

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°105

Semana del 7 al 13 de junio de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°105

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 345, inciso segundo, y de la frase "la infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave", contenida en el inciso cuarto del Código del Trabajo."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°7654-2019
Resumen	<p>El tratamiento que hace la Constitución de la huelga contiene los elementos que permiten, en un ejercicio de derecho implícito de primer grado -entendiendo a aquel como reflejo de una garantía fundamental, para el reconocimiento de otros derechos-, conferirle el carácter interpretativo de derecho fundamental asociado a otras libertades, como son la libertad sindical y el derecho para negociar colectivamente, de conformidad con los numerales 16 y 19, del artículo 19 de la Constitución. En el marco teórico, el derecho a huelga, tiene las características de un ámbito constitucionalmente protegido, con titularidades expresas, límites reconocibles, mandatos al legislador, garantías implícitas y límites al poder regulatorio respetando la esencia del derecho a huelga que es una paralización pre-ordenada al marco de una negociación colectiva previa.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a la huelga no es un derecho absoluto y admite limitaciones. En ese sentido, el legislador estableció la figura de los servicios mínimos en el Código del Trabajo, a fin de cautelar ciertos bienes y actividades, cuya suspensión ocasionaría un daño a bienes jurídicos relevantes, lo cual requiere la calificación en ese sentido, por parte de la Dirección del Trabajo, en un proceso al que tienen derecho a concurrir tanto el empleador como el o los sindicatos. Como contrapartida a estas limitaciones, el citado código prohíbe el reemplazo en huelga, pues de esa manera se asegura el ejercicio efectivo del derecho a huelga, en orden a que pueda producir los efectos de presión que pretende. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	11 de junio de 2020.	

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Caso	“Antofagasta Minerals S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°29.791-2018
Resumen	El plazo para reclamar respecto de una resolución exenta dictada por una Secretaría Regional Ministerial de Salud, que aplica una sanción de multa, en cuanto tiene el carácter de un acto administrativo, se origina en un procedimiento administrativo al que es aplicable la Ley N°19.880 y por tanto es un plazo de días hábiles administrativos. En seguida, el plazo que contempla el artículo 171 del Código Sanitario para interponer la reclamación judicial que aquel establece, es concebido dentro de un determinado procedimiento administrativo, de manera que para su contabilización debe aplicarse el artículo 25 de la Ley N°19.880, por sobre el artículo 50 del Código Civil. Por lo tanto, sólo a partir de la primera resolución que se pronuncie sobre la admisibilidad de la reclamación el proceso se tornará en judicial y le será aplicable la norma prevista en el artículo 50 del Código Civil. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	8 de junio de 2020.	

Caso	“Miranda y otro con Municipalidad de Olivar.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°4233-2019
Resumen	El hecho que la letra b) del artículo 151 de la Ley N°18.695 haga referencia expresamente a los “particulares” como quienes pueden reclamar en contra de los actos de las municipalidades que menoscaban el interés privado, lleva a concluir que dicho precepto está destinado a personas extrañas al organismo municipal, como contrapuesto al concepto de funcionario. Por otro lado, en concordancia con el principio conclusivo que rige los procedimientos administrativos, sólo son impugnables los actos decisorios, mas no los actos trámite, con la excepción de aquellos que ponen término al procedimiento o producen indefensión. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	8 de junio de 2020.	

Caso	“Salazar con Isapre Colmena Golden Cross.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°33.331-2019
Resumen	La regla general, en relación con el otorgamiento de prestaciones de salud, es que estas sean suministradas por entes públicos y que sólo por una decisión voluntaria y expresa del afiliado las mismas puedan ser prestadas por una entidad privada, prestaciones que tienen contenidos mínimos establecidos en la ley, como también las restricciones y límites al ejercicio de las voluntades al interior del contrato.	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

	<p>Así, el afiliado y la Institución Previsional de Salud evalúan la pertinencia de contratar, reconociéndose la libertad de contratación también a esta última. Sin perjuicio de lo cual, dicha libertad tiene su límite en la imposibilidad que pesa sobre la entidad de salud privada de proceder a efectuar discriminaciones, a priori, de grupos de personas que no se basen en su estado de salud y que la lleven a negar la afiliación. Por lo tanto, la decisión de negar la afiliación a un determinado plan, solicitado por un particular y fundada únicamente en la capacidad financiera de éste, resulta arbitraria e ilegal. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	9 de junio de 2020.

Caso	"Cárcamo y otra con Contraloría General de la República."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°41.254-2019
Resumen	<p>La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, por expreso mandato de los artículos 9 y 19 de la Ley N°10.336, sólo es vinculante para la Administración, pero no para la Jurisdicción.</p> <p>El análisis dogmático y jurisprudencial de la irretroactividad se ha centrado básicamente en la ley. En relación con la retroactividad de los actos administrativos, el artículo 52 de la Ley N°19.880 establece que ellos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros. Cabe precisar que el ámbito de aplicación de la citada ley, en virtud de su artículo 2, considera a la Contraloría General de la República y, por consiguiente, a sus dictámenes.</p> <p>En particular, tratándose de un dictamen del Ente Contralor, que extiende la institución del fuero maternal a funcionarias contratadas en calidad de reemplazo, es indudable dicho acto administrativo produce consecuencias favorables para esas funcionarias.</p> <p>En este punto surge la pregunta acerca de si puede aplicarse a los dictámenes de la Contraloría General la distinción entre el efecto retroactivo y el efecto ad praeterita, tal como se hace respecto de la ley. Sobre esa cuestión, si bien la jurisprudencia de la Contraloría rige in actum, nada obsta a que un nuevo discernimiento quede sometido al efecto ad praeterita, pues de lo contrario se afectaría gravemente la igualdad ante la ley y el principio de buena fe administrativa. Así, frente a la tensión entre la igualdad ante la ley y la buena fe administrativa, por un lado, y la seguridad jurídica, por el otro, el legislador ha optado por una solución intermedia, debiendo analizarse en cada caso particular si un nuevo Dictamen que resulta favorable al administrado, puede aplicarse o no a situaciones acaecidas antes de su entrada en vigor. En este caso, en la medida que el cambio de interpretación administrativa contenido en un dictamen generó consecuencias favorables a las recurrentes, se autoriza el efecto retroactivo. Esta interpretación</p>	

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	armoniza, además, con el deber de protección universal de la maternidad. (Ver hechos y fundamentos del caso).
Fecha	10 de junio de 2020

Caso	“Castillo con Google Chile Ltda.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°54-2020
Resumen	El llamado “derecho al olvido” no se encuentra establecido en nuestra legislación, así como los motores de búsqueda de internet no son responsables de los datos que crean los usuarios, sino que su función se limita a indexar la información, la que es creada por tercero al amparo de la libertad de emitir opinión y de información. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	10 de junio de 2020.	

Caso	“Álvarez con Superintendencia de Pensiones.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°19.548-2020
Resumen	Los procesos administrativos de calificación de invalidez no sólo deben ajustarse a la legalidad y, en especial, a las disposiciones que contiene el artículo 11 del decreto ley N°3500, sino que deben también estar dotados de la necesaria razonabilidad exigible en general al actuar de la Administración. Así, resulta incompatible con la exigencia descrita las fluctuaciones infundadas en la determinación del porcentaje de incapacidad o invalidez que afecta a una persona. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	11 de junio de 2020.	

Caso	“Molina con Labra y otras.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°24.528-2020
Resumen	Las publicaciones que una persona realice en sus redes sociales no perturban el derecho a la honra de la persona o personas a las que se haga referencia en ellas, siempre que, del tenor literal de las mismas se desprenda que tienen por objeto dar a conocer la opinión de quien las emite acerca del desempeño profesional de la persona objeto de su publicación, más aún, si dicha publicación no permite conocer la identidad de las personas a quienes se hace referencia. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	11 de junio de 2020.	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°9761
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>Para determinar si es posible que el COVID-19 se entienda como una enfermedad profesional cubierta por el seguro de la Ley N°16.744, se requiere comprobar que se contrajo a causa del trabajo, es decir, de manera directa en el ejercicio de éste.</p> <p>Sin embargo, atendida la transmisión sostenida del virus en el país, este se considera generalizado, existiendo circulación viral y dispersión comunitaria de la enfermedad, con lo cual se pierde la trazabilidad de los casos, sin que sea posible determinar en qué circunstancias se dio un contagio. Por lo tanto, de no ser posible establecerse la relación directa entre la actividad laboral y la enfermedad contraída aquella no podrá ser considerada como de origen laboral.</p> <p>Lo dicho hasta aquí no obsta que los trabajadores cuyo contagio no pueda ser calificado como de origen laboral queden desprotegidos, por cuanto en tales casos la cobertura debe ser otorgada por el sistema de salud común. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	10 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°9762
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>La cuestión acerca de aquellos funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus labores se enfermaron de COVID-19, fue abordada por la Superintendencia de Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones, y resolvió que, solo en la medida que pueda comprobarse que el contagio de COVID-19 de un funcionario ha ocurrido directamente por causa del trabajo, éste podría ser considerado como de origen laboral, acreditación que deberán efectuar los organismos administradores.</p> <p>Una arista diversa dice relación con que, conforme al Decreto N°594, de 1999, del Ministerio de Salud y a la Ley N°16.744, es deber del empleado preservar las condiciones de higiene y seguridad en los distintos lugares de trabajo. Por lo tanto, tratándose de servicios públicos, corresponde, en primer lugar, a la jefatura del mismo adoptar las medidas de prevención necesarias para resguardar la salud de sus funcionarios y de los usuarios, lo cual deberá realizarse observando la normativa dispuesta para tal efecto, complementada por las directrices que la autoridad sanitaria ha impartido en estas circunstancias. Por otra parte compete a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud la fiscalización del cumplimiento de las medidas</p>

	<p>sanitarias que se adopten en los recintos en que se desempeñen los funcionarios de la Administración, en el contexto de la emergencia provocada por el brote de COVID-19.</p> <p>Finalmente, en relación con la mantención de la medida del trabajo remoto por parte de los organismos públicos, es atribución de cada jefatura superior tanto disponer el trabajo remoto para sus funcionarios, como cesar esa medida de gestión. Ambas decisiones deben ser adoptadas teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar la salud de los servidores públicos y de la población en general, evitando la propagación de la pandemia y manteniendo la continuidad del servicio. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	10 de junio de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 345, inciso segundo, y de la frase “la infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave”, contenida en el inciso cuarto del Código del Trabajo. Tribunal Constitucional, Rol N°7654-2019, de 11 de junio de 2020.

Hechos del caso: La empresa Servicios Integrados de Salud Limitada presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 345, incisos segundo y cuarto, en la frase “La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave”, del Código del Trabajo.

La gestión pendiente en la que influye la norma impugnada es el recurso de nulidad en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de los autos RIT S-98-2018, caratulados “Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente con Servicios Integrados de Salud Ltda.”, sobre tutela laboral por denuncia de prácticas antisindicales en negociación colectiva, seguidos ante el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Fundamento: *TERCERO.- En cuanto al conflicto constitucionalmente denunciado, la requirente explica que su Unidad de Oncología resulta particularmente sensible en todo establecimiento de salud, por cuanto los pacientes no pueden ser privados de atención, y, por tanto, es esencial la continuidad de los servicios. En tal sentido, indica que, si bien solicitó a la Dirección del Trabajo la calificación de servicios mínimos, en dicha calificación no se determinaron servicios mínimos para la Unidad de Oncología, lo que supuso que no se pudiera destinar personal a dicha unidad en caso de huelga.*

Manifiesta que la huelga se extendió por más de un mes y solo quedó con 1 enfermera trabajando, esto es, 20% de la dotación necesaria, por lo cual la requirente no se encontraba en condiciones de poder mantener la atención de los pacientes. Señala que, por la condición médica de los pacientes, éstos no podían ser trasladados a otros centros asistenciales. En este contexto y para proteger la salud y vida de los pacientes de la Unidad de Oncología, no le quedó más alternativa que reemplazar trabajadores en huelga.

En consecuencia, alega que la aplicación de los preceptos impugnados vulnera el artículo 19 Nos. 1 y 9, de la Constitución, ya supone exigirle, para no ser considerada responsable de prácticas desleales en la negociación colectiva, que incumpla sus obligaciones para con la vida y la salud de sus pacientes.

Además, la aplicación de los preceptos reprochados vulnera el principio de proporcionalidad de las sanciones (art. 19 Nos. 2 y 3 CPR), toda vez que se traduce en la imposición de la sanción de manera automática, sin tomar en cuenta circunstancia excepcional alguna, derivando en una sanción desproporcionada, que no guarda relación con la conducta a partir de la cual se impone.

Por último, sostiene que la aplicación de las disposiciones impugnadas vulnera su derecho de propiedad (art. 19 N° 24 CPR), en la medida que significa la imposición de una sanción injusta (...)

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

a.- Argumentos formales sobre las normas impugnadas

SEXTO.- En el examen de inaplicabilidad adquiere una función esencial el estimar cómo y de qué manera la norma estimada inaplicable, efectivamente puesta en la hipótesis de su estimación, genere el efecto que pretende desconocer por la declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto de su inaplicabilidad. Este es un análisis que predominantemente deben realizar las salas.

