia esta Contraloría General ha puntualizado, en lo medular, que en los casos en que la ley exige realizar una publicación en un diario es admisible que aquella se practique en un diario electrónico que cumpla con los requisitos establecidos en la ley N° 19.733, salvo que los términos de la exigencia legal respectiva obsten a dicha posibilidad (aplica, entre otros, los dictámenes N°s. 60.513, de 2004, y 57.623, de 2007, de este origen).

Asimismo, en cuanto al alcance de lo dispuesto en el precitado artículo 131, inciso segundo, ha manifestado que las publicaciones en un diario o periódico de la provincia respectiva, o de la capital de la región correspondiente, tienen el claro propósito de acotar la cobertura y difusión de dichos medios de información escrita al ámbito geográfico que esa división político administrativa comprende (aplica dictamen N° 23.496, de 2006, de esta sede de control).

Por último, debe tenerse presente que de acuerdo al criterio contenido en el dictamen N° 21.727, de 2009, de este origen, el carácter provincial o regional de un diario o periódico no dice relación con la ubicación o domicilio legal de la empresa periodística, sino que con el ámbito territorial de cobertura y distribución. Ello, considerando que tales publicaciones, en definitiva, tienen por finalidad que los terceros que se sientan afectados por una presentación vinculada con la respectiva provincia la conozcan y puedan oponerse.

Pues bien, en ese contexto, y para efectos de determinar el carácter provincial -o regional, en su caso- del diario digital por el que se consulta, es dable colegir que debe descartarse la aplicación de un criterio geográfico de distribución, toda vez que, atendida su naturaleza, resulta asequible desde cualquier lugar vía internet.

En consecuencia, y en concordancia con la reseñada jurisprudencia, esta sede de control es del parecer que la idoneidad del referido diario para efectuar las publicaciones de que se trata ha de ser determinada por ese servicio sobre la base de su cobertura, en términos de que su contenido se encuentre estrecha y significativamente identificado con información vinculada al ámbito de las respectivas provincias o regiones. ([Volver](#))

2.- Urbanismo, servicio de telecomunicaciones, libertad de contratación y recepción, libre elección. Dictamen N°9064, de 14 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Una persona solicitó un pronunciamiento que incide en determinar si el deber de “velar por la libre elección de cada unidad en la contratación y recepción de servicios de telecomunicaciones” -establecido en el artículo 7° ter de la ley N°18.168, Ley General de Telecomunicaciones- resulta exigible a todos los proyectos de loteo o de edificación conformados por varias unidades enajenables o de dominio exclusivo, o solo a aquellos proyectos que consideren instalaciones de telecomunicaciones.

Por otra parte, un senador requirió una definición respecto a la pertinencia de que las empresas constructoras, gestoras, intermediarias o entidades patrocinantes puedan, en el

caso de los condominios o viviendas sociales, realizar un cobro adicional a los establecidos originalmente en los proyectos visados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, para efecto de dar cumplimiento a la antedicha obligación.

Fundamento: *Sobre el particular, es menester señalar que el apuntado artículo 7° ter - incorporado en la aludida ley N° 18.168 mediante la ley N° 20.808, que Protege la Libre Elección en los Servicios de Cable, Internet o Telefonía, dispone, en su inciso primero, que “En todo proyecto de loteo o de edificación conformado por varias unidades enajenables o de dominio exclusivo, estén o no acogidas al régimen de copropiedad inmobiliaria, debe velarse por la libre elección de cada unidad en la contratación y recepción de servicios de telecomunicaciones”.*

A su vez, el mismo artículo, en sus incisos segundo y tercero, preceptúa, en lo que atañe, que “Para efectos de lo anterior, los proyectos que consideren instalaciones de telecomunicaciones deberán contar con la capacidad necesaria para que diversos operadores de telecomunicaciones puedan suministrar sus servicios en condiciones competitivas, de conformidad con la normativa técnica respectiva”, y que “El propietario o arrendatario de una unidad que forme parte de uno de estos proyectos tendrá derecho a elegir libremente al o a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de su preferencia”.

Luego, el artículo primero transitorio de la enunciada ley N° 20.808 prevé que “Tratándose de edificios existentes, el propietario de cualquier unidad podrá requerir al administrador del edificio la ejecución de las obras necesarias para garantizar que pueda optar entre, al menos, dos proveedores en la contratación y recepción de servicios de telecomunicaciones”; que “Las obras cuya ejecución sea necesaria para dar cumplimiento a lo señalado en el inciso precedente requerirán acuerdo de la asamblea extraordinaria de copropietarios, el que sólo podrá ser denegado en caso de que se pueda afectar la seguridad del edificio o condominio o su apariencia exterior”, y que “Con todo, cualquiera sea la naturaleza de las obras que se requiera ejecutar, éstas no podrán implicar un gasto extra o adicional para la copropiedad, salvo que así se acuerde en asamblea extraordinaria de copropietarios”.

