

**Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público**

**N°106**

**Semana del 14 al 20 de junio de 2020**

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°106

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la primera parte del inciso primero del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°8278-20-INA
Resumen	<p>El principio de proporcionalidad, entendido como la debida relación de equivalencia entre ilícitos y penas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N°3, inciso sexto de la Constitución Política de la República, se predica para todo procedimiento e investigación previa y se comunica al acto administrativo decisorio o a la sentencia que afina tal proceso. Este principio requiere hacerse presente primeramente en la ley y, luego en el consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Es por ello que el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pena pertinente. Dichos márgenes operan como límites a la discrecionalidad del órgano aplicador, sin eliminar la flexibilidad necesaria para decidir el caso particular.</p> <p>El voto de minoría se sostuvo en lo siguiente: En primer lugar, las sanciones no son parte del estatuto de las medidas económicas, sin perjuicio de que las primeras sean uno de los instrumentos preferentes para la aplicación y vigencia del Estado de Derecho. Luego, las multas no son asimilables a las expropiaciones, siendo sus principales diferencias que, (1) la multa es impuesta por decisión judicial o del órgano administrativo sancionador, mientras que la expropiación se materializa a través de un acto administrativo; (2) la finalidad de la expropiación propende a una causa de utilidad pública o interés nacional, mientras que la multa presente castigar al infractor de una norma; por último, (3) la multa se funda en la conducta del sujeto multado, aspecto que no es relevante en la expropiación. Por último, el esquema que plantea la norma impugnada es progresivo, pues a mayor costo de construcción de la obra, mayor será la sanción en caso de infracción a las disposiciones de la ley, de su ordenanza general y de los instrumentos de planificación territorial, sin embargo, dicha progresión</p>	

	tiene un límite, fijado por la propia norma, que va desde un 0,5% del presupuesto de la obra haya un 20% de la misma, dependiendo de la naturaleza y entidad de la infracción. De ese modo se reduce cualquier margen de discrecionalidad por parte del juzgador. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )
Fecha	18 de junio de 2020.

Caso	"Orellana con Colmena Compañía de Seguros de Vida S.A."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°38.834-2019
Resumen	<p>La preexistencia se configura cuando existe un diagnóstico médico fidedigno que determine con certeza la preexistencia de una enfermedad. Ella aparece directamente relacionada con las intervenciones médicas y tratamientos por las que se pide extender la cobertura y requiere, además, que el asegurado tenga cabal conocimiento del pronóstico antes de la firma del contrato.</p> <p>Por su parte, el síndrome de Down constituye una anomalía congénita, la cual constituye una condición de la persona que estará presente en su desarrollo, sin que pueda considerarse una enfermedad. La enfermedad, a su vez, es una alteración del estado fisiológico, que presenta síntomas y signos característicos con una evolución previsible. Son dichas alteraciones fisiológicas las que una persona con síndrome de Down tiene más o menos riesgo de desarrollar, y serán aquellas las que requerirán tratamiento, más no así la mencionada condición. Sin perjuicio de lo anterior, las máximas de la experiencia permiten sostener que un individuo con síndrome de Down no puede ser calificado como enfermo, toda vez que su condición es una diferenciación en su conformación genética que da lugar a una variante más dentro de la diversidad propia de la naturaleza humana pero que, en caso alguno, lo puede situar en la categoría de lo patológico ni importar un menoscabo de su dignidad.</p> <p>Finalmente, no existe una obligación, al momento de suscribir el contrato de seguro de salud de declarar que uno de los beneficiarios de este, haya sido anteriormente diagnosticado con síndrome de Down. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	12 de junio de 2020.	

Caso	"Colegio Médico de Chile A.G. Regional de Antofagasta con Servicio de Evaluación Ambiental."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°33.337-2019