Sin embargo, éstas pueden encontrarse frente a una situación intermedia, en el sentido que la norma estimada inaplicable sí tiene alguna plausibilidad de aplicación, pero no enteramente. No es que no juegue ninguna función, sino que éste es insuficiente para explicar el problema que se pretende resolver. Tal es el caso presente.

SÉPTIMO.- De este modo, esta Magistratura podría tener fundamentos normativos para reencausar una identificación constitucionalmente correcta, según lo dispone el mandato y procedimiento que para las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad regula el artículo 88 de nuestra Ley Orgánica Constitucional.

Sin embargo, en lo que está completamente impedido es ampliar los preceptos legales reprochados. Esa es una tarea que recae en su totalidad en el requirente.

En tal sentido, nos encontramos frente a una decisión formalmente admisible, según ya lo analizó la sala respectiva, pero que en el fondo es insuficiente para resolver el asunto planteado.

Aquí hay que recordar el mandato del artículo 403, literal d) del Código del Trabajo. Éste regula las prácticas desleales del empleador del siguiente modo:

“Artículo 403. Prácticas desleales del empleador. Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos. Entre otras se considerarán las siguientes: (...)

d) El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro”.

Este precepto legal impide que los efectos de la inaplicabilidad, en caso de estimarse, sean posibles por tres órdenes de razones. Primero, porque normativamente regula más ampliamente lo que el requirente plantea. Aquí no solo está la prohibición de reemplazo y la calificación de práctica desleal, sino que está toda la remisión orgánica al procedimiento específico de la negociación colectiva reglada. En consecuencia, el artículo 403 literal d) del Código del Trabajo abarca todo el conflicto planteado y lo supera. En segundo lugar, porque el precepto impugnado no forma parte de las normas supuestamente mal aplicadas en la sentencia definitiva, de acuerdo al recurso de nulidad que constituye la gestión pendiente. Y, en tercer lugar, por el entendimiento que en un requerimiento (Rol

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

8116) sustantivamente similar no idéntico, y presentado con anterioridad a la vista y decisión de este caso, se entiende incorporado expresamente el mencionado artículo.

b.- El derecho de huelga en la Constitución

OCTAVO.- Parece existir un entendimiento básico o general en nuestra comunidad jurídica que en la actualidad se considera que el derecho a huelga es un derecho fundamental o constitucional. Esta Magistratura ha tenido oportunidad de referirse como tal a la huelga en diversas sentencias (Roles 3116 y 4136, entre otras) y la justicia ordinaria también ha definido criterios sobre la misma (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 142-2014, de 11 de abril de 2014, entre otras). Del mismo modo, hay un común entendimiento acerca de la huelga por parte de diversos legisladores de distinta orientación ideológica que han cuestionado otras normativas pero que suponen como punto de partida reconocer la condición de derecho constitucional, respecto del derecho a huelga STC 3116/3126). Y, adicionalmente, buena parte de la doctrina laboralista mayoritaria (María Irene Rojas, José Luis Ugarte, Eduardo Caamaño, Sergio Gamonal, entre otros) tiene una posición que califica como derecho fundamental a la huelga. Sin embargo, un sector de la doctrina (Ruay Sáez) ha desestimado esa condición y a la cual se adhiere la minoría en esta sentencia en orden a desconocer la naturaleza de derecho constitucional o fundamental de la huelga. Lo anterior, nos obliga a precisar conceptualmente el punto específico que representa un argumento estructural de esta sentencia.

NOVENO.- Los caminos para verificar el estatus de la huelga en nuestro ordenamiento constitucional parten de una consideración bastante evidente. No se trata de una de aquellas cuestiones que resulten meridianamente claras de la sola lectura del inciso final del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución. Por lo mismo, detrás de esta ambigüedad y vaguedad propia de los textos constitucionales (Ferrerres Comella, Víctor (1997), Justicia constitucional y democracia, primera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid) se describe el inicio de un problema dogmático en una de las normas parámetro de control de esta inaplicabilidad.

Las críticas se sostienen en argumentos diferentes y no obedecen a un mismo patrón conceptual. Iremos desarrollándola en función del grado de cuestionamiento de lo que sostiene nuestra Constitución sobre la huelga desde el desconocimiento de la misma hasta su reconocimiento pleno (...)

b.2.- La huelga como hecho

DECIMOSEGUNDO.- Esta afirmación necesita alguna explicación puesto que los hechos sólo pueden ser calificados como tales después de una valoración jurídica. De este modo, la huelga reúne un conjunto de caracteres fácticos que dicen relación con la existencia de una voluntad concertada de un conjunto más o menos relevante de trabajadores que se ausentan deliberadamente de sus labores con el objeto de configurar una presión sobre el empleador o grupo de empleadores. Los objetivos de este movimiento pueden ser variados. El conflicto puede prolongarse generando la interferencia de

algún organismo estatal, sea para reprimirlo como para favorecer una solución. Los términos del conflicto prolongado en el tiempo pueden devenir en la determinación de una sucesión de conflictos individuales derivados en el reintegro de los trabajadores a sus labores o su desvinculación. En este punto, la huelga deja de ser un hecho y supone una determinación normativa que auxilie una solución sea dentro del Derecho Civil, del Derecho Laboral o de la tutela judicial, en general, en el entendido que está excluido el escenario penal [Hajna Rifo, Eduardo (1978), “Consideraciones acerca de la huelga”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Año II, pp. 193-195].

DECIMOTERCERO.- Por lo anterior, la explicación genérica de que la Comisión Ortúzar trató a la huelga como un hecho debemos precisarla conforme lo indica un laboralista. “La Constitución no garantiza el derecho de huelga, sino que alude a ella como un hecho de forma tangencial. En tal sentido no solo no la consagra como derecho sino que se limita a enumerar aquellas situaciones en las que se prohíbe el ejercicio de la huelga” (...)

No obstante, la reiteración de una referencia de la huelga como hecho carece de toda consecuencia normativa. Sabemos que sin una adecuada apreciación jurídica no obtendremos una inferencia de ningún tipo. Esta explicación describe un conjunto amplio de hipótesis a partir de las cuales ya la huelga deja de ser un hecho y debe, necesariamente, ser valorada desde el punto de vista normativo. ¿Debemos tolerarla, aceptarla, regularla o reprocharla? Según veremos, quizás el punto de partida que existió en la Comisión Ortúzar tuvo un origen como tal, pero estuvo lejos de no arribar a consecuencias. Por lo mismo, es lógico no admitir quedarse en este estadio y avanzar más allá hacia la evaluación constitucional de la huelga en Chile desde el solo momento en que existe un inciso del numeral 16, del artículo 19 que realiza tres referencias esenciales sobre la misma.

b.3.- La huelga como mera prohibición acotada

DECIMOCUARTO.- Una de las fuentes que expresa una consideración matizada de la huelga tiene que ver no sólo con la redacción de dicho precepto constitucional, sino que, con la deliberación constitucional producida, especialmente, al interior de la Comisión Ortúzar.

Cabe, desde ya, con signar que los materiales constitucionales para interpretar las normas no son las mismas. La Comisión Ortúzar redactó un Anteproyecto de Constitución en donde incluyó el artículo 20, numeral 15°, sobre la libertad de trabajo con contenidos reconocibles, pero no idénticos al actual artículo 19, numeral 16°, de la Constitución.

Las diferencias son plausibles justamente en la relación existente entre el derecho a la negociación colectiva, las materias de arbitraje y el modo en que está reconocida la huelga. No es del caso examinar dichas diferencias, sino que algunos argumentos que vendrían a respaldar una tesis restrictiva de la huelga.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

DECIMOQUINTO.- (...) No obstante, esta materia fue deliberada en diversas sesiones, pero las decisivas que delinearón el texto final se encuentran, particularmente, en las correspondientes a las reuniones números 373°, 374°, 382° y 407°, en momentos distintos desde mayo a agosto de 1978, ya casi en el cierre del Anteproyecto de la propia Comisión.

El conjunto de ideas que podemos sintetizar es el siguiente:

Primero, que existía una evidente voluntad de la casi totalidad de los Comisionados por no reconocer la huelga como derecho. Sin embargo, había dos “obstáculos” que había que eludir. Uno de ellos sostenido a la Comisión por los Ministros del Interior y de Trabajo de la época (Sergio Fernández y Vasco Costa) en orden a mitigar los efectos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) sobre el derecho de huelga como tratado vigente y aplicable en la fecha de ese debate. Por eso, discurren sobre la idea de una cierta imposibilidad de “denunciarlo” y con la búsqueda de una especie de “reserva” al tratado. Un segundo impedimento era que en Chile todo el mundo sostenía que existía el derecho a huelga que venía de su establecimiento en el artículo 10, numeral 14°, de la Constitución de 1925. Por eso, “produciría una mala imagen el prohibir constitucionalmente la huelga” (Comisionado Carmona). Incluso en la presentación del Anteproyecto de Nueva Constitución se sostuvo expresamente que debía hacer la mención de que la huelga no era un derecho (Comisionado Guzmán). Sin embargo, se estimó finalmente descartar tal párrafo (Comisionada Romo) (...)

b.4.- La huelga como derecho implícito

DECIMOSÉPTIMO.- El desafío planteado es que el inciso final del numeral 16° del artículo 19 de la Constitución representaría una regla prohibitiva, indirecta y de la cual no sería posible deducir un derecho constitucional.

En efecto, dicha norma constitucional dispone que “no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

De la lectura de esta norma, así como del inciso que lo antecede podemos constatar que la voluntad de la Comisión Ortúzar no se plasmó en plenitud. Por ejemplo, la frase final no establece las empresas que pueden declarar la huelga, sino que deriva al legislador un procedimiento para acogerse a una prohibición. Más adelante, veremos en qué consiste el modo en que se articula el arbitraje con la prohibición de la huelga.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

DECIMOCTAVO.- Los defectos de los razonamientos de nuestra Magistratura en relación con esta regla constitucional, a juicio de Ruay, consistirían en cinco objeciones: a) que es peligroso reconocer un “derecho implícito” al margen de la Constitución y del proceso democrático; b) que no posible sostener que la noción privatista de que todo lo que no está prohibido estaría permitido, constituya una afirmación válida para el ámbito del Derecho Público; c) que el derecho a la huelga sería un derecho subjetivo de todos los trabajadores (conforme lo dispuso la mayoría del Tribunal Constitucional en la STC 3016) y no sólo de los trabajadores sindicalizados; d) que no queda claro el vínculo existente entre la negociación colectiva y la huelga; y e) finalmente, que es reiterativo y no fundada la existencia de una estrecha asociación con la libertad sindical en cuanto sus tres pilares sustantivos serían el derecho a sindicalizarse, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga (Ruay Sáez, Francisco (2018), “La huelga en las razones del Tribunal Constitucional. Consideraciones sobre el derecho a huelga contenidas en la Sentencia Rol N° 3016 (3026)-16” (...))

DECIMONOVENO.- El objeto de esta sentencia no es responder una válida crítica académica, sino que plantear el contenido iusfundamental de la huelga, en la medida que ha sido desconocida en el caso concreto.

Una primera cuestión a resolver es identificar los límites interpretativos de esta Magistratura en el reconocimiento de contenidos constitucionalmente protegidos de determinados derechos. El carácter determinadamente libre del uso de la expresión de “derechos implícitos” como si fueran “derechos nuevos no constitucionalizados” es un asunto de trascendental importancia, en la resolución hermenéutica de este punto de partida.

Cuántos derechos reconoce la Constitución importa introducirnos en la dimensión de una discusión clásica, y previsiblemente superada, acerca del carácter del catálogo de derechos que define nuestra Constitución. Prima facie diremos que hay que distinguir entre derechos que tendrían un carácter de “nuevos” y “derechos implícitos”.

Otra discusión es si esos derechos pueden ser parámetro sustantivo de control de constitucionalidad. Atendido el modo en que está redactado el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, así como los antecedentes históricos de su establecimiento y de la reforma de la Ley N° 18.825, podemos sostener que nuestra Constitución contiene un catálogo abierto de derechos.

El alcance de esta “apertura” hacia nuevos derechos o nuevos ámbitos de derechos constitucionalmente existentes es un asunto que puede dividir a esta Magistratura. Sin embargo, resulta difícil desconocer la literalidad de la limitación de los derechos a las decisiones soberanas, por cuanto “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En consecuencia, sea que dimanen de la naturaleza humana

o que provengan del reconocimiento de los tratados internacionales, el marco de esta apertura es variable.

Pero, ¿podemos decir que en este sentido la huelga es un derecho nuevo? Creemos que no es necesario recurrir al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución para sostener que su reconocimiento surge desde su contenido sustantivo del artículo 19 del mismo cuerpo fundamental.

VIGÉSIMO.- (...) Los derechos fundamentales tienen fuerza expansiva y se desdoblan hacia nuevos espacios y conflictos permitiendo que la Constitución actualice a tiempo presente sus contenidos. Internamente podemos tener criterios distintos sobre el principio de interpretación evolutiva de la Constitución, pero a lo menos todos hemos reconocido en diversas sentencias que se admite un principio de concretización de los contenidos subjetivos la misma. Esto es, por lo demás, la esencia de nuestro trabajo en cuanto las normas son el resultado de una interpretación, siguiendo la distinción entre “disposiciones y normas” (Guastini, Riccardo (1999), Estudios sobre la interpretación jurídica, Primera edición, Traducción Marina Gascón y Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, p. 11)

Sin embargo, los derechos implícitos no son auténticamente nuevos derechos. Son derechos de naturaleza instrumental o transversal que permite identificar derechos constitucionales de un modo que permita no vaciarlos de contenido o como reflejo de una garantía fundamental para el reconocimiento de otros derechos (...)