Ahora bien, del análisis de las disposiciones anotadas, aparece que si bien el deber de que se trata - según lo apuntado en el inciso primero del nombrado artículo 7° ter-, se encuentra establecido en relación con todo proyecto de loteo o de edificación que reúna las características a que ahí se alude, tal obligación no puede sino entenderse dirigida -en atención a su contexto, esto es, los restantes incisos del mencionado precepto- a la protección de la libre elección de cada unidad en la contratación y recepción de servicios de telecomunicaciones, en la medida que el pertinente proyecto contemple efectivamente instalaciones de telecomunicaciones sobre las cuales se pueda ejercer tal derecho.

En este sentido, cabe precisar que para efectos de interpretar una norma jurídica, no resulta admisible considerar sólo una de sus partes y descartar el resto de ellas, puesto que obrar de ese modo podría alterar su significado. En el caso en comento, la reseñada preceptiva no solo determina el principio

general, sino que -a continuación- también delimita la forma en que el mismo se concretará, de manera que su acertada inteligencia excluye la separación de cada uno de sus incisos.

Corroborando lo dicho el empleo, en el inciso segundo del artículo en examen, de las expresiones “Para efectos de lo anterior” -toda vez que, en armonía con las acepciones pertinentes del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de los vocablos “para” y “efecto”, tal frase implica que lo que prosigue a ella denota el fin a que se encamina la declaración efectuada en el atinente inciso primero-, y “deberán”, la que tiene que entenderse referida, desde el punto de vista gramatical, a su antecedente inmediato, esto es “los proyectos que consideren instalaciones de telecomunicaciones”, y no, como suponen las reparticiones informantes, a todos los proyectos de loteo o de edificación conformados por varias unidades enajenables o de dominio exclusivo.

Lo propio se aprecia de la historia fidedigna del establecimiento de la citada ley N° 20.808, por cuanto la singularizada frase inicial del inciso segundo del enunciado artículo 7° ter -“Para efectos de lo anterior, los proyectos que consideren instalaciones de telecomunicaciones deberán”- fue introducida en el respectivo proyecto de ley por las comisiones unidas de Transportes y Telecomunicaciones y Economía, del Senado, en reemplazo de la redacción propuesta por el Ejecutivo que preveía, en lo atinente, que “Para efectos de lo anterior, las instalaciones de telecomunicaciones de los mencionados proyectos deberán”.

Así, el objeto de dicho cambio se advierte, v.gr., de lo expresado por el senador señor Jorge Pizarro en el Senado -Legislatura 362. Informe de Comisiones Unidas en Sesión 52. Fecha 02 de octubre, 2014. Discusión Particular-, quien al proponer tal variación manifestó que “excede de la idea matriz de esta iniciativa el establecer la obligatoriedad de contar con instalaciones de telecomunicaciones para todos los proyectos, más allá de que sea lo más deseable”.

También, de lo aseverado por el entonces senador señor Jaime Orpis en la sala del Senado -Legislatura 362. Sesión 55. Fecha 14 de octubre, 2014. Discusión Particular-, en orden a que, en lo que atañe a la posibilidad de requerir que todos los proyectos aseguraran la libre elección, la “opinión mayoritaria de las Comisiones unidas estimó que no estaban cuantificados los costos: podía aumentar el precio de la vivienda, particularmente de la de carácter social. Y, por lo tanto, se optó por exigir la libre elección solo a los proyectos inmobiliarios que comprendieran instalaciones de telecomunicaciones. O sea, no a todo proyecto inmobiliario se le exige considerar ese tipo de instalaciones”.

Adicionalmente, y confirmando lo expuesto, es del caso destacar que se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley (Boletín N° 13.073-15) que modifica el aludido artículo 7° ter, entre otros aspectos, eliminando de su inciso segundo la frase “que consideren instalaciones de telecomunicaciones”, en razón de que -según se indica en la pertinente moción parlamentaria- “la conectividad es una vía inexcusable de inclusión social, participación y desarrollo, que no debiera

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

quedar entregada a la decisión del respectivo desarrollador inmobiliario”, como aparece en el texto vigente de ese precepto.

De esta forma, no cabe sino concluir que el deber de “velar por la libre elección de cada unidad en la contratación y recepción de servicios de telecomunicaciones” a que alude el nombrado artículo 7° ter, resulta exigible solo a aquellos proyectos de loteo o de edificación conformado por varias unidades enajenables o de dominio exclusivo que consideren instalaciones de telecomunicaciones.

En mérito de lo anterior, ambas subsecretarías, en lo sucesivo, tendrán que ajustar sus actuaciones a los criterios contenidos en el presente oficio.

En otro orden de ideas, en lo relativo a la segunda de las reseñadas presentaciones, resulta necesario hacer presente, en primer término, que la preceptiva aplicable en la especie no contiene excepciones en relación a los proyectos de condominios o viviendas sociales, por lo que tales proyectos deberán velar por la libre elección de cada unidad en la contratación y recepción de servicios de telecomunicaciones en la medida que correspondan a aquellos a los que se refiere el inciso primero del enunciado artículo 7° ter, y por cierto, que contemplen instalaciones de telecomunicaciones.