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

Resumen	<p>Respecto al recurso de casación en la forma, para que se configure una infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, que permita fundar un recurso de casación, resulta indispensable describir y explicar con claridad y precisión las reglas de la lógica, máximas de experiencia o conocimientos científicos que dejaron de ser considerados en el fallo, y el modo concreto en que ello fue capaz de influir en lo dispositivo del mismo.</p> <p>En cuanto al recurso de casación en el fondo, la tesis del agotamiento de la vía administrativa se desarrolla en base al ejercicio de los recursos que el procedimiento legalmente previene al efecto y ante las autoridades que en derecho corresponda. Así, no cumple con dicho supuesto el hecho de haberse interpuesto un recurso jerárquico improcedente para ante el Director del Servicio de Evaluación Ambiental, luego de rechazado el recurso de reposición presentado ante la Comisión de Evaluación Ambiental respectiva. En consecuencia, el plazo para interponer la reclamación judicial ante el Tribunal Ambiental, que contempla el artículo 17 de la Ley N°20.600, se cuenta desde que se rechaza el recurso de reposición, por ser la resolución que resuelve el procedimiento administrativo. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>
Fecha	15 de junio de 2020.

Caso	"Fuentes con Municipalidad de Ñuñoa."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°6752-2019
Resumen	<p>El plazo para interponer un reclamo de ilegalidad en contra de aquella resolución que concede un permiso de edificación, emitido por un Director de Obras Municipales es, según lo dispuesto en la Ley N°18.695, de 30 días hábiles contados desde la fecha de publicación del acto impugnado. No puede ser de otra manera, pues si dicho plazo se computara desde que se tomó conocimiento del acto, se atentaría en contra de la certeza jurídica, así como de la presunción de legalidad de los actos administrativos, estableciéndose una posibilidad de revisión indefinida de los mismos.</p> <p>Lo anterior es sin perjuicio que, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley N°19.880, tratándose de actos administrativos que afecten al interés de la comuna, se establece la obligación de publicarlos en el Diario Oficial. La señalada afectación del interés general de la comuna se deberá fundar en las particularidades del proyecto que se aprueba, como son su magnitud y ubicación. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	15 de junio de 2020.	

Caso	"Zúñiga y otro con Municipalidad de La Reina."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°3900-2019

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

Resumen	<p>Respecto de dos proyectos de construcción, conformados por obras completamente diferentes entre sí, no es posible arribar a la conclusión que aquella resolución que autorizó la construcción del primer proyecto permita, en virtud de una modificación -de aquellas reguladas en el artículo 5.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones- la construcción del segundo proyecto.</p> <p>El primer proyecto en ser autorizado consistía en una obra menor de incremento de superficie de una construcción ya existente, el cual difiere diametralmente con la “modificación” incorporada a aquel, y que se conforma de un conjunto constructivo separado y diverso, por su contenido y funcionalidad, el cual no puede ser equiparado de modo alguno a la obra menor original. Esta última constituye una obra nueva y distinta de aquella autorizada inicialmente, por lo que se debe sujetar a la normativa que regula la construcción de nuevas obras y no a la que rige respecto de la mera modificación de las ya aprobadas. Es decir, requiere permiso de la Dirección de Obras Municipales, a petición del propietario, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>
Fecha	16 de junio de 2020

Caso	“Ciudad Empresarial S.A. con Municipalidad de Huechuraba.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°21.285-2019
Resumen	<p>En virtud de la Ley N°18.695 se establece que corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, para lo cual goza de una serie de potestades que se traducen en la aplicación de las normas legales sobre construcción y urbanización de la comuna. Por otra parte, la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en su artículo 4, establece que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de las SEREMI, deberá ejercer atribuciones de supervigilancia en esta materia, correspondiéndole resolver las reclamaciones dictadas por los Directores de Obras Municipales.</p> <p>Por lo demás, habida consideración que el Director de Obras Municipales es un funcionario municipal, aquel es también un funcionario técnico sometido a la supervigilancia de las SEREMIS de Vivienda, por lo que sus decisiones acerca de la procedencia o improcedencia de otorgar un permiso de edificación, o sobre la procedencia de la recepción final, están fuera del ámbito en que el alcalde puede inmiscuirse. En consecuencia, los municipios no cuentan con atribuciones para interpretar el plan regulador comunal ni para establecer la norma urbanística que afecta a un loteo en particular, por cuanto dicha potestad radica únicamente en la SEREMI de Vivienda. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	17 de junio de 2020.	