VIGESIMOPRIMERO.- Siguiendo nuevamente al jurista italiano, un derecho subjetivo es el reflejo del contenido de una norma que confiere tal significado (...)

A lo menos, en este primer aspecto técnico, no podemos atribuirle al Tribunal Constitucional una doble intencionalidad implícita en su razonamiento, especialmente en las sentencias roles N° 3016 y 4136, puesto que el examen de la huelga se deriva de normas expresas.

Y, en segundo lugar, cabe examinar en qué sentido una norma es implícita en el primer grado derivado de una norma expresa. Del derecho de “inviolabilidad (...) de toda forma de comunicación privada” (artículo 19, numeral 5°, de la Constitución), inferimos la norma por la cual podemos sostener que existe derecho a comunicarnos libremente sin interferencias. Del mismo modo, de “libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias” (artículo 19, numeral 6° de la Constitución), se deduce la regla a partir de la cual somos libres de no profesar ninguna creencia. Y así suma y sigue.

Y todo esto porque la construcción de normas implícitas es la exteriorización de las reglas que presuponen el ejercicio de la norma anterior. Si debo profesar una creencia, dejaría de existir la libertad para creer en una o cambiar de la misma. Esta inferencia en nada altera la Constitución y menos se confronta con la Constitución.

VIGESIMOSEGUNDO.- (...) existe una regla expresa desde la cual inferiremos la norma. Y que esa norma no se ha contraponen con la tesis que ha tenido expresamente todo el arco ideológico representado en el Congreso Nacional, según acreditan todos los antecedentes tenidos a la vista en las audiencias públicas y en los informes en derechos que constan en nuestro Rol STC 3016 (...) el legislador democrático sostiene que el derecho a huelga es un derecho propiamente tal. Si es directamente constitucional o de base constitucional puede ser una discrepancia, pero en nada se opone a la consideración de esta Magistratura, con lo que ya no teorizamos, sino que manifestamos con certeza que esta tesis no se opone a la consideración del Congreso Nacional sostenida el año 2016.

VIGESIMOTERCERO.- Si el dilema consiste en reivindicar la noción de la huelga como derecho fundamental cabe estructuralmente examinar los contenidos constitucionales de la huelga desde la teoría de los derechos fundamentales (...)

VIGESIMOCUARTO.- Un derecho fundamental, por regla general, tiene una titularidad; un contenido constitucionalmente protegido; tiene una función; unas garantías; un mandato al legislador; unos límites regulatorios; y un ámbito que cautela que en nombre de los límites no se cercene el derecho, sea protegiendo su contenido esencial sea imponiendo una restricción al legislador en nombre del principio de proporcionalidad (...)

VIGESIMOQUINTO.- Titularidad. La huelga tiene por titulares a “todas las personas” (epígrafe del artículo 19) y, particularmente, a los trabajadores que no sean “funcionarios del Estado ni de las municipalidades” ni “los trabajadores (...) sometidos a la prohibición que establece este inciso”. El sentido del epígrafe es atribuir una titularidad para desplegar toda la agencia que ordene el ejercicio y goce del derecho enunciado. En esto nada tiene que ver la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, puesto que la propia Constitución le otorga una eficacia particular y horizontal, en línea de principio, de sus mandatos al indicarnos que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (...)

VIGESIMOSEXTO.- Ámbito constitucionalmente protegido (...) Por ahora, no es posible describir los elementos del ámbito constitucionalmente protegido de este derecho sin examinar las condicionantes de su ejercicio. Por ahora baste decir que esta idea de huelga se corresponde con la acepción general que nos indica el Diccionario de la Real Academia Española al definir por tal la “interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de reivindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta”.

VIGESIMOSÉPTIMO.- Mandato al legislador. La huelga, en nuestra Constitución, contiene un mandato directo al legislador para identificar un procedimiento a las empresas que pueden sustraerse de la misma.

Lo anterior, tiene un mandato implícito en orden a regular o no regular la huelga en sus contenidos legítimos. Lo anterior, dependerá de la función a que sirve la huelga. Los laboristas (Caamaño y

Ugarte) sostienen que en Chile se privilegia un sentido contractualista de la huelga, esto es, un tipo de paralización que sólo adquiere sentido en el marco de una negociación del contrato colectivo de trabajo. Existen otras funciones polivalentes o autónomas de la huelga, con propósitos originarios y amplios, a veces, disociadas de la estructura de la relación laboral preestablecida.

En tal sentido, podemos indicar que el modo en que se ha incardinado la huelga en nuestro derecho es orientado a un propósito pre-ordenado por una negociación colectiva previa. Por lo mismo, podemos decir que la huelga, en nuestra Constitución, comparte las características finalistas de la negociación colectiva al ser un procedimiento “para lograr en ella una solución justa y pacífica” (inciso 5° del numeral 16° del artículo 19 de la Constitución) (...)

VIGESIMOCTAVO.- Vínculo con otros derechos fundamentales. La exigencia de un procedimiento legislativo importa un contenido legítimo asociado a otros derechos fundamentales estableciendo algunas condiciones para su ejercicio.

Su vínculo previo con la negociación se entiende como un mecanismo de ultima ratio, que tienen los trabajadores que no han obtenido una negociación satisfactoria, a presionar con la paralización de la empresa hacia un nuevo punto de equilibrio de las pérdidas de las partes. Los trabajadores al no percibir sus ingresos y la empresa al verse paralizada total o parcialmente en su producción o disposición de servicios (...)

VIGESIMONOVENO.- Ahora bien, la Constitución garantiza la libertad sindical -artículo 19 N°19, inciso primero- que comprende como derechos fundamentales los de sindicación, de negociación colectiva y de huelga, “Esta tríada constituye el núcleo duro de la libertad sindical y es su piedra angular” (...)

En cuanto al reconocimiento constitucional de estos derechos, se han generado dos posiciones: la primera referida a que el artículo 19 N°16 constitucional “representa el modelo de relaciones laborales que ostenta dicho código político [...]. Es importante destacar que esta posición analiza al efecto solo los derechos de negociación y de huelga, y ello lo hace sin confrontarlo con los convenios de la OIT y de la interpretación que se ha efectuado de los mismos”. La segunda posición rechaza la consagración de los derechos de libertad sindical en el texto original, afirmando que “la Constitución... se limita a reconocer de modo fragmentario ciertas manifestaciones de tal derecho, dejando de manifiesto una concepción del mismo que lo limita al derecho de sindicación” (Toledo. C. “Tutela de Libertad Sindical”, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 32-33). Sin embargo, ello no significa la falta de reconocimiento de estos derechos, en cuanto a partir de la modificación constitucional de 1989 y debido a lo establecido en el Artículo 5° inciso segundo, se incorporarían los derechos de libertad sindical establecidos en tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” (Rojas Miño, Irene ob. cit., p.19).

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

TRIGÉSIMO.- *La negociación colectiva se encuentra mencionada en la Constitución Política, específicamente en el inciso quinto del N°16 del artículo 19 “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.”.*

De ello, se desprende que se encarga al legislador su desarrollo, modalidades y contenido (...)

TRIGESIMOPRIMERO.- (...) *Ahora bien, en virtud de la libertad sindical la huelga puede tener lugar en aquellas empresas, en cuyas actividades, a los trabajadores no se les prohíbe aquello, según lo prescrito en la Carta Política, en cuyo artículo 19 N° 16, inciso final, la cual señala que no podrán declararse en huelga los trabajadores cuya paralización cause grave daño a la salud, entre otros. Para cumplir con el objetivo de la huelga, cual es, mejorar las condiciones de los trabajadores, en el proceso de negociación colectiva, es que el inciso segundo del artículo 345 -norma impugnada en estos autos constitucionales- prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga (...)*

TRIGESIMOCUARTO.- *En consecuencia, perfectamente podemos decir que pese a que la voluntad de la Comisión Ortúzar es que quiso reconocer más como un hecho que como un derecho la huelga (Sesión 382°, de 7 de junio de 1978), lo cierto es que sus reglas contienen todos los elementos que permiten, en un ejercicio de derecho implícito de primer grado, conferirle el carácter interpretativo de derecho fundamental asociado a otras libertades, según veremos. En el marco teórico, tiene las características de un ámbito constitucionalmente protegido, con titularidades expresas, límites reconocibles, mandatos al legislador, garantías implícitas y límites al poder regulatorio respetando la esencia del derecho a huelga que es una paralización pre-ordenada al marco de una negociación colectiva previa.*

b.6.- La huelga como derecho fundamental con el auxilio del derecho convencional

TRIGESIMOQUINTO.- (...) *Lo cierto es que esta Magistratura ha estado dividida en torno a los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos relativos a los tratados de derechos humanos que cumplen las características que el artículo 5° de la Constitución exigen: ratificados y vigentes. Además, podríamos agregar garantizados de un modo incondicional y no en el marco de una negociación propia de la regla general de tratados del artículo 54, numeral 1°, de la Constitución (...)*

e.- El establecimiento de los servicios mínimos y el reemplazo de los trabajadores en huelga

CUADRAGESIMOQUINTO.- *En este orden de ideas, el Código del Trabajo, en el capítulo VII del Libro IV regula las limitaciones al ejercicio del derecho a huelga. Estas limitaciones se traducen en el establecimiento de servicios mínimos (artículo 359) y en prohibiciones de ejercicio del derecho a huelga (artículo 362).*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

CUADRAGESIMOSÉPTIMO.- Como contrapartida a estas limitaciones, se prohíbe el reemplazo en huelga (artículo 345 del Código del Trabajo).

Ello se explica porque de esta manera se asegura el ejercicio efectivo del derecho a huelga, en orden a que pueda producir los efectos de presión que pretende, habiéndose ya, en forma previa, acordado entre el sindicato y el empleador, o bien, dictaminado por la autoridad competente los servicios mínimos que deberán proveerse durante la huelga, cuando, por las condiciones de la empresa o del servicio prestado, ello sea indispensable.

CUADRAGESIMOCTAVO.- El reemplazo de los trabajadores en huelga estaba prohibido con anterioridad al precepto reprochado en esta inaplicabilidad, cuestión regulada en el artículo 381 del Código del Trabajo. Sin embargo, cumplidas determinadas condiciones “el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva (...)

QUINCUAGESIMOSEGUNDO.- La resolución final calificatoria no fue reclamada judicialmente, de lo que se desprende que la empresa estuvo conforme con la calificación de servicios mínimos efectuada, la que no incluyó a la Unidad de Oncología.

La situación que se presenta -y que pretiere la requirente- es que ella fue condenada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago por incurrir en actos constitutivos de prácticas antisindicales y desleales graves, que se tuvieron suficientemente acreditadas, sanción que debe soportar. Ello debido a que reemplazó a trabajadores en huelga, cuando dicho reemplazo se encontraba prohibido, pues no calificaba la unidad de oncología como servicios mínimos para operar, tal como se ha expresado en los considerandos anteriores (...)

QUINCUAGESIMOTERCERO.- De todas maneras, la conducta por la cual se sanciona a la empresa empleadora fue efectivamente examinada en sede judicial, como consta en sentencia de fecha 03.10.2019, existiendo, por ende, una decisión jurisdiccional que la sustenta y no una decisión discrecional o arbitraria de la Administración.

QUINCUAGESIMOCUARTO.- En cuanto a los criterios interpretativos, el primer alcance es formal, al recordar que la inaplicabilidad no producirá los efectos planteados puesto que existe una norma más amplia que queda subsistente aún después de la inaplicabilidad y que es el literal d) del artículo 403 del Código del Trabajo que vuelve el debate propuesto al mismo punto legal previo como si no se hubiera interpuesto la presente acción de inaplicabilidad (...) ([Volver](#))

2.- Antofagasta Minerals S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama. Corte Suprema, Rol N°29.791-2018, de 8 de junio de 2020.

Hechos del caso: La empresa Antofagasta Minerals S.A. dedujo reclamación del artículo 171 del Código Sanitario en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama

por la dictación de la Resolución Exenta N° 1325 de 8 de mayo de ese año, que le fuera notificada el 12 de mayo de 2017 y que aplicó a esa parte una multa de 1.000 Unidades Tributarias Mensuales por infracciones detectadas en las instalaciones de faena de sondaje de su propiedad correspondiente a la Exploración Proyecto El Encierro, sito en sector Cajón El Encierro, comuna de Alto del Carmen.

El tribunal de primera instancia resolvió rechazar la acción, acogiendo la excepción de caducidad opuesta por la demandada. Apelada la sentencia por la actora, la Corte de Apelaciones de Copiapó la confirmó sin modificaciones.