Definido lo anterior, y dados los planteamientos efectuados por el nombrado senador en su presentación, es dable advertir que su consulta alude a si aquellos proyectos de loteo o de edificación de viviendas sociales que habiendo sido visados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo o el atingente Servicio de Vivienda y Urbanización en el marco de un programa de subsidio habitacional, se encuentran en la obligación de modificar su proyecto de telecomunicaciones con el objeto de dar cumplimiento a los requerimientos de los artículos 7° ter y 7° quáter de la mencionada ley N° 18.168, por serles estos exigibles.

Siendo así, en lo que respecta a quién debe asumir el costo que conlleva la materialización de las modificaciones efectuadas al proyecto de telecomunicaciones en el caso descrito precedentemente, es menester apuntar que en atención a que ello no se encuentra determinado en la preceptiva aplicable, y a que la conclusión requerida variará dependiendo de distintas circunstancias de hecho, tales como el programa de subsidio habitacional de que se trate, las características del llamado y los vínculos contractuales que se verifiquen, no resulta posible emitir un pronunciamiento de carácter general en relación a tal materia.

Finalmente, en lo relativo a la alusión que efectúa al inciso final del artículo primero transitorio de la citada ley N° 20.808, cabe precisar que dicha regla es aplicable únicamente a los costes de las obras ejecutadas en edificaciones existentes, y no a la totalidad de los gastos que podría generar la aplicación de ese cuerpo legal. ([Volver](#))

3.- COVI-19, municipalidades, medidas de gestión interna, destinación funcionaria, caso fortuito, fuerza mayor, contratación personal en retiro, requisitos. Dictamen N°9074, de 14 de mayo de 2020.

Hechos del caso: La Contraloría Regional de La Araucanía remitió la presentación de la Municipalidad de Curarrehue, por la que solicitó precisar si, en el contexto de la situación que afecta al país por el brote del COVID-19, resulta procedente destinar a choferes que prestan servicios en el Departamento de Administración de Educación Municipal -DAEM- al Departamento de Salud, dado que uno de aquellos que desempeña funciones en esta última unidad se encuentra en cuarentena preventiva, y otros pertenecen al grupo de riesgo respecto de la enfermedad en cuestión.

Asimismo, la recurrente solicitó determinar si es pertinente la contratación de técnicos en enfermería de nivel superior, que se hayan acogido a los beneficios de incentivo al retiro voluntario, en virtud de la habilitación contenida en diversas disposiciones del decreto N°4, de 2020, del Ministerio de Salud, que declaró alerta sanitaria para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación del nuevo coronavirus.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe recordar que los choferes que se desempeñan en los departamentos de educación se regulan por las normas del Código del Trabajo, en tanto que aquellos que lo hacen en establecimientos municipales de atención primaria de salud, están afectos a la preceptiva de la ley N° 19.378, de acuerdo con el artículo 3° de este último texto estatutario.*

Precisado lo anterior, acorde con lo expresado por la jurisprudencia administrativa, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 52.997, de 2009 -que cita el municipio-, y 16.544, de 2010, las destinaciones de los funcionarios solo proceden tratándose de plazas o funciones reguladas por un mismo estatuto, por lo que, jurídicamente, no corresponde efectuar destinaciones a cargos regidos por cuerpos estatutarios distintos.

Ahora bien, en armonía con el criterio sustentado recientemente en el dictamen N° 3.610, de 2020, el brote del Covid-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, con el objeto de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos, esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad, como ocurre en la especie.

En el contexto normativo y jurisprudencial anotado, teniendo a la vista que el nuevo lugar de ejercicio de las funciones de los choferes se encuentra dentro de la misma comuna, que tales desempeños están ligados a las tareas para las cuales fueron contratados los funcionarios y, dada la pandemia que afecta al territorio nacional, en la situación particular planteada es posible adoptar, con carácter

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

excepcionalísimo, una medida en este sentido, en la medida, por cierto, que la decisión sea formalizada mediante la dictación del acto administrativo pertinente, debidamente fundamentado en la necesidad de resguardar la salud de la población, así como el deber de no interrumpir las funciones indispensables para el bienestar de la comunidad, y que dichas actividades no sean encargadas de manera permanente (aplica criterio de los dictámenes N°s. 31.516, de 1999; 48.832, de 2003; y, 73.817, de 2012).