Caso	"Esparza con Servicio de Impuestos Internos y otros."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°12.169-2020
Resumen	<p>Un error en la propuesta de declaración anual de renta, cometido por el Servicio de Impuestos Internos que conlleva la imposibilidad de que el contribuyente cumpla los requisitos exigidos por la ley para acceder a los subsidios por incapacidad laboral asociados a la maternidad, debido a que (1) no se enteraron a lo menos seis meses de cotizaciones dentro del período de doce meses de afiliación a salud, anteriores al mes en que se inició la licencia, y (2) no estaba al día en el pago de las cotizaciones, constituye un actuar ilegal. En consecuencia, se vulnera la garantía de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad de la recurrente, al privársele de beneficios económicos asociados a la protección de la maternidad. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	19 de junio de 2020.	

Caso	"Sepúlveda con Municipalidad de San Javier."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°24.528-2020
Resumen	<p>La potestad invalidatoria, establecida en el artículo 53 de la Ley N°19.880, permite a la Administración -de oficio o a petición de parte- retirar los actos administrativos irregulares o contrarios a derecho, con dos limitaciones: (1) debe hacerse previa audiencia del interesado, y (2) no puede ejercerse luego de transcurrido más de dos años desde la fecha de notificación o publicación del acto que se trata de invalida. Este último plazo es de caducidad y no de prescripción.</p> <p>Por otra parte, la facultad de revocación, contemplada en el artículo 61 de la citada ley, supone la facultad de la Administración de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad de estos con el ordenamiento jurídico. También posee limitaciones, entre las que destaca la imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria cuando se trata de actos de contenido favorable, los que sólo pueden ser dejados sin efecto por razones de ilegalidad, excluyendo los motivos de oportunidad o conveniencia.</p> <p>La instrucción dada por una Contraloría Regional a un municipio, en orden a que regularice el nombramiento de un funcionario en un cargo superior, estimándose haber cometido una ilegalidad en dicho nombramiento, corresponde sea llevada a cabo a través de un procedimiento de invalidación. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	19 de junio de 2020.	

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

Caso	"C.A.P.G. con Scuola Italiana Giuseppe Verdi."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°21.087-2020
Resumen	En virtud de la Resolución Exenta N°860, de 26 de noviembre de 2018, en su numeral 2.8, se establece que los establecimientos de educación parvularia no pueden contemplar sanciones a los párvulos en los reglamentos internos. Así, es contrario a esta disposición imponer a un niño la sanción de no renovar su matrícula, fundada en una evaluación que determinó un desarrollo insuficiente de las habilidades académicas definidas y esperadas por el establecimiento de educación parvularia respecto del educando, lo que, además, es contrario al respeto y aceptación del ser humano en su diversidad. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )	
Fecha	19 de junio de 2020.	

**JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA**

Dictamen	Dictamen N°9897	
Órgano	Contraloría General de la República	
Resumen	Conforme al principio de probidad administrativa consagrado en la Ley N°18.575, el objeto de ella es impedir que intervengan en el examen, estudio o resolución de determinados asuntos, aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de intereses en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse, aun cuando dicho conflicto sea potencial, debiendo abstenerse de intervenir en tales materias, poniendo en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta. Así, la instrucción dada por la Ministra del Medio Ambiente mediante un acto administrativo dirigido a la Superintendencia del Medio Ambiente, en cuanto a que aquella adopte las medidas que en derecho corresponda conforme a las facultades que le otorga la ley, en particular las del artículo 3 de la Ley N°20.417, que permitan poner fin a una crisis ambiental y sanitaria, no permite sostener que aquella ministra haya intervenido en la decisión particular de fiscalizar o no a determinadas empresas. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )	
Fecha	12 de junio de 2020	