Fundamento: *NOVENO: Que es claro que el plazo para reclamar respecto del pronunciamiento de una resolución exenta dictada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama, que aplica una sanción de multa, se origina en un procedimiento administrativo al que es aplicable la Ley N°19.880. En efecto, la resolución reclamada tiene el carácter de un acto administrativo y su notificación es parte de un procedimiento de tal naturaleza, por lo que resulta obligatorio, para efectos de computar el plazo para accionar ante el juzgado civil competente, acudir a lo establecido en este último texto legal, pues sólo a partir de la primera resolución que se pronuncie sobre la admisibilidad de la reclamación el proceso se tornará en judicial y le será aplicable la norma prevista en el artículo 50 del Código Civil.*

En este sentido, es dable concluir que el aludido plazo de cinco días hábiles previsto en el artículo 171 del Código Sanitario es uno concebido dentro de un determinado procedimiento administrativo, de manera que no le resulta aplicable el artículo 50 del Código Civil, pues éste regula la contabilización de los plazos de manera general, mientras que el artículo 25 de la Ley N° 19.880 se refiere a esta materia en el ámbito específico de los procedimientos administrativos, como aquel en que se pronunció la resolución exenta materia de la reclamación de autos.

DÉCIMO: Que, atento a lo razonado, los juzgadores del mérito han contado erróneamente el plazo para interponer la reclamación que nos ocupa, puesto que lo han hecho bajo el supuesto de estimar que los días sábado son hábiles, cuestión que los llevó a declarar extemporánea la acción intentada por Antofagasta Minerals S.A. Efectivamente, habiendo sido notificada la actora de la resolución materia de autos el día 12 de mayo de 2017, el término para interponer la reclamación ante los tribunales de justicia expiraba a la medianoche del 19 de mayo del mismo año, habiendo sido presentada en el transcurso del día, razón por la cual la parte actuó de manera oportuna.

DÉCIMO PRIMERO: Que el error de derecho antes señalado ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo desde que llevó a declarar, pese a que no existían antecedentes que justificaran semejante determinación, la caducidad de la acción intentada en la especie debido a su extemporaneidad, sin emitir, además y por consiguiente, un pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido, por lo que el recurso de casación sustancial ha de ser acogido. ([Volver](#))

3.- Miranda y otro con Municipalidad de Olivar. Corte Suprema, Rol N°4233-2019, de 8 de junio de 2020.

Hechos del caso: Dos personas interpusieron reclamación de ilegalidad municipal en contra del Decreto N°522-2018, de 15 de marzo de 2018, expedido por el alcalde de la Municipalidad de Olivar, el cual rechazó el reclamo que ellos dedujeron en contra del Decreto N°221-2018, de 25 de enero de 2018, el cual rechazó el incidente de nulidad de todo lo obrado respecto del sumario administrativo abierto respecto de ellos, basado en la implicancia de la fiscal designada para dichos efectos. La reclamación fue desechada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, por lo cual, los actores dedujeron recurso de casación en el fondo.

Fundamento: *DÉCIMO: Que el reclamo materia de estos autos pertenece a la segunda de las categorías enunciadas, habida cuenta de que, por su intermedio, se persigue corregir una decisión de la Alcaldesa de la Municipalidad de Olivar en cuya virtud ordenó la instrucción de un sumario administrativo, investigación que se ha seguido, a juicio de los actores, con infracción de diversas normas y garantías que los favorecen. En esas condiciones, se hace necesario discernir si la vía escogida por los reclamantes para el logro de su pretensión es la adecuada a tal finalidad, a la luz de lo prescrito en el acápite b) de la disposición mencionada, o, lo que es lo mismo, si éstos, en su calidad de funcionarios municipales, se encuentran legitimados para plantear el presente arbitrio contencioso administrativo.*

DÉCIMO PRIMERO: Que la respuesta a esta interrogante debe buscarse en el examen de la normativa legal que, durante las últimas décadas, ha regulado lo concerniente al reclamo de ilegalidad, en cuanto instrumento idóneo para impugnar resoluciones u omisiones de los agentes municipales, agraviantes del interés privado de las personas.

Desde semejante perspectiva es preciso recordar que la Ley N° 11.860 publicada en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 1955, sobre Organización y Atribuciones de las Municipalidades, reguló el reclamo de ilegalidad por medio de su artículo 115, en cuyo inciso 2° se dispuso que, tratándose “de resoluciones u omisiones que afecten sólo el interés particular de una o más personas determinadas, únicamente éstas” se encuentran habilitadas para formular el reclamo aludido.

Con posterioridad se dictó el Decreto Ley N° 1289, de 12 de diciembre de 1975, nueva Ley Orgánica de Municipalidades, que derogó expresamente la mencionada Ley N° 11.860 y se preocupó del reclamo de ilegalidad –dándole una fisonomía muy similar a la que actualmente presenta-, en el artículo 5° transitorio.

En el párrafo b) este precepto franquea la posibilidad de hacer uso del señalado mecanismo de impugnación a las “personas agraviadas” con la conducta contraria a la ley del Alcalde o de otros funcionarios municipales, agregando en su inciso final que la Corte de Apelaciones, en el mismo fallo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

que acoge el reclamo, "podrá ordenar a la Municipalidad el pago de las remuneraciones municipales no percibidas por el reclamante".

DÉCIMO SEGUNDO: Que como quiera que en los dos cuerpos normativos recién citados se reconoce titularidad para reclamar de las ilegalidades que afectan el interés particular a las "personas" agraviadas, habida consideración del significado amplio que entraña el vocablo "persona" –todo individuo de la especie humana–, no cabía duda de que en él quedaban comprendidos los funcionarios municipales, los que se entendían legitimados para deducir el reclamo de ilegalidad en defensa de sus intereses particulares y, en tal sentido, se orientó la jurisprudencia mientras estuvo vigente dicha legislación.

DÉCIMO TERCERO: Que, sin embargo, la situación anterior varió con la dictación de la Ley N° 18.695, de 31 de marzo de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades, actualmente vigente.

En efecto, ésta regula en su artículo 82 –hoy 151, en virtud de ajustes posteriores– el reclamo de que se trata en términos parecidos a los del Decreto Ley N° 1289, pero al referirse en su acápite b) a la modalidad de impugnación de las ilegalidades que menoscaban el interés privado y, en lo más específico, a quienes, en su condición de agraviados, pueden interponerlo, en vez de la palabra "persona" usa la voz "particulares".

DÉCIMO CUARTO: Que una apreciación contextual de la norma examinada, que consagra un instrumento destinado a impugnar resoluciones u omisiones agraviantes del interés privado, que tienen su origen en el seno de una entidad municipal, concretamente, en la conducta del Alcalde u otro agente del municipio, lleva a concluir que el vocablo "particulares" no puede sino entenderse como destinado a personas extrañas al organismo municipal, como contrapuesto, por ende, al concepto de "funcionario", individuo institucionalmente ligado a él.

DÉCIMO QUINTO: Que asentadas como premisas en los razonamientos que anteceden tanto la inviabilidad del reclamo previsto en el artículo 151 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2006, que contiene el texto refundido de la Ley N° 18.695, bajo la modalidad de su letra b), por parte de empleados municipales, como el hecho de que quienes lo han planteado en estos autos invisten semejante condición, no cabe sino concluir, como lo ha decidido previamente esta Corte (verbi gracia, en autos rol N° 6440-2018, rol N° 22.659-2014 y rol N° 23.435-2014), que este arbitrio no resulta en la especie jurídicamente procedente, por cuanto los actores carecían de legitimación para proponerlo, sin que pueda permitirse que se discutan por esta vía cuestiones que necesariamente han de ventilarse en la sede y procedimientos que correspondan, pues admitir lo contrario implicaría, además, desnaturalizar el reclamo o recurso de ilegalidad, permitiendo su utilización para fines ajenos a aquellos para los que está previsto en la disposición legal precitada, que no son otros que evitar agravios o arbitrariedades de funcionarios municipales en contra de particulares.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

DÉCIMO SEXTO: Que, si bien los razonamientos previos bastan para desestimar el recurso en examen, resulta necesario dejar asentado, además, que éste se encuentra afectado por otro defecto que también impide su acogimiento.

En tal sentido es preciso precisar que el acto reclamado corresponde, en último término, a la decisión de la Alcaldesa de Olivar de desechar la solicitud de implicancia formulada por los actores de estos autos en contra de la fiscal María Elena Rodríguez Pino, encargada de la instrucción del sumario administrativo en el que ambos están siendo investigados, contenida en el Decreto N° 221 de 25 de enero de 2018.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que de los antecedentes de autos aparece con nitidez que el Decreto N° 221 forma parte del procedimiento administrativo que se sigue para indagar la responsabilidad administrativa de cualquier funcionario involucrado en los hechos materia de la pesquisa, así como para inquirir en torno a cualquier otra irregularidad administrativa de que se tome conocimiento con motivo de esa investigación.

En efecto, a propósito de la sustanciación de la indicada pesquisa los actores formularon sendos incidentes de nulidad de lo obrado basados en la implicancia de la fiscal instructora, peticiones que fueron desechadas mediante el acto censurado, mismo que, sin embargo, no puso término a dicha inquisitoria.

De este modo, y como resulta evidente, el Decreto Alcaldicio N° 221, que desestimó las referidas peticiones de los funcionarios investigados, se inserta y forma parte del procedimiento iniciado en la Municipalidad de Olivar para investigar eventuales actos de falta de probidad, de manera que debe ser entendido como un elemento que integra ese proceso y que, además, permite que el mismo avance hacia su conclusión, puesto que la resolución allí adoptada constituye un paso previo e indispensable para la adopción de la determinación final que ponga término a la investigación, ya sea sancionando a alguno de los empleados pesquisados o sobreseyendo el sumario.

DÉCIMO OCTAVO: Que, por lo demás, su naturaleza de acto trámite queda en evidencia por su sólo contenido, toda vez que por su intermedio fueron rechazados los incidentes de nulidad mencionados más arriba, defensas que, a su vez, fueron planteadas de manera previa a las alegaciones de fondo esgrimidas por cada uno de los funcionarios Miranda Arenas y Llanos Arévalo, quienes formularon sus descargos en subsidio de las peticiones de nulidad.

DÉCIMO NOVENO: Que asentada de este modo la naturaleza del acto impugnado, se debe determinar si puede ser impugnado a través de la acción prevista en el artículo 151 de la Ley N°18.695.

Para dilucidar dicha cuestión es preciso tener en consideración que los incisos 1° y 2° del artículo 15 de la Ley N° 19.880 limitan la posibilidad de impugnar tales actos al establecer que: “Todo acto

administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”.

VIGÉSIMO: Que, asimismo, es útil tener presente que en esta materia se ha señalado por la doctrina que: “son impugnables los definitivos; y los de trámite, sólo lo serán en circunstancias calificadas, que en términos generales se traducen en que causan efectos equivalentes a los propios de una resolución definitiva, es decir, cuando ‘determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión’” (Luis Cordero Vega. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Editorial Thomson Reuters. Año 2015, página 254).

Por su parte, lo dicho debe entenderse necesariamente a la luz del principio conclusivo, regulado por el artículo 8 del cuerpo legal antes citado, conforme al cual: “Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”, que se vincula con un deber legal de resolver y que busca evitar que el procedimiento administrativo se mantenga inconcluso indefinidamente. “Esto es lo que se conoce también como el principio in dubio pro actione: todo procedimiento ha de asegurar la dictación de una decisión final, que es el acto administrativo terminal: un decreto, una resolución o un oficio que se pronuncia sobre el fondo del asunto, materia o cuestión que ha sido objeto del procedimiento” (Claudio Moraga Klenner. “Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la Administración del Estado, Tomo VII”. Legal Publishing. Edición Bicentenario 2010, página 166).

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en este sentido cabe destacar, asimismo, que los actos administrativos de trámite se entienden dependientes del acto por el que se resuelve el procedimiento. Así, y con independencia de los actos trámites que ponen término al procedimiento o producen indefensión, el resto no es impugnabile, por lo que habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para que, por medio de la impugnación de la misma, sea posible denunciar las irregularidades o vicios que se estima afectan al primero, por lo que se traspasan a la decisión final.

Esta limitación de las actuaciones administrativas planteable tanto en los recursos administrativos como en los contenciosos administrativos, tiene su razón de ser en el intento de concentrar la totalidad de los motivos de impugnación que puedan afectar la legalidad de una cierta decisión administrativa en un único recurso, vía que puede incluir tanto los reproches dirigidos directamente a la resolución como aquellos que tienen por objeto discutir la legalidad de alguno de los actos de trámite.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que como colofón de lo hasta aquí referido sólo cabe señalar que la interpretación armónica de las normas antes referidas deja de manifiesto la intención del legislador

de imponer límites a la impugnación, que sólo procede en contra de los actos decisorios y de aquellos actos trámite que produzcan determinados efectos, esto es, que pongan fin al procedimiento o produzcan indefensión. El Decreto Alcaldicio N° 221, configurando un acto trámite, no causa, empero, ninguno de los dos efectos mencionados, razón por la que no es impugnabile a través del contencioso administrativo incoado en autos.

VIGÉSIMO TERCERO: Que al tenor de disquisiciones que preceden resulta evidente, entonces, que los jueces del mérito no incurrieron en los errores de derecho que se les reprochan y que, por la inversa, se limitaron a dar estricto y cabal cumplimiento a la normativa que regula la situación en examen.