Luego, en lo que respecta a la posibilidad de contratar personal de salud que se haya acogido a los beneficios de incentivo al retiro voluntario -los que no se indican-, en virtud de la habilitación contenida en el citado decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud, corresponde precisar que dicha normativa establece, en varios de sus preceptos, que en forma excepcional y mientras se mantenga la alerta sanitaria, se podrá contratar por parte de los organismos de salud que especifica -dentro de los cuales no se encuentran las municipalidades-, a exfuncionarios que se hayan acogido a los beneficios de incentivo al retiro establecidos en las leyes N°s. 20.612, 20.707, 20.921 y 20.986, no siéndoles aplicables respecto de la contratación que por ese acto se autoriza ni por el tiempo que se extienda la contingencia que la motiva, las prohibiciones que las leyes referidas contienen.

Al respecto, según aparece en los vistos del indicado decreto N° 4, de 2020 -y en su similar N° 10, del mismo año y cartera ministerial, que lo modificó-, la atribución conferida para contratar durante la vigencia de la alerta sanitaria a exfuncionarios acogidos a leyes de retiro, se entiende otorgada en virtud de las facultades extraordinarias que el ordenamiento jurídico otorga a la respectiva autoridad, especialmente aquellas que le confiere el artículo 36 del Código Sanitario en relación con sucesos como el referido con anterioridad, y por lo tanto, dado el carácter excepcional de esas atribuciones, solo es posible admitir actuaciones que se enmarquen estrictamente dentro de las hipótesis que contempla el acto administrativo recién nombrado.

Así, dado que la autoridad sanitaria -en ejercicio de las potestades extraordinarias que le otorgó el Presidente de la República en el decreto aludido-, estableció, de manera expresa, los cuerpos normativos a los cuales es aplicable dicha exención, como asimismo los organismos públicos del ámbito de la salud que pueden hacerla valer, no resulta posible hacer extensiva la facultad de que se trata a los municipios, mientras no exista una decisión que, en ese sentido, adopte la autoridad sanitaria.
([Volver](#))

4.- Seguridad social, protección a la maternidad, beneficio de sala cuna, pago en dinero, licencia por enfermedad del menor. Dictamen N°9066, de 14 de mayo de 2020.

Hechos del caso: La Asociación Nacional de Funcionarios de la Superintendencia de Pensiones solicitó la reconsideración del dictamen N°24.524, de 2019, el que concluye que el beneficio excepcional de pagar un monto en dinero equivalente a la entrega del beneficio de sala cuna consignado en el dictamen N°68.316, de 2016, se suspende durante el período en

que la madre se ausenta de sus labores al hacer uso de una licencia por enfermedad del menor de un año que se contempla en el artículo 199 del Código del Trabajo.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe señalar que el pronunciamiento en cuestión determinó que durante los períodos en que una funcionaria hace uso de una licencia por enfermedad del menor de un año regulada en el artículo 199 del Código del Trabajo, no procede el pago del monto en dinero que equivale al beneficio de sala cuna reconocido en el dictamen N°68.316, de 2016, pues se trata de beneficios que comparten una misma finalidad.*

En este sentido, conviene tener presente que el pago del beneficio de sala cuna consignado en el mencionado dictamen N° 68.316, de 2016, si bien no está contemplado expresamente en el Código del Trabajo, se trata de una forma alternativa de dar cumplimiento a la entrega de dicha prestación, reconocida por la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, a través de una interpretación armónica, considerando especialmente los principios que informan la materia.

Con ello, se pretende equiparar los derechos que tienen las madres trabajadoras que pueden acceder al beneficio de sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, respecto de aquellas que no han podido hacer uso de éste como consecuencia de una enfermedad grave y permanente de su hijo, pero que sin lugar a dudas de igual manera lo necesitan. Así, aunque el empleador cuente con un anexo al lugar de trabajo de la funcionaria, deberá entregarle un monto en dinero a aquella cuyo hijo está impedido por razones de salud de asistir a esa clase de establecimientos.

Por su parte, se debe tener presente que, al regular los distintos beneficios de la maternidad consignados en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, el legislador instituyó en el artículo 203 del Código del Trabajo el beneficio de sala cuna con el fin de que la madre tenga un lugar donde dejar a su hijo menor de dos años mientras trabaja.

No obstante, también previó una solución ante una situación en que aquello no resulta posible, esto es, cuando el niño de hasta un año se ve afectado por una enfermedad grave, en cuyo caso la madre podrá ausentarse del trabajo, manteniendo, en el caso de las funcionarias públicas, la totalidad de sus remuneraciones, a fin de que esta pueda dedicarse al cuidado de su hijo, haciendo uso de la licencia médica que se establece en el artículo 199 de ese ordenamiento laboral.

Como puede advertirse, al igual que el beneficio previsto en el dictamen N° 68.316, de 2016, la licencia médica se otorga precisamente por una enfermedad grave del niño, y en que, por tanto, hay una imposibilidad física del niño de asistir a una sala cuna, por lo que no se trata de beneficios que se acumulen, sino que la licencia concurre precisamente cuando el acceso a una sala cuna no resulta viable.

Pues bien, bajo tales consideraciones y atendido que la recurrente no ha aportado antecedentes que permitan desvirtuar lo expresado en el dictamen N° 24.524, de 2019, solo cabe desestimar la solicitud de reconsideración de que se trata. ([Volver](#))

5.- Municipios, estado de excepción constitucional, funcionarios municipales, facultades de fiscalización, COVID-19. Dictamen N°9080, de 14 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Un diputado solicitó un pronunciamiento respecto de la legalidad del decreto anunciado por el Gobierno, el cual otorga mayores facultades de fiscalización a los funcionarios municipales, en relación con determinadas medidas dispuestas en el contexto del estado de excepción constitucional de catástrofe actualmente vigente, declarado a fin de evitar la propagación del COVID-19.

Fundamento: *Sobre el particular, cumple con informar que, con fecha 8 de mayo de esta anualidad, se ingresó a trámite de toma de razón ante esta Contraloría General el decreto supremo N° 201, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, al que alude el recurrente, en cuya virtud se imparten “instrucciones a los jefes de la defensa nacional para que dispongan la colaboración de los funcionarios municipales con las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública para subsanar los efectos de la calamidad pública”.*

De acuerdo con su considerando 9°, el objetivo perseguido por el decreto es que los funcionarios municipales puedan “colaborar con los Jefes de la Defensa Nacional, reforzando la vigilancia y control de las medidas dispuestas por ellos y por la autoridad sanitaria, con el fin de subsanar los efectos de la calamidad pública que le dio origen, dentro del ámbito de las competencias que les confiere la ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades y demás leyes especiales”.

En dicho contexto, el artículo primero del acto administrativo en cuestión permite a los jefes de la defensa nacional impartir instrucciones para que, en el ejercicio de sus competencias, los funcionarios municipales colaboren con las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en la fiscalización de las medidas que indica, las que incluyen el aislamiento, cuarentenas, cordones sanitarios, aduanas sanitarias y otras.

Posteriormente, el 12 de mayo del corriente el Ministerio del Interior y Seguridad Pública efectuó el retiro del referido decreto supremo, de modo que dicho acto no ha sido tomado razón ni se encuentra en tramitación en esta Contraloría General.

En relación con dicho decreto, los Senadores señores Felipe Harboe y José Miguel Insulza hicieron presente una serie de consideraciones, entre las que se encuentra que de lo dispuesto en ese acto puede “colegirse que la actividad de los funcionarios municipales podría derivar en actuaciones limitadoras de libertades”, que la Constitución Política “ha depositado, principalmente en las policías que conforman las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por otro lado, con fecha 13 de mayo pasado esa misma secretaría de Estado ingresó a toma de razón ante esta Entidad de Control el decreto supremo N° 203, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que modifica el decreto supremo N° 104, de 2020, de esa misma cartera ministerial, que declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública en el territorio de Chile.

A través de esta modificación, se reemplazó el numeral 7) del artículo tercero de la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, en el sentido de suprimir las previas instrucciones del Presidente de la República a las que se sujetaban las instrucciones que pueden impartir los jefes de la defensa nacional a los funcionarios de los órganos del Estado -incluidas las municipalidades-, precisando ahora que estas serían para una adecuada implementación de las medidas sanitarias adoptadas.

Como puede advertirse, la modificación efectuada por el decreto supremo N° 203 constituye una reiteración de lo dispuesto en el artículo 7°, N° 5, de la ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, con la precisión recién indicada, por lo cual esta Contraloría General procedió a tomar razón de este el día 13 del presente, por ajustarse a derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, se efectuaron los alcances contenidos en el oficio N° 8.998, de 2020, con el que se cursó dicho decreto N° 203, haciendo presente, por una parte, que tales instrucciones no pueden, en ningún caso, alterar las funciones y atribuciones que el legislador ha radicado en los órganos de la Administración del Estado, dado que lo contrario implicaría invadir la reserva legal. Por otra parte, se precisó que la supresión de las instrucciones del Presidente de la República a las que el decreto 104 sujetaba aquellas que pueden impartir los jefes de la defensa nacional, es sin perjuicio del control de las autoridades civiles sobre las Fuerzas Armadas y de la responsabilidad derivada de dicho deber de control.

En consecuencia, cumpla con informar a Ud. que, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Contraloría General ha velado por el estricto cumplimiento de la distribución de competencias que el constituyente y el legislador ha radicado en cada órgano de la Administración del Estado, no habiéndose tomado razón de ningún acto que entregue funciones de policía a los cuerpos de seguridad ciudadana de las municipalidades. ([Volver](#))

6.- Servicios Locales de Educación Pública, educadores de párvulos, asistente de la educación, jardines infantiles, régimen estatutario, financiamiento, remuneraciones, asignaciones. Dictamen N°9076, de 14 de mayo de 2020.