En efecto, y tal como acertadamente se resuelve en el fallo en estudio, la acción intentada en autos resulta improcedente en los términos planteados, en tanto los actores carecen de legitimación para accionar; asimismo, y como consta en la misma sentencia que se examina, lo cuestionado en la especie es la determinación de la Alcaldesa de rechazar la implicancia planteada respecto de la fiscal a cargo del sumario, resolución que, efectivamente, corresponde a un acto trámite, pues sólo descarta la inhabilitación de la señalada funcionaria para continuar con la indagación y constituye, por lo mismo, una decisión previa y necesaria para la dictación del acto administrativo definitivo, vale decir, de aquel que ponga término al procedimiento de que se trata y que puede ser, eventualmente, objeto de impugnación.

Así las cosas, es necesario dejar expresamente asentado que no existen elementos de juicio que permitan acoger la tesis del recurrente, en tanto no se advierte la vulneración de la garantía del debido proceso ni la indefensión invocada por éste en su defensa. No es efectivo, como se plantea en el arbitrio en examen, que no exista posibilidad de atacar el vicio de ilegalidad cuya concurrencia acusan los actores, sino que, por el contrario, es lo cierto que, dictada la resolución que ponga término al sumario administrativo, su defensa podrá ejercer los recursos y acciones que estime pertinentes, conforme a lo razonado en lo que antecede y para el caso de que ello fuere procedente, con el objeto de salvaguardar sus intereses, todo lo cual pone de relieve que, en lugar de la referida indefensión, lo que ha sucedido en la especie es que se ha diferido, y no impedido, la impugnación de los defectos de que se trata.

En otras palabras, los antecedentes aparejados permiten descartar los fundamentos en que se sustenta el arbitrio de los reclamantes, desde que los falladores del mérito no han vulnerado las normas cuya infracción se denuncia por su intermedio. ([Volver](#))

4.- Salazar con Isapre Colmena Golden Cross. Corte Suprema, Rol N°33.331-2019, de 9 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de la negativa de Isapre Colmena Golden Cross a acceder al cambio de plan de Line Cla 6114 al Adriático 3118 porque el 7% de cotización de salud es inferior al valor que detenta el plan pretendido.

La sentencia de primer grado rechazó el recurso y, en consecuencia, la actora dedujo recurso de apelación en contra de esta decisión.

Fundamento: *SEXTO: Que el 24 de abril de 2006 se publicó en el Diario Oficial el D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2763, de 1979 y las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, que en lo que interesa al caso de autos, señala en su artículo 131 que: “El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse”, agregando en el artículo 156: “Los afiliados podrán, en cualquier momento, optar por ingresar con sus familiares beneficiarios a una Institución de Salud Previsional, en la forma y condiciones previstas por el Libro III de esta Ley”.*

SEPTIMO: Que de lo que se viene señalando es posible concluir que la regla general, en lo que dice relación con el otorgamiento de prestaciones de salud, es que éstas sean suministradas por entes públicos y que sólo por una decisión voluntaria y expresa del afiliado las mismas puedan ser prestadas por una entidad privada, prestaciones que tienen contenidos mínimos establecidos en la ley, como también las restricciones y límites al ejercicio de las voluntades al interior del contrato.

OCTAVO: Que en consecuencia la única manera de optar por el sistema privado de salud es a través de una manifestación expresa de voluntad, la cual se materializa en la suscripción de un contrato de salud con alguna de las Instituciones de Salud Previsional, según lo dispone el artículo 184 del D.F.L. N° 1 de 2005, de Salud.

NOVENO: Que la sola existencia de un contrato importa reconocer la concurrencia de dos voluntades, las que tienen como objeto el establecer un vínculo jurídico determinado, el cual será el resultado de un proceso racional de toma de decisiones, pues las partes han evaluado todas las variables que pueden concurrir, sean éstas positivas o negativas.

DECIMO: Que lo anterior pone de manifiesto que tanto el futuro afiliado como la Institución Previsional de Salud, han de poder evaluar la pertinencia de contratar, para lo cual resulta lógico sostener que por un lado el primero comparará la cobertura ofrecida en relación al precio, y por otro, la Institución analizará y evaluará el riesgo que asume al contratar.

Para lo anterior la calidad de la información resulta trascendental, y es por ello que se permite a la Institución de Salud el instar por conocer el estado de salud de la contraparte, cuestión que hace a través de la declaración de salud, la que encuentra su regulación en el numeral 6 del artículo 190 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

UNDECIMO: *Que cabe señalar que, si bien se le reconoce la libertad de contratación a la Institución, la misma encuentra su límite en la imposibilidad que tiene la entidad de salud privada de proceder a efectuar discriminaciones, a priori, de grupos de personas que no se basen en su estado de salud.*

Lo anterior ha sido recogido por la Superintendencia de Salud, la cual por medio de la Circular IF/ N° 160, de 3 de noviembre de 2011, modificada por la Resolución Exenta SS/N° 39, de 10 de enero de 2012, incorporadas en el Compendio de Normas Administrativas en Materia de Procedimientos, dispuso en el Capítulo I, Título I: “Las Isapres, al momento de la suscripción del contrato de salud con un futuro cotizante, sólo pueden evaluar el riesgo individual de salud de esa persona y sus beneficiarios, utilizando para ello la declaración de salud, en la forma indicada en el N°2 de este título, y sólo podrá negar la afiliación, basada en dicha evaluación, si así lo decide. Por lo anterior, las instituciones de salud previsional no podrán excluir de la posibilidad de solicitar la afiliación, a priori, a ningún grupo de personas, basadas en consideraciones tales como el sexo, edad, condición de salud, condición laboral, etnia, preferencia sexual u otras de los futuros cotizantes y/o sus beneficiarios.”

DÉCIMO SEGUNDO: *Que de lo razonado es posible concluir que las Instituciones de Salud Previsional, en tanto parte de un contrato, cuentan con la facultad de decidir si aceptan o no la oferta de afiliación efectuada por el particular, siempre y cuando el rechazo encuentre su fundamento en el riesgo individual de salud de esa persona y sus beneficiarios, información que sólo pueden obtener por medio de la declaración de salud.*

DÉCIMO TERCERO: *Que de los antecedentes del recurso aparece que la única razón que consideró la recurrida para denegar el cambio de salud solicitado fue la capacidad financiera de la actora, al estimar que no estaba en condiciones de pagar un plan de salud cuyo valor fuese superior al equivalente al 7% su cotización de salud, cuestión que no justificó de modo alguno y que no es un argumento plausible a estos efectos toda vez que la ley no hace referencia a dicho aspecto para negar una modificación del plan de salud, a mayor abundamiento es preciso agregar que es un hecho público y notorio que las Isapres, cuando se incorpora una carga legal o médica por el afiliado, cursan sin reparo el cobro adicional aun cuando el valor del plan de salud, dado el número de beneficiarios, supere el monto de la cotización de salud obligatoria, sin cuestionar la capacidad económica de éste, lo que resulta incoherente con el actuar que ha manifestado ante la actora.*

DÉCIMO CUARTO: *Que en virtud de lo razonado, la decisión del órgano recurrido de negarse al cambio de plan solicitado por la actora deviene en arbitraria, pues carece de fundamento e ilegal al argüir un supuesto que no contempla el legislador. Además, infringe la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, toda vez que representa una discriminación respecto del resto de la población que en iguales condiciones de salud y condiciones económicas puede optar a dicho plan. ([Volver](#))*

5.- Cárcamo y otra con Contraloría General de la República. Corte Suprema, Rol N°41.254-2019, de 10 de junio de 2020.

Hechos del caso: Dos personas interpusieron una acción de protección en contra de la Contraloría Regional de Los Ríos, por haber emitido las Resoluciones N°s. 4160 y 4168, ambas de fecha 14 de octubre de 2019, que desestiman las reconsideraciones presentadas por las recurrentes respecto de los Oficios N°s. 3343 y 3345, de 8 de agosto de 2019, y solicita acoger el recurso y que, previo reconocimiento del derecho al fuero maternal que les asistía a las recurrentes al vencimiento de la relación laboral, se ordene su reincorporación al servicio y el pago de todas las remuneraciones desde la fecha de la separación hasta su efectiva reincorporación.

Fundamento: *Sexto: Que, en relación a la falta de legitimación pasiva invocada, se hace necesario destacar que esta institución procesal ha sido definida como un atributo jurídico “que permite al demandado acudir a un órgano jurisdiccional a defender, mediante el ejercicio de excepciones, una posición jurídica contraria a las pretensiones que la actora hubiere planteado en su contra a través de la demanda, la cual le permite la realización de determinado tipo de facultades dentro de un proceso” (José Ramón Cossio (2007). “Las partes en las controversias constitucionales”, Cuestiones Constitucionales, N° 16, enero-junio, pp. 89-135, p. 92).*

También se ha expresado sobre este tópico que “la legitimación pasiva es aquella cualidad que debe poder encontrarse en el demandado y que se identifica con el hecho de ser la persona que –conforme a la ley sustancial– está legitimada para discutir u oponerse a la pretensión hecha valer por el demandante en su contra. En razón de lo anterior, es que únicamente a él corresponderá contradecir la pretensión y sólo en su contra se podrá declarar la existencia de la relación sustancial objeto de la demanda”. (Cristián Maturana Miquel. Disposiciones Comunes a todo Procedimiento, Universidad de Chile, 2003, pág. 63).

La legitimación pasiva requiere, entonces, que la persona en contra de quien se dirige una acción tenga -en la relación jurídica material que se deduce en el proceso una determinada posición que la habilite para ser objeto de una pretensión formulada por un sujeto activo igualmente legitimado, y en condiciones de ser examinada por el órgano jurisdiccional en cuanto al fondo.

Séptimo: Que, despejado lo anterior, es patente que la alegación de falta de legitimación pasiva no puede ser acogida, toda vez que la acción ha sido enderezada en contra del órgano que dictó los actos que, a juicio de un legítimo contradictor, son ilegales y arbitrarios, y que constituirían privación, perturbación o amenaza de los derechos fundamentales y garantías invocados en el libelo.

Lo anterior no se ve alterado por el petitorio del recurso, por cuanto la naturaleza especialísima de la acción constitucional de protección otorga a esta Corte, en caso de acoger el recurso, la potestad para adoptar cualquier medida que estime necesaria para restablecer el imperio del derecho y asegurar la

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

debida protección del afectado, entre ellas la reincorporación de las recurrentes a las funciones que desempeñaban hasta antes del término de la relación laboral que las vinculaba con el Servicio de Salud de Valdivia.

Octavo: Que, en cuanto al fondo, la controversia gira en torno a determinar si el Dictamen N° 20.921 de 21 de agosto de 2018, emitido por el Contralor General de la República, resulta o no aplicable a las recurrentes.

Sobre el tópico, lo primero que se debe destacar es que a través del aludido Dictamen el Contralor General reconsideró el criterio que hasta entonces había sostenido a propósito de la inaplicación del fuero maternal respecto de funcionarias contratadas en calidad de “reemplazo”, como ocurre con la forma de contratación a que se refiere el artículo 4 de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo. Así, en el Dictamen N° 19.511 de 2009 se sostuvo que, en las contrataciones dispuestas para reemplazar a otros servidores públicos, éstas sólo se extienden durante la ausencia del titular, de forma que una vez que este último reasume sus funciones, termina la relación laboral del reemplazante. Por ende, el fuero maternal a que pudieren tener derecho las reemplazantes sólo abarca dicho período de ausencia, dada la naturaleza transitoria de su función.

Noveno: Que, como se dijo, el discernimiento anterior fue reconsiderado por el Contralor General de la República por medio del Dictamen N° 20.921 de 21 de agosto de 2018 que, en lo que interesa al recurso, concluyó que la circunstancia de contratar a una trabajadora para sustituir a otra, como acontece –por ejemplo- en las contrataciones de reemplazo, lo es sin perjuicio de su derecho de hacer valer el fuero maternal establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo, en cuyo caso, será únicamente el juez del trabajo la autoridad facultada para determinar si autoriza a finalizar el vínculo por el hecho de que una ley disponga un plazo o una condición para concluir la relación laboral, a través del procedimiento de desafuero contemplado en la legislación del ramo, cuando el empleador ha invocado como causal de expiración la establecida en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo.

Décimo: Que la recurrida no ha negado que las actoras se encuentren en la situación descrita en el Dictamen N°20.921, sino que su negativa se asienta en razones de seguridad jurídica, en la intangibilidad de los actos administrativos atendida la presunción de legalidad, imperio y eficacia prevista en el artículo 3° de la Ley N°19.880, y en la imposibilidad de aplicar retroactivamente, respecto de situaciones jurídicas consolidadas, discernimientos adoptados en forma posterior al examen del asunto sometido al órgano de control. Éste sería el criterio plasmado, entre otros, en los Dictámenes N°s.14.292 de 2007, 25.661 de 2010, 18.219 de 2016 y 1.203 de 2019.

Undécimo: Que, aun cuando es de suyo evidente, no resulta ocioso recordar que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, por expreso mandato de los artículos 9 y 19 de la Ley N°10.336, sólo es vinculante para la Administración, pero no para la Jurisdicción. En este

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

contexto, corresponde analizar si los actos impugnados son ilegales o arbitrarios, como sostienen las recurrentes.