Hechos del caso: La secretaria general (s) del Senado planteó un conjunto de interrogantes en relación con el régimen estatutario de los educadores de párvulos que se desempeñan en los Servicios Locales de Educación Pública -en adelante, SLEP-, y respecto a las remuneraciones de los servidores que cumplen funciones en jardines infantiles,

administrados por tales entidades, y financiados vía transferencia de fondos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

Fundamento: *Pues bien, tratándose del régimen estatutario aplicable a los educadores de párvulos que ejercen labores en los SLEP, es menester consignar que de conformidad con el artículo 1° de la ley N° 19.070, dentro de la enseñanza pre-básica, solo están sometidos a ese texto legal los profesionales de la educación que prestan servicios en recintos subvencionados conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, en virtud del cual únicamente pueden tener esa calidad, los establecimientos que, cumpliendo con las demás exigencias que la ley prevé, imparten enseñanza en el primer o segundo nivel de transición (aplica dictamen N° 87.772, de 2014).*

Luego, es del caso tener presente que el artículo 1°, N° 53, de la ley N° 20.903, incorporó un nuevo Título VI al Estatuto Docente, denominado “De los establecimientos de educación parvularia financiados con aportes regulares del Estado”, cuyas disposiciones, de acuerdo con su artículo 88 A, se aplicarán a los profesionales de la educación que desempeñen alguna de las funciones establecidas en el artículo 5° de la ley N° 19.070, en establecimientos que impartan educación parvularia y se financien con aportes regulares del Estado, los que deberán, además, contar con el reconocimiento oficial del mismo.

Ahora bien, el artículo cuadragésimo segundo transitorio de la señalada ley N° 20.903, prescribió, en lo pertinente, que lo dispuesto en el Título VI de esa ley -remisión que debe entenderse efectuada a la ley N° 19.070-, se aplicará a los profesionales de la educación regidos por dicho título a partir del año 2020.

Asimismo, y de acuerdo con el artículo cuadragésimo cuarto transitorio de la antedicha ley N° 20.903, al Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas -CPEIP- le corresponde la coordinación técnica para la implementación del proceso de ingreso del nivel parvulario al sistema de desarrollo profesional docente, debiendo fijar su calendarización, a más tardar el 30 de junio de 2019, para ser aplicada a contar del inicio del año escolar 2020, la que, además, debe ser gradual y considerar la incorporación al sistema del 20% de los establecimientos por año, para su aplicación universal el año 2025.

De lo expuesto se advierte que, a contar del año 2020, el régimen estatutario de los educadores de párvulos que desarrollen, en la enseñanza pre-básica, alguna de las funciones señaladas en el artículo 5° de la ley N° 19.070, en establecimientos dependientes de los SLEP, dependerá de la fuente de financiamiento del recinto educacional de que se trate.

En efecto, quienes ejecuten tales labores en establecimientos subvencionados conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación -lo que, como se señaló, solo es posible tratándose del primer o segundo nivel de transición-, estarán sujetos al Estatuto Docente.

Por su parte, aquellos servidores que desempeñen las anotadas tareas en establecimientos que impartan educación parvularia, cuenten con el reconocimiento oficial del Estado y sean financiados con aportes regulares del mismo, se registrarán por el Título VI de la ley N° 19.070 -según la calendarización que, para tal efecto, elabore el CPEIP-, sujetándose a las normas del Código del Trabajo y sus disposiciones complementarias, en todo aquello que no esté expresamente establecido en dicho Título, y resultando aplicables, además -de acuerdo con su artículo 88 B-, las normas del párrafo III del Título I, del Título II y del Título III de la indicada ley N° 19.070 (aplica dictamen N° 12.472, de 2019).

En razón de lo expuesto, y respecto a la interrogante relativa a si corresponde enterar a los aludidos educadores los beneficios remuneratorios establecidos en la ley N° 21.109, cumple con manifestar que aquello no resulta procedente en atención a que estos, en la medida que desarrollen alguna de las funciones establecidas en el artículo 5° de la ley N° 19.070, no se encuentran sujetos al régimen estatutario contenido en la antedicha ley N° 21.109, que estableció un nuevo Estatuto de Asistentes de la Educación.

Enseguida, cabe referirse a las remuneraciones de los funcionarios que laboran en jardines infantiles, financiados vía transferencia de fondos de la JUNJI, y administrados por los SLEP.

Al respecto, la Dirección de Educación Pública manifestó que la normativa que determina las asignaciones a las que tiene derecho el aludido personal está contenida en el Párrafo 2° del Título III de la ley N° 21.109.

Pues bien, la señalada preceptiva en su artículo 2°, prevé, en lo que interesa, que poseen el carácter de asistentes de la educación los funcionarios que ejerciendo labores en recintos de educación parvularia, financiados vía transferencia de fondos, y dependientes de los SLEP, colaboran 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 -diversas de las previstas en el artículo 5° de la ley N° 19.070-, técnicas, administrativas o auxiliares.

En tal contexto, cabe manifestar que el artículo 49 de la mencionada ley N° 21.109, prescribe que las remuneraciones de los asistentes de la educación que cumplen funciones en establecimientos de educación parvularia, financiados por la JUNJI y dependientes de un servicio local, “se determinarán de acuerdo al Código del Trabajo. Sin perjuicio de lo anterior tendrán derecho a las siguientes remuneraciones: a) La asignación del artículo 3 de la ley N° 20.905, en la medida que cumplan los requisitos para percibirla. b) La asignación de experiencia del artículo 48, siempre que se encuentren en las categorías técnicas, administrativas y auxiliares de los artículos 7, 8 y 9, respectivamente, y cumplan los demás requisitos”.

Luego, en lo concerniente a si tales estipendios deben ser considerados para el cálculo de la “remuneración bruta mensualizada”, para efectos de determinar el monto de la asignación del artículo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

3° de la ley N° 20.905, cumple con señalar que el artículo 5°, inciso tercero, del decreto N° 230, de 2016, del Ministerio de Educación -que contiene el reglamento del emolumento previsto en el señalado artículo 3°-, establece que para efectos de calcular la aludida “remuneración bruta mensualizada”, no se considerará, en lo pertinente, la asignación establecida en el artículo 3° de la ley N° 20.905.

A su turno, el artículo 48, inciso final de la ley N° 21.109, prescribe que la asignación de experiencia allí regulada “no constituirá base de cálculo de ninguna otra remuneración”.

En consideración a lo expuesto, los aludidos emolumentos no deben ser computados para el cálculo de la señalada “remuneración bruta mensualizada”, a que se refieren los artículos 3° de la ley N° 20.905, y 5° del decreto N° 230, de 2016, del Ministerio de Educación.

Finalmente, en relación con la regularización de los contratos de trabajo del personal que se desempeña en jardines infantiles, financiados con recursos de la JUNJI, y administrados por el SLEP de Puerto Cordillera, cumple con señalar que en atención a que no se han aportado antecedentes que sustenten dicha alegación, no resulta posible, en esta oportunidad, emitir un pronunciamiento sobre el particular, sin perjuicio de lo cual la aludida entidad deberá informar al respecto, a la Contraloría Regional de Coquimbo, en el plazo de 20 días hábiles, contado desde la notificación del presente pronunciamiento. ([Volver](#))

7.- Fuerzas Armadas, desahucio, reajustabilidad. Dictamen N°9320, de 19 de mayo de 2020.

Hechos del caso: Un ex funcionario de la Armada de Chile solicitó un pronunciamiento en relación a la aplicación de reajustes al monto que, en concepto de desahucio, le corresponde.

Fundamento: Al respecto, y de forma preliminar, resulta pertinente indicar que, de conformidad al artículo 89, de la ley N° 18.948, de 1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, al personal que se retire con derecho a pensión, le corresponde una suma única a título de desahucio, equivalente a un mes de la última remuneración sobre la cual se hubieren efectuado imposiciones al respectivo fondo por cada año o fracción igual o superior a seis meses de servicios efectivos válidos para este efecto, con un tope máximo de treinta mensualidades.

A su turno, el artículo 210, del decreto N° 148, de 1987, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 1 de 1968 (G), sobre Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, dispone en su inciso primero, que la tramitación a que el desahucio se encuentra sujeto, es la misma que rige el otorgamiento de las pensiones a aquellos empleados.

Asimismo, el artículo 65 de la ley N° 18.948, antes mencionada, determina, en lo que interesa, que las pensiones de retiro y los desahucios, se consideran fijados en forma definitiva e irrevocable por la resolución que las concede, salvo error manifiesto reparable de oficio por las respectiva Subsecretaría, o a petición del interesado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se concedieron.

Por otro lado, en cuanto a la reajustabilidad monetaria y las situaciones en que debe aplicarse, el legislador ha establecido expresamente las circunstancias en que la Administración debe considerar los efectos del transcurso del tiempo y variaciones de la economía, en el dinero.

En ese sentido, se ha pronunciado este Órgano Fiscalizador, por ejemplo, mediante dictamen N°30.354, de 1977, señalando que, “si la obligación de dinero nace de un mandato directo del legislador, debe atenerse estrictamente a lo que disponga la ley respectiva. Es así como, por ejemplo, las normas tributarias consultan ordinariamente el mecanismo del reajuste automático conforme al alza del costo de la vida o a otros elementos que conducen al mismo resultado. En cambio, si la ley no consulta el reajuste no podrá cancelarse”.

En similares términos, el dictamen N° 14.630, de 1992, de esta Contraloría General, dispone que “no cabe reajustabilidad de las obligaciones de dinero que tienen su fuente directa en la ley, sea en favor o en contra del Estado, a menos que exista norma expresa del legislador que así lo disponga”.

Ahora bien, en la situación planteada por el requirente, es posible colegir, conforme a la normativa inicialmente reseñada, que no existe norma expresa, ni autorización legal para que se aplique reajustabilidad e intereses a aquellos montos en concepto de desahucio, cuyo pago se ha postergado.