Duodécimo: Que, bien mirado el asunto, la negativa del recurrido de dar aplicación al Dictamen N° 20.921 se sustenta –en lo esencial- en razones de seguridad jurídica y en la supuesta imposibilidad de aplicarlo de manera retroactiva, esto es, a situaciones jurídicas que se han consolidado bajo un criterio diferente al que es reconsiderado por el nuevo dictamen.

Se trata, por tanto, de un asunto inserto en el problema más general de la vigencia de los Dictámenes de la Contraloría General que constituyen su jurisprudencia administrativa.

Décimo tercero: Que, en nuestro ordenamiento jurídico la irretroactividad suele estar asociada al problema de la vigencia temporal de las leyes, existiendo escasa doctrina y jurisprudencia judicial en torno a la irretroactividad de los Dictámenes de la Contraloría, pese a la regla especial contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.880 que se analizará más adelante.

Así, el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Carta Fundamental prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, a menos que la nueva ley favorezca al afectado, disposición que es replicada –con algunos matices- en el artículo 18 del Código Penal. Por su parte, el inciso primero del artículo 9 del Código Civil, inserto en el Título Preliminar, párrafo 3° denominado “Efectos de la Ley”, prescribe que: “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”, estableciendo un caso de excepción en su inciso segundo. Posterior a la entrada en vigencia del Código de Bello, el problema de la irretroactividad de la ley se encuentra debidamente regulado en la Ley sobre Efecto Retroactivo de Las Leyes del año 1861.

De esta manera, el análisis dogmático y jurisprudencial de la irretroactividad se ha centrado básicamente en la ley, distinguiéndose entre el efecto retroactivo y el efecto ad praeterita de la ley. En el caso del primero, se trata de una facultad del legislador, quien por su voluntad decide incorporar situaciones ocurridas con anterioridad a la dictación de la ley, mientras que el segundo, se refiere al carácter que es propio y excluyente de las leyes interpretativas, esto es, que se entienden incorporadas a la norma interpretada, siendo ésta un límite temporal a la vigencia de la interpretación (Alejandro Guzmán Brito. “La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno”. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, pp. 157-160).

Décimo cuarto: Que, en relación con la retroactividad de los actos administrativos, el artículo 52 de la Ley N°19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos dispone que: “Retroactividad. Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”. Por su parte, la Ley N° 10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República no contiene normas que se refieran a la aplicación retroactiva de los dictámenes de la entidad de control.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Cabe recordar que el artículo 2 de la Ley N° 19.880 señala de manera expresa que su ámbito de aplicación considera a la Contraloría General de la República, de modo que el concepto de “acto administrativo” a que se refiere su artículo 3 resulta también aplicable al órgano de control y, por consiguiente, a sus dictámenes.

Décimo quinto: Que, en este entendimiento, los Oficios N°s. 4160 y 4168 y el Dictamen N° 20.921 del Contralor General son actos administrativos, de modo que debe recibir aplicación la norma establecida en el artículo 52 de la Ley N° 19.880. De esta manera, si bien la regla general es la irretroactividad de los actos administrativos, la excepción se verifica cuando los actos “produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”, cuyo es el caso, pues es indudable que el discernimiento plasmado en el Dictamen N° 20.921 produce consecuencias favorables para las recurrentes, desde el momento que extiende la institución del fuero maternal a las funcionarias contratadas en calidad de reemplazo, esto es, para desempeñar funciones transitorias y mientras dure la ausencia del titular.

Décimo sexto: Que, así esbozado el problema, en doctrina se discute si acaso puede aplicarse a los Dictámenes de la Contraloría la distinción entre el efecto retroactivo y el efecto ad praeterita. Dicho de otro modo, se plantea la duda sobre si resulta aplicable al caso de la jurisprudencia administrativa la distinción que –para el caso de la ley– desarrolla el Código Civil en su artículo 9: el inciso primero se referiría al efecto retroactivo (estableciendo la irretroactividad de la ley como regla general), mientras que el inciso segundo, más que una excepción al inciso primero, constituiría un caso de efecto ad praeterita.

El problema es relevante, pues si se concluye que los dictámenes de la Contraloría pueden quedar sometidos al efecto ad praeterita, entonces el nuevo dictamen se entiende incorporado a la norma interpretada, siendo ésta un límite temporal a la vigencia de la interpretación.

Décimo séptimo: Que, para resolver, es preciso subrayar que lo que ha cambiado con la emisión del Dictamen N° 20.921 no es, desde luego, la norma legal, pues el artículo 201 del Código del Trabajo mantiene su redacción, sino que la modificación se produce en la interpretación del precepto por parte del órgano llamado constitucionalmente a fijar el sentido y alcance de las disposiciones del Estatuto Administrativo y, en general, de las normas que rigen a los órganos de la Administración del Estado.

En este sentido, si bien la jurisprudencia administrativa de la Contraloría rige in actum, ello no obsta –dado que el legislador no lo ha prohibido– a que el nuevo discernimiento quede sometido al efecto ad praeterita. En concreto, y en virtud del señalado efecto, el Dictamen N° 20.921 de 21 de agosto de 2018 debe recibir aplicación en el caso de marras, por así disponerlo el artículo 52 de la Ley N° 19.880. De lo contrario, se afectaría gravemente la igualdad ante la ley y el principio de buena fe administrativa.

En resumen, frente a esta tensión entre la igualdad ante la ley y la buena fe administrativa, por un lado, y la seguridad jurídica, por el otro, el legislador ha optado por una solución intermedia, debiendo analizarse en cada caso particular si un nuevo Dictamen que resulta favorable al administrado, puede aplicarse o no a situaciones acaecidas antes de su entrada en vigencia.

Décimo octavo: Que la interpretación anterior armoniza con el deber de protección universal de la maternidad que el Estado de Chile adquirió al suscribir diferentes instrumentos internacionales sobre la materia.

En un breve repaso histórico y sin pretensiones de exhaustividad, cabe destacar que ya en 1919 el Convenio N°3 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) incluía en su artículo 4 el fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. Posteriormente, la OIT adoptó el Convenio N° 103 de 28 de junio de 1956, cuyo artículo 6 perfeccionó el derecho a fuero maternal que había establecido el Convenio N° 3. Por último, el Convenio N° 183 de la OIT de fecha 15 de junio de 2000, contempla igualmente el derecho a fuero maternal. Resulta de interés subrayar el carácter universal de las normas de protección de la maternidad que consagra su artículo 2°, al prescribir que sus disposiciones se aplican a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente”. En lo que importa al recurso, el artículo 8 del Convenio perfecciona y protege aún más el derecho a fuero maternal, explicitando que el onus probandi en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador. Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad.

Décimo noveno: Que, en el ámbito interno, las normas internacionales son secundadas por el Código del Trabajo, cuyo artículo 201 dispone que: “Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174”. Asimismo, el artículo 194 en su inciso primero señala que: “La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado”. El inciso tercero agrega: “Estas disposiciones beneficiarán a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, comprendidos aquellos que trabajan en su domicilio y, en general, a todos los que estén acogidos a algún sistema previsional”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Vigésimo: Que el Estado de Chile ha adquirido el deber de proteger la maternidad a través de reglas universales, esto es, que resulten aplicables a la totalidad de las trabajadoras del país que prestan servicios personales bajo vínculo de subordinación y dependencia, independiente de si el trabajo se ejecuta en el ámbito público o privado.

En este sentido, el Dictamen N° 20.921 de 21 de agosto de 2018 del Contralor General va en la dirección correcta al reconsiderar su jurisprudencia anterior y extender el derecho a fuero maternal en favor de trabajadoras que han sido contratadas por la Administración en calidad de reemplazo, esto es, para desempeñar funciones transitorias y mientras dure la ausencia del titular.

Vigésimo primero: Que, por consiguiente, al negarse a las recurrentes la posibilidad de aplicar el Dictamen N°20.921 que sin duda las beneficia, aduciendo la recurrida una supuesta imposibilidad de aplicación retroactiva por razones de certeza jurídica y de consolidación de situaciones jurídicas al alero de otra jurisprudencia administrativa, ha incurrido en un acto ilegal, al desatender el texto expreso del artículo 52 de la Ley N°19.880 que permite la aplicación retroactiva de los actos administrativos cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.

Además, la negativa de la recurrida es arbitraria, toda vez que la desvinculación de las actoras tuvo lugar el 27 y 30 de julio de 2018, es decir, unos pocos días antes de la emisión del Dictamen N° 20.921 de 21 de agosto del mismo año, por lo que la afectación de la seguridad jurídica, en este caso concreto, resulta a lo menos cuestionable, debiendo primar la garantía constitucional de la igualdad ante la ley y la buena fe administrativa. De esta manera, la recurrida ha afectado la señalada garantía, por cuanto ha dado a las recurrentes un trato diferenciado en relación con aquellas trabajadoras que sí resultaron beneficiadas con la aplicación del Dictamen N° 20.921, por el sólo hecho que su situación jurídica se consolidó bajo el nuevo discernimiento plasmado por el Contralor General de la República, cuestión que determina el acogimiento del recurso en la forma que se dirá en lo resolutivo. ([Volver](#))

6.- Castillo con Google Chile Ltda. Corte Suprema, Rol N°54-2020, de 10 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de Google Inc., solicitando se le ordene retirar de su motor de búsqueda una serie de noticias relacionadas con un delito por el cual él fue condenado en el año 2008 y respecto del cual ya cumplió dicha pena, las cuales siguen apareciendo, a pesar de todo el tiempo transcurrido desde entonces.

La Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción constitucional, por lo cual, el actor dedujo recurso de apelación.

Fundamento: Segundo: *Que, dado que la información cuestionada por el actor se contiene en un sitio web denominado blog, una de cuyas características es o puede ser el anonimato del autor de la publicación, como ocurre en la especie, esta Corte ordenó a la Policía de Investigaciones de Chile, por*

intermedio de su brigada especializada, recabar antecedentes a fin de individualizar al autor de la entrada, informando la policía que con fecha 9 de marzo de 2020 se remitió oficio “al área legal de Google LLC, en Estados Unidos (...), sin embargo, a la fecha de confección del presente escrito aún no se ha recibido respuesta por parte de la empresa norteamericana”.

Es relevante precisar que la diligencia ordenada a la PDI tuvo por única finalidad, la individualización del autor de la publicación, para que -una vez individualizado informara al tenor del recurso de protección.

Tercero: Que un blog o bitácora de Internet es un sitio web que incluye, a modo de diario personal de su autor o autores, contenidos de su interés, que suelen estar actualizados con frecuencia y a menudo son comentados por los lectores. De hecho, cualquier persona y en cualquier parte del mundo, puede crear un blog de manera gratuita, siguiendo algunos sencillos pasos previos estandarizados.

Cuarto: Que, en este contexto, la sentencia invocada en el recurso de apelación, pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Google Spain SL y Google Inc. con Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja”, no resulta aplicable en la especie, por varias razones, siendo la principal que el aludido fallo únicamente tiene imperio y resulta vinculante para los Estados que forman parte de la Unión Europea.

Por lo demás, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado en fallos posteriores al caso Google Spain con Costeja, que “el gestor de un motor de búsqueda no está obligado a retirar los enlaces en todas las versiones”, sino solo en las de la Unión Europea (...)

Quinto: Que esta Corte ha sostenido de manera reiterada que el llamado “derecho al olvido” no se encuentra establecido en nuestra legislación, y que los motores de búsqueda de Internet no son responsables de los datos que crean los usuarios, sino que su función se limita a indexar la información, la que es creada por terceros al amparo de la libertad de emitir opinión y de información garantizada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, con las limitaciones y responsabilidades allí establecidas.

Lo anterior es sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la sentencia dictada por esta Corte Suprema en los autos Rol CS N° 19.134-2019, las que no concurren en la especie. ([Volver](#))

7.- Álvarez con Superintendencia de Pensiones. Corte Suprema, Rol 19.548-2020, de 11 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de la Superintendencia de Pensiones, por cuanto ésta, a través de Resolución N° C.M.C.8872/2019 de la Comisión Médica de la Región de Coquimbo, rechazó la solicitud de pensión de invalidez, luego de hacer lugar al reclamo interpuesto por las aseguradoras en contra de

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Resolución N° C.M.C. 7187/2019, rebajando el porcentaje de incapacidad en términos que implicaron negarle la pensión de invalidez solicitada por la recurrente.

Fundamentos: *Quinto: Que, de los hechos asentados en el motivo tercero, queda en evidencia que, en el mes de enero del año 2019, la Comisión Médica Central determinó que la incapacidad global de la recurrente alcanzaba un 81%, porcentaje que la Comisión Médica Central varió en julio del mismo año al establecer nuevamente que alcanzaba un 25%, cifra que mantuvo en la resolución N° C.M.C. 887/2019.*

Sexto: Que el artículo 11 del Decreto Ley N° 3.500 establece el procedimiento al que se deben someter las solicitudes de calificación de invalidez, contemplando una primera etapa en que ésta es efectuada por la respectiva Comisión Médica Regional, cuyas decisiones o dictámenes son reclamables por el solicitante, por el Instituto de Previsión Social o por las compañías de seguro, según el caso, mediante solicitud fundada ante la Comisión Médica Central de la Superintendencia de Pensiones, conforme las reglas establecidas entre las letras a) y d) del mismo artículo.