A mayor abundamiento, cumple con hacer presente que esta Contraloría General en su dictamen N°30.567, de 2015, determinó que el entero del desahucio está subordinado a la existencia de los recursos necesarios para ello, circunstancia que puede ocurrir transcurrido un tiempo, desde efectuada la solicitud.

En consecuencia, no corresponde aplicar algún mecanismo de reajustabilidad al monto que, en concepto de desahucio, corresponde al requirente, por lo que se desestima su solicitud. ([Volver](#))

8.- Universidad de Chile, senado universitario, regulación carrera académica. Dictamen N°9210, de 19 de mayo de 2020.

Hechos del caso: El rector de la Universidad de Chile solicitó la reconsideración de los dictámenes Nos 35.633, de 2013, y 11.825 y 67.908, ambos de 2015, por cuanto estima que, contrariamente a como se desprende de esos pronunciamientos, correspondería al Senado Universitario, en ejercicio de su función normativa, aprobar y/o modificar los reglamentos referidos a los académicos.

Fundamento: *Sobre el particular, el inciso primero del artículo 16 del decreto con fuerza de ley N°3, de 2006, del Ministerio de Educación que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto N° 153, de 1981, que establece los Estatutos de la Universidad de Chile, señala entre sus órganos superiores encargados de dirigir, gestionar, normar y proyectar la entidad, estableciendo las políticas generales en procura del cumplimiento de su misión, al Rector, al Consejo Universitario y al Senado Universitario.*

Enseguida, el inciso primero de su artículo 22 previene que el Consejo Universitario es el órgano colegiado de carácter ejecutivo que atenderá las necesidades de esa Casa de Estudios y se ocupará de su desarrollo, de acuerdo con las políticas y estrategias establecidas por el Senado Universitario, en tanto que la letra h) del artículo 23 del mismo cuerpo legal le encomienda aprobar los reglamentos que no estén sometidos al Senado Universitario, de acuerdo con lo establecido en la letra a) del artículo 25, pudiendo delegar esta atribución en el Rector.

Luego, el inciso primero de su artículo 24, dispone que el Senado Universitario es el órgano colegiado encargado de ejercer la función normativa de la Universidad y tendrá como tarea fundamental establecer las políticas y estrategias de desarrollo institucional, así como los objetivos y metas que conduzcan al cumplimiento de aquellas.

Por su parte, su artículo 25, letra a), entre otras atribuciones del Senado Universitario, dispone que a este le corresponde aprobar los reglamentos referidos en el Estatuto institucional y sus modificaciones, toda norma de carácter general relativa a las políticas y planes de desarrollo de la Universidad y las propuestas de modificación al Estatuto que deban someterse al Presidente de la República para su trámite respectivo.

Además, su artículo 47 prevé que un Reglamento General regulará el ordenamiento jerárquico académico y las formas de ingreso, promoción, evaluación y egreso que se requieran para cada uno de los niveles que conforman la carrera académica.

Al respecto, por medio de los aludidos dictámenes Nos 35.633, de 2013, y 11.825 y 67.908, ambos de 2015, esta Entidad de Control concluyó, en lo que interesa, que de acuerdo a las disposiciones anteriormente citadas de los Estatutos de la Universidad de Chile, la atribución del Senado Universitario, en cuanto a “aprobar los reglamentos referidos en el Estatuto institucional y sus modificaciones”, comprende toda alusión directa que ese estatuto realice a esa entidad en materia reglamentaria, como asimismo cualquier remisión general a esa potestad, en la medida que, de acuerdo al inciso primero del indicado artículo 24 del referido estatuto, tenga como finalidad el establecimiento de las políticas y estrategias de desarrollo institucional, y que no sea de competencia exclusiva de otro organismo superior de la Universidad de Chile.

En relación con lo anterior, es del caso tener presente que el legislador ha atribuido funciones específicas tanto al Senado Universitario como al Consejo Universitario, encontrándose el primero a cargo de la función normativa, esto es la aprobación de normas que posean la condición de directriz o lineamiento general vinculados a las políticas y estrategias de desarrollo institucional, mientras que el segundo realiza una función ejecutiva, destinada a hacer operativa y darle aplicación concreta a aquellas regulaciones generales que establezca el Senado Universitario.

En ese contexto, corresponde precisar que una preceptiva de carácter general, que en los términos del artículo 47 del citado estatuto, regule los principales aspectos relativos al ingreso, promoción,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

evaluación y egreso de la carrera académica, reúne las referidas condiciones para que requiera la aprobación por parte del Senado Universitario.

En cambio, no se encuentra dentro de las atribuciones de este último órgano el establecimiento de una regulación específica y pormenorizada de los mencionados aspectos de la carrera académica, por cuanto aquello no se relaciona con el establecimiento de políticas y estrategias de desarrollo institucional, tratándose de aspectos que deben quedar comprendidos en la función ejecutiva del Consejo Universitario. ([Volver](#))