En estas circunstancias, los procesos administrativos de calificación de invalidez no sólo deben ajustarse a la legalidad y, en especial, a las disposiciones que contiene la norma recién aludida, sino que deben también estar dotados de la necesaria racionalidad exigible en general al actuar de la Administración, cualidad incompatible con el errático comportamiento de la Comisión Médica Central evidenciado en la fluctuante determinación del porcentaje de incapacidad o invalidez que afecta al recurrente, sin exponer los fundamentos que justifiquen conclusiones tan diversas.

Refuerza la conclusión anterior, el hecho que la Comisión de Medicina Preventiva de la Región de Coquimbo en el año 2007, a través de Resolución N° 833 de 7 de diciembre de ese año, constató que la recurrente a esa fecha tenía un grado de incapacidad del 66% por patologías afines a las que han sido calificadas en la resolución objeto del presente recurso.

Séptimo: Que, de esta manera, en la especie el comportamiento de la Comisión Médica Central deviene en arbitrario, por carecer de la debida coherencia entre los actos previos y posteriores que lo conforman y, asimismo, de racionalidad en los términos ya indicados, e importa una discriminación en perjuicio de la actora en relación con otras personas que, en condiciones jurídicas equivalentes, han sido favorecidas con procedimientos de calificación de invalidez racionales y justos.

Octavo: Que, en consecuencia, habiendo incurrido la Comisión Médica Central en un comportamiento arbitrario que atenta contra la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, la presente acción cautelar debe ser acogida, ordenándose a la Comisión Médica Central que disponga una reevaluación de la condición de salud y grado de invalidez de la recurrente por una comisión de médicos diversa a aquéllas que ya han intervenido en el proceso.

Noveno: Que no es obstáculo para decidir de este modo la alegación de falta de legitimación pasiva formulada por la Superintendencia de Pensiones, toda vez que, como se ha dicho, la medida que se dispondrá para restablecer el imperio del derecho no está dirigida a ella sino a la Comisión Médica Central que informó en autos. ([Volver](#))

8.- Molina con Labra y otras. Corte Suprema, Rol 24.528-2020, de 11 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de otras tres personas, por haber subido a un grupo de la red social Facebook, publicaciones de carácter arbitrario e ilegales que la difaman.

La acción constitucional fue rechazada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, por lo que la actora dedujo recurso de apelación.

Fundamentos: *Quinto: Que el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política garantiza “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”, por lo que no cabe duda que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida privada de las personas y su honra.*

Así también ocurre en el ámbito internacional, en el que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuyo texto fue aprobado en la resolución N° 217 de 3 de marzo de 2009, prescribe en su artículo 12 que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Por su parte la Convención Americana, Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por Chile y publicada el 5 de enero de 1991, en su artículo 5 señala: “N° 1 Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” y en su artículo 11 N° 1 establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; en su número 2, que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”; y en su número 3°, que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Sexto: Que, de lo señalado precedentemente, resulta posible colegir que el derecho a la honra de la recurrente, consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, no ha sido perturbado con las publicaciones objeto de la presente acción, toda vez que del tenor de las mismas se desprende que ellas tienen por objeto dar a conocer una opinión acerca del desempeño profesional de las matronas del referido recinto hospitalario donde se desempeña la recurrente, refiriéndose en particular a una profesional distinta a la recurrente, siendo insuficiente para configurar la ilegalidad denunciada en el recurso, la fotografía publicada por la recurrida Norma Ortiz Silva, en la que se observan a tres profesionales de la salud con un letrado que señala “Parto Respetado. Matronas Hospital El Pino” en la que aparecería la recurrente junto a otras dos matronas, según lo señaló en el recurso.

En efecto, si bien junto a la publicación de la aludida fotografía, la señora Ortiz Silva publicó “...Parto respetado... es una burla sufrí violencia obstétrica, negligencia médica, mataron a mi hija, me sacaron mi útero, me dieron una sobre dosis[sic] me[sic] morfina y dicen que el parto es respetado, por dios[sic] esto ya no puede seguir...”, comentario que realizó al tiempo que encerraba con un círculo la frase “Reparto Respetado” que se observa en la imagen en análisis, cierto es que en la publicación no se señala la identidad de las imágenes femeninas que se observan en la fotografía, además del hecho de ser matronas del Hospital El Pino, lo que resulta insuficiente para tener por configurada la perturbación o amenaza ilegal o arbitraria a la honra de la actora, frente a la libertad de emitir opinión que asiste a la recurrida.

En el mismo sentido, la convocatoria a manifestarse que realizó la recurrida Fabiola Aliante Muñoz en una red social, no puede ser considerada atentatoria a los derechos de la recurrente, sino más bien el ejercicio del derecho de reunión previsto en el artículo 19 N° 13 de la Constitución Política de la República de esta recurrida.

Y en cuanto a la recurrida doña Paola Labra Stipo, como se señaló anteriormente, nada se acreditó a su respecto, pues la publicación que habría realizado en las redes sociales, no fue acompañada por la actora y el recurso se tuvo por informado en su rebeldía.

Séptimo: Que atendido lo razonado precedentemente, no habiéndose acreditado que las recurridas incurrieron en conductas arbitrarias e ilegales que vulneran las garantías fundamentales de la recurrente, el recurso de protección debe ser desestimado. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- COVID-19, calificación enfermedad de origen laboral, enfermedad profesional, acreditación, instrucciones, atribuciones SUSESO. Dictamen N°9761, de 10 de junio de 2020.

Hechos del caso: Un grupo de diputados solicitó un pronunciamiento acerca de la legalidad del oficio N°1124, de 16 de marzo de 2020, de la Superintendencia de Seguridad Social, mediante el cual ese organismo instruyó a las entidades sometidas a su fiscalización que, en consideración a que nuestro país ha entrado en la fase 4 de la pandemia por coronavirus 2019 (COVID-19), “se determina que las denuncias de enfermedad (DIEP) no podrán ser calificadas como de origen laboral”, tomando en cuenta que “en esta etapa podría no tenerse suficiente seguridad respecto a la trazabilidad del contagio, no siendo posible así establecer de manera indubitable la exposición de tipo laboral”.

Agrega que “No obstante lo anterior, en las situaciones en que si se pudiera establecer dicha trazabilidad como de origen del trabajo, el caso podrá ser calificado como de origen laboral”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Fundamento: *Al respecto, cumple indicar, en primer término, que según lo previsto por los artículos 1º, inciso quinto, y 30 de la ley N° 16.395, corresponde a la SUSESO la supervigilancia y fiscalización de los regímenes de seguridad social y de protección social -incluido el seguro social contra riesgos del trabajo y enfermedades profesionales regulado en la ley N°16.744 y sus reglamentos-, y la fiscalización de las instituciones que los administren.*

A su vez, el artículo 2º, letras a) y b), de la citada ley N° 16.395 contempla entre las funciones de la SUSESO fijar, en el orden administrativo, la interpretación de las normas legales y reglamentarias de seguridad social de su competencia, y dictar las circulares, instrucciones y resoluciones a las entidades sometidas a su supervigilancia, en tanto sean necesarias para el ejercicio de las funciones y atribuciones que le confiere esta ley. Asimismo, está facultada para impartir instrucciones a las instituciones sometidas a su fiscalización sobre los procedimientos para el adecuado otorgamiento de las prestaciones que en cada caso correspondan, dentro del ámbito de su competencia.

Lo anterior, es sin perjuicio del ejercicio de las facultades de fiscalización de esta Contraloría General respecto al funcionamiento de las entidades y servicios públicos, conferidas por los artículos 98 de la Constitución Política de la República, y 1º y 6º, inciso primero, de la ley N° 10.336, en virtud de las cuales este Organismo de Control se encuentra habilitado para verificar que la SUSESO actúe dentro del ámbito de sus atribuciones y de acuerdo con los procedimientos establecidos al efecto, contexto en el cual se emite el presente pronunciamiento, sin que corresponda a esta Entidad de Control revisar el mérito de la decisión adoptada por esa entidad.

En primer término, cumple con señalar que el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, regulado en la ley N° 16.744, otorga cobertura de prestaciones médicas y económicas a los trabajadores que sean víctimas de un accidente de trabajo o a quienes se les diagnostique una enfermedad profesional, según lo dispuesto en los artículos 28 y siguientes de dicho cuerpo normativo.

En relación con la materia, el artículo 5º, inciso primero, de la ley N° 16.744 define como accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte. Agrega su inciso segundo, en lo que importa, que también lo son aquellos ocurridos en el trayecto directo, de ida o de regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores.

En tanto, el inciso final de la misma norma dispone que se exceptúan los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima, y que la prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador.

Por su parte, el artículo 7º de la citada ley N° 16.744 señala que es enfermedad profesional la causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le

produzca incapacidad o muerte. Luego, su inciso segundo entrega a un reglamento la enumeración de las enfermedades que deben ser consideradas como profesionales, lo que no obsta a que, conforme a su inciso tercero, los trabajadores puedan acreditar ante el respectivo organismo administrador el carácter profesional de alguna enfermedad no prevista en ese reglamento y que hubieren contraído como consecuencia directa de la profesión o del trabajo realizado.

A su vez, en virtud de lo dispuesto en los artículos 22 del decreto N° 109, de 1968, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y 72, letra a), del decreto N° 101, del mismo año y origen, corresponde al respectivo organismo administrador practicar los exámenes que procedan para estudiar la eventual existencia de una enfermedad profesional, en caso que existan o hayan existido en el lugar de trabajo agentes o factores de riesgo que pudieran asociarse a ésta.

Habida consideración de lo anterior, cumple con precisar, en primer término, que para determinar la posible cobertura del COVID-19 por el seguro de la ley N° 16.744, la norma a analizar es el artículo 7° de dicho texto legal, relativo a las enfermedades profesionales, y no el 5°, sobre accidentes del trabajo, como plantean los recurrentes.

Ahora bien, de acuerdo al tenor del citado artículo 7°, para que el COVID-19 se entienda como una enfermedad profesional cubierta por el seguro de la ley N° 16.744, se requiere comprobar que se contrajo a causa del trabajo, es decir, de manera directa por el ejercicio de éste.

Puntualizado lo anterior, cabe indicar que, según la Organización Mundial de la Salud, la etapa 4 del COVID-19 es aquella caracterizada por la transmisión sostenida del virus en el país, es decir, éste se considera generalizado, existe circulación viral y dispersión comunitaria de la enfermedad, contexto en el que se pierde la trazabilidad de los casos, ya que no es posible identificar el origen de algunos de ellos.

Al respecto, la propia SUSESO en su oficio N° 1.013, de 5 de marzo de 2020, sostuvo en relación con la evolución del contagio que “si la enfermedad se propaga a nivel nacional resultará muy difícil de establecer su relación de causalidad directa con el trabajo, debido a que en dicha situación, el contagio podrá darse tanto en espacios y actividades que sean o no laborales. Es decir, en una eventual situación de expansión del contagio entre la población, no será posible determinar en qué circunstancias se dio éste (cómo, cuándo y dónde se produjo), no pudiendo establecerse la relación directa y en cuya situación no podrá ser considerado como de origen laboral”.

Pues bien, atendidos los términos del artículo 7° de la ley N° 16.744, sólo en los casos en que pueda comprobarse que el contagio de COVID-19 ha ocurrido directamente por causa del trabajo, éste podría ser considerado como de origen laboral, tal como se señala en el segundo párrafo del oficio de la SUSESO que se objeta.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por el contrario, en aquellos casos en que la referida comprobación no pueda realizarse, no se cumpliría el requisito básico previsto en esa norma para entender que el COVID-19 constituya una enfermedad profesional, por lo que dichos contagios no podrían calificarse como laborales.

Lo anterior, sin embargo, no implica que los trabajadores cuyo contagio no pueda ser calificado como de origen laboral queden desprotegidos, por cuanto en tales casos la cobertura debe ser otorgada por el sistema de salud común -FONASA o ISAPRE-.

Sin perjuicio de lo expuesto, cumple con manifestar que no resulta procedente entender que sea de cargo del trabajador la comprobación de que la enfermedad fue adquirida en relación con una actividad laboral, puesto que, de acuerdo con los artículos 22 del decreto N° 109, de 1968, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y 72, letra a), del decreto N° 101, del mismo año y origen, “los organismos administradores deberán realizar el estudio de las denuncias de enfermedad que al respecto reciban, para determinar si el origen de dicho contagio es o no de tipo laboral”, como por lo demás lo indica el mencionado oficio N° 1.013, de 2020.

En este contexto, cabe concluir que de los antecedentes tenidos a la vista aparece que la Superintendencia de Seguridad Social se ha enmarcado dentro del ámbito de sus atribuciones al emitir el dictamen objetado por los recurrentes, el que se ajusta a los términos de la normativa aplicable en la materia, de manera que no se advierten vicios de legalidad en su actuación. ([Volver](#))

2.- COVID-19, Servicio Civil, instrucciones retorno gradual de funcionarios, ausencia de atribuciones, directrices sanitarias competencia de la SEREMI de Salud, gestión de personal, competencia del jefe superior. Dictamen N°9762, de 19 de junio de 2020.

Hechos del caso: La representante de la Asociación de Funcionarios de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, la representante de la Central Unitaria de Trabajadores y otros, solicitaron un pronunciamiento acerca de diversos asuntos relacionados con el resguardo de la salud de los funcionarios en los recintos públicos; las condiciones sanitarias que deben cumplirse en estos lugares; y sobre la o las autoridades que son competentes para impartir instrucciones, gestionar y fiscalizar las aludidas condiciones de trabajo en cada organismo, todo ello en la actual situación de emergencia que afecta al país por el brote de COVID-19.

Fundamento: *En primer lugar, los recurrentes piden se determine que los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus labores se enfermaron de COVID-19, tienen derecho a obtener la asistencia médica correspondiente hasta su total recuperación, además del reembolso de los gastos médicos en que hayan podido incurrir en tal situación, conforme con lo prescrito en el artículo 115 de la ley N° 18.834 (...)*

Dicho lo anterior, cumple indicar que según lo previsto por los artículos 1°, inciso quinto, y 30 de la ley N° 16.395, corresponde a la Superintendencia de Seguridad Social -SUSESOL la supervigilancia y fiscalización de los regímenes de seguridad social y de protección social, lo que incluye el seguro

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

social contra riesgos del trabajo y enfermedades profesionales regulado en la ley N° 16.744, y la fiscalización de las instituciones que los administren.

A su vez, el artículo 2°, letras a) y b), de la citada ley N° 16.395 contempla, entre las funciones de la SUSESO, fijar la interpretación de las normas legales y reglamentarias de seguridad social, y dictar las circulares, instrucciones y resoluciones a las entidades sometidas a su supervigilancia, en las condiciones que esta señala.

Pues bien, en el ejercicio de tales facultades la SUSESO estableció en su dictamen N° 1.161, de 2020, que “los trabajadores con diagnóstico de Covid 19 confirmado, que tuvieron contacto estrecho, de acuerdo a las definiciones establecidas por el Ministerio de Salud, con personas por situaciones laborales cuyo diagnóstico también ha sido confirmado (sea este último de origen laboral o común) estarán cubiertos por las prestaciones de la Ley N° 16.744, en la medida que sea posible establecer la trazabilidad de origen laboral del contagio”.

Del mismo modo, ese ente regulador determinó en el dictamen N° 1.482, de 2020, que “tratándose de trabajadores que se desempeñen en establecimientos de salud, que sean diagnosticados con COVID-19 o determinados como contactos estrechos, dichos casos deberán ser calificados como de origen laboral por el respectivo organismo administrador o la empresa con administración delegada. Lo anterior, excepto cuando se demuestre que el contagio de dicha enfermedad o la situación de contacto estrecho no fue a causa de su trabajo”.

En la misma línea, y refiriéndose a la circular N° 1.013, de 2020, de la SUSESO, mediante el dictamen N° 9.761, de 2020, esta Contraloría General entendió que en la medida que pueda comprobarse que el contagio de COVID-19 de un funcionario ha ocurrido directamente por causa del trabajo, éste podría ser considerado como de origen laboral, acreditación que deberán efectuar los organismos administradores. A su turno, en caso de no poder acreditarse esa circunstancia, igualmente deberán operar los mecanismos de seguridad social previstos en el ordenamiento –FONASA o isapre– para hacer frente a dicha contingencia.

Por tanto, la materia ya ha sido resuelta por la SUSESO, como entidad competente y dentro del marco de sus atribuciones, estableciendo que el referido seguro cubre, en las condiciones que señala, a los empleados que sean diagnosticados con COVID-19, entre ellos los funcionarios públicos.

Luego, los requirentes alegan que el Ministerio de Salud tiene el deber de dictar –y luego fiscalizar– normas reglamentarias especiales que fijen las condiciones sanitarias, de higiene y ambientales de los servicios públicos, debido a que la actual situación de emergencia hace aplicable a estas instituciones el concepto de faenas especiales señalado en el artículo 1° del decreto N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Agreden que estas disposiciones deben ser establecidas atendiendo a las características y particularidades de cada uno de los recintos públicos, sin que corresponda gestionar tales decisiones sanitarias a la jefatura de esas reparticiones o a otra autoridad distinta al Ministerio de Salud, por cuanto estiman que aquellas carecen de toda competencia técnica sobre las medidas sanitarias y de higiene requeridas para impedir la propagación del COVID-19.

Además, argumentan que tales normas deben dictarse con anterioridad al fin del “teletrabajo”, y en tanto esto no ocurra, se deben prestar únicamente los servicios indispensables para el bienestar de la comunidad conforme a los criterios fijados en el dictamen N° 3.610, de 2020, y a la jurisprudencia de la Contraloría General.

Al respecto, el mencionado artículo 1° del decreto N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud, determina que ese reglamento establece las condiciones sanitarias y ambientales básicas que deberá cumplir todo lugar de trabajo, sin perjuicio de la reglamentación específica que se haya dictado o se dicte para aquellas faenas que requieren condiciones especiales (...)

[E]s deber del empleador preservar las condiciones de higiene y seguridad en los distintos lugares de trabajo.

Asimismo, del tenor literal del artículo 1° del citado reglamento, se advierte que un lugar de trabajo, para ser considerado una faena que requiere condiciones especiales, debe tener una característica diferenciadora del resto de las entidades empleadoras, condición que no se observa en las instituciones públicas en la actual situación de emergencia sanitaria. Sin embargo, ello no obsta a que la autoridad sanitaria pueda emitir directrices que deban ser acatadas.

En efecto, en el actual escenario de pandemia el Ministerio de Salud, mediante el decreto N° 4, de 2020, declaró alerta sanitaria para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del COVID-19.

A consecuencia de ello, dicha autoridad ha ejecutado diversas actuaciones e impartido directrices a la población en general o a parte de ella, con el objeto de hacer frente a la emergencia sanitaria que afecta al país por el brote del COVID-19. De estas medidas interesan la resolución exenta N° 282, de 2020, que dispone uso obligatorio de mascarillas en lugares y circunstancias que indica, el “Protocolo de limpieza y desinfección de ambientes-COVID-19” y las “Recomendaciones de actuación en los lugares de trabajo en el contexto COVID-19”.

Por consiguiente, cabe concluir que corresponde, en primer lugar, a la jefatura del respectivo servicio público adoptar las medidas de prevención necesarias para resguardar la salud de sus funcionarios y de los usuarios.

Ese cometido debe realizarse observando la normativa dispuesta para tal efecto, complementada por las directrices que la autoridad sanitaria ha impartido en estas circunstancias, así como lo que

determine la respectiva entidad administradora del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a la que se encuentre adscrita la institución pública.

Tal aseveración se encuentra en línea con lo expuesto por esta Entidad de Control en el dictamen N°3.610, de 2020, el cual sostuvo que ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población.

Por otra parte, en cuanto a la fiscalización de las medidas sanitarias que se adopten, cabe hacer presente que acorde con los artículos 4°, N° 3, y 12, Nos. 1, 3 y 7, del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, tanto esta secretaría de Estado como la respectiva SEREMI de Salud son los encargados de velar por el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria existente en materia sanitaria, siendo estas últimas las competentes para fiscalizar la observancia de esa preceptiva, conforme con las normas que el Ministerio de Salud imparta, en armonía con el dictamen N° 1.543, de 2019, de esta procedencia.

Enseguida, es atingente indicar que el artículo 65 de la ley N° 16.744 prevé que corresponde al Servicio Nacional de Salud -actual SEREMI de Salud- la supervigilancia y fiscalización de la prevención, higiene y seguridad de todos los sitios de trabajo, cualesquiera que sean las actividades que en ellos se realicen.

Al tenor de lo prescrito por el artículo 36 del Código Sanitario –que permite al Presidente de la República otorgar facultades extraordinarias a las autoridades sanitarias que indica para enfrentar emergencias en ese orden-, a través del citado decreto N° 4, de 2020, el Ministerio de Salud junto con declarar la alerta sanitaria, otorgó facultades extraordinarias, entre otros, a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud del país, para disponer las medidas que enumera, dentro de las que aparecen varias destinadas a reforzar la función fiscalizadora que compete a esos organismos.

Como puede advertirse, compete a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud la fiscalización del cumplimiento de las medidas sanitarias que se adopten en los recintos en que se desempeñen los funcionarios de la Administración del Estado, en el contexto de la emergencia provocada por el brote de COVID-19.

Finalmente, en lo referente a la determinación de mantener o no el trabajo remoto por parte de los organismos públicos, es del caso recordar que el citado dictamen N° 3.610, de 2020, indicó que los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores que en ellos se desempeñan cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

A partir del citado pronunciamiento, esta Contraloría General entendió que, producto de las excepcionales circunstancias actuales, los jefes de servicios se encuentra habilitados para disponer el teletrabajo de sus funcionarios, siempre que no se afectare la continuidad de los servicios críticos, siendo esa decisión una medida de gestión interna del órgano, en razón a las facultades de dirección, administración y organización que la ley N° 18.575 otorga al jefe superior del respectivo servicio.

En consecuencia, es atribución de cada jefatura superior, tanto disponer el trabajo remoto para sus funcionarios, como cesar esa medida de gestión. Ambas decisiones -tal como se manifestara en el dictamen en cuestión- deben ser adoptadas teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar la salud de los servidores públicos y de la población en general, evitando la propagación de la pandemia y manteniendo la continuidad del servicio, a fin de no interrumpir las funciones indispensables para el bienestar de la comunidad.

Por último, los recurrentes piden se determine la ilegalidad del Oficio N° 429, de 2020, de la Dirección Nacional del Servicio Civil, por carecer esa autoridad de competencias para impartir las instrucciones generales que allí se indican.

Al respecto, cabe señalar que mediante el aludido Oficio N° 429, de 2020, el referido organismo impartió instrucciones a las jefaturas superiores de los servicios de la Administración del Estado para elaborar planes de retorno gradual de los funcionarios públicos a las tareas presenciales, además de replicar diversas directrices dispuestas por la autoridad sanitaria en espacios de trabajo en la presente situación de emergencia.

En particular, y en lo que interesa, este instrumento estableció que el referido retorno de los funcionarios públicos debía disponerse en una resolución fundada del jefe de servicio, determinando el contenido de esos actos administrativos. También, especificó los grupos de empleados públicos que deben mantenerse en labores remotas y cuáles deben volver al trabajo presencial. Asimismo, determinó las modalidades de trabajo presencial que la respectiva superioridad puede considerar al ejecutar dicho plan. Por último, fijó un plazo a las jefaturas de las distintas reparticiones para hacer entrega de los planes de retorno gradual que regula tal instructivo, instaurando un periodo al cual debe ceñirse esa superioridad en la implementación progresiva del anotado trabajo presencial por parte de los empleados públicos.

Sin embargo, de la ley orgánica de la Dirección Nacional del Servicio Civil, contenida en el artículo vigesimosexto de la ley N° 19.882, no se advierte que este tenga facultades para impartir instrucciones en los asuntos antes expuestos, sin que tampoco se observe en el mismo Oficio N° 429, de 2020, alguna mención a la normativa en que podría sustentarse su emisión.

En tal sentido, dicho acto someramente expresa que tiene por fundamento lo ordenado en el Oficio Circular N° 18, de 2020, de los Ministerios del Interior y Seguridad Pública y de Hacienda, el cual respecto a ese servicio enunció que “la Dirección Nacional del Servicio Civil solicitará a cada uno de

los ministerios y servicios públicos información pertinente con la finalidad de dar seguimiento a las instrucciones del presente Oficio Circular”, sin que se observe una relación entre el referido texto y el contenido del instructivo en comento.

En este punto, es del caso hacer presente que si bien conforme con el artículo 2°, letra p), de la ley N° 19.882, corresponde a la Dirección Nacional del Servicio Civil “Realizar las tareas que el Ministro de Hacienda le encomiende en el ámbito del personal del sector público”, estas labores deben necesariamente encontrarse relacionadas con la esfera de sus competencias establecidas por el legislador, que en síntesis se relacionan con la implementación de políticas de gestión y desarrollo de personas y altos directivos y no con la materia objeto del referido instructivo, el cual básicamente se refiere a un plan de retorno gradual de los funcionarios públicos.

En ese sentido, se debe recordar que aun en las actuales condiciones de emergencia sanitaria, los servicios públicos se encuentran en el imperativo de dar cumplimiento al principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental y 2° de la ley N° 18.575, como recordó el dictamen N° 6.785, de 2020, de este origen.

En mérito de lo expuesto, es del caso declarar que el Oficio N° 429, de 2020, resultó improcedente, ya que no se advierte que la Dirección Nacional del Servicio Civil posea las atribuciones para emitir instrucciones en las temáticas que aborda, siendo necesario reiterar, acorde con lo manifestado en los dictámenes Nos 3.610 y 8.506, ambos de 2020, que es el jefe superior del respectivo servicio quien posee las facultades de dirección, administración y organización, por lo que corresponde a esa superioridad, en la actual situación de emergencia, adoptar, mantener, graduar o cesar las medidas extraordinarias de gestión de personal necesarias, considerando la obligación de proteger la salud de sus funcionarios y la población usuaria, sin desatender la continuidad del servicio, observando siempre las directrices que fije la autoridad sanitaria. ([Volver](#))