Dictamen	Dictamen N°9896	
Órgano	Contraloría General de la República	

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

Resumen	<p>Para que se configure el impedimento señalado en el artículo 56 de la Ley N°18.575, deben concurrir dos supuestos copulativos, consistentes en haber ejercido un cargo público en una institución fiscalizadora y luego, pasar a ejercer una actividad laboral en el lapso que se indica, en una empresa privada que se encuentre sometida a la fiscalización de ese organismo público.</p> <p>La Ley N°20.417, entrega las facultades fiscalizadoras en materia medioambiental, fundamentalmente, a la Superintendencia del Medio Ambiente. Por lo demás, el Ministerio del Medio Ambiente carece de toda facultad que implique el cumplimiento de actividades fiscalizadoras respecto de determinado sector o actividad, asignándole la ley un rol de regulación y política a dicha cartera.</p> <p>La circunstancia antes descrita lleva a colegir que, tratándose de un exfuncionario del Ministerio del Medio Ambiente, que haya pasado a ejercer, sin solución de continuidad, un empleo en una empresa filial de ENAP, no se logra configurar el impedimento del artículo 56 de la Ley N°18.575, ya que la entidad privada en que pasó a desempeñarse no es sujeto de fiscalización por parte de la señalada secretaría de Estado, por carecer de ese tipo de atribuciones. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</p>
Fecha	12 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°9895
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>El artículo 9, letra f) del Código Sanitario, faculta a las SEREMIS de Salud, por una parte, para exigir el pago de tarifas o derechos por las actuaciones que realicen en cumplimiento de sus funciones, y por otra, para rebajar o eximir excepcional y fundadamente de esos cobros -que tienen la naturaleza jurídica de derechos, atendido el tenor literal de las normas citadas-, a quienes cumplan con las exigencias que previene.</p> <p>Por otro lado, la exención tributaria consagrada en el artículo 41 de la Ley N°16.441 se limita a impuestos, contribuciones y los demás gravámenes que indica, expresión esta última que debe entenderse en sentido estricto, relacionado con el carácter impositivo de la carga y no en un sentido amplio que comprenda cualquier obligación. En conciencia, los derechos que se pagan por las prestaciones que realiza la SEREMI, al no tener la naturaleza de un gravamen, el beneficio contemplado en la Ley N°16.441 no alcanza a dichos cobros. Esto es sin perjuicio que la SEREMI pueda ejercer la facultad excepcional de rebajar y eximir, fundadamente, del pago de los derechos en</p>



	comento a favor de quienes cumplan las exigencias. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	12 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°9913
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>Dentro de las medidas de resguardo de la salud pública, el Ministerio de Salud decretó el cierre temporal de los recintos educacionales, incluyendo a los jardines infantiles, por lo cual actualmente los niños menores de dos años que asistían a salas cuna, se encuentran imposibilitados de concurrir a esos establecimientos, suspendiéndose por tanto la entrega del beneficio consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo. A su turno, aquellas reparticiones públicas que cuentan con salas cunas institucionales también han dejado de recibir a esos niños. De ese modo, considerando las circunstancias excepcionales ocasionadas por el COVID, que impide que las trabajadoras puedan llevar a sus hijos a las salas cuna, corresponde que las autoridades adopten las medidas conducentes a conciliar de la mejor forma posible el ejercicio de la maternidad y el desempeño laboral de las funcionarias afectadas.</p> <p>En otro orden de ideas, en lo que respecta a la mantención de los contratos celebrados con ocasión de prestación de sala cuna, resulta aplicable lo dispuesto en el dictamen N°6854 de 2020, debiendo cumplir el prestador del servicio con mantener vigentes los contratos de los trabajadores adscritos al respectivo acuerdo de voluntades y acrediten el cumplimiento del pago de sus remuneraciones y de las obligaciones de seguridad social. Sin perjuicio de lo anterior, esta medida resulta improcedente respecto de los proveedores que se acogieron a los beneficios de la Ley N°21.227, Sobre Protección al Empleo.</p> <p>No se aprecia impedimento alguno en que la Administración entregue a las funcionarias un monto de dinero equivalente a la prestación de sala cuna, destinado a financiar los cuidados de sus hijos menores de dos años que hayan visto suspendido aquel beneficio, siempre que el servicio no se encuentre pagando por concepto de sala cuna al tenor de lo antes expuesto y en la medida que exista disponibilidad presupuestaria.</p> <p>Por otra parte, siendo el beneficio de jardín infantil uno voluntario y sujeto a disponibilidad presupuestaria, no existe obligación legal de mantener su otorgamiento en las actuales circunstancias ocasionadas por la pandemia. No obstante, respecto de los prestadores del servicio de sala cuna, es</p>

	<p>aplicable lo dispuesto en el dictamen N°6854 de 2020, en los términos explicados.</p> <p>Finalmente, el beneficio consistente en la entrega de los montos en dinero que se otorgan como una modalidad alternativa del beneficio de sala cuna para funcionarias cuyos hijos menores de dos años presenten una enfermedad que imposibilite su asistencia a una sala cuna no ve alterados los presupuestos de su otorgamiento por las circunstancias derivadas del COVID-19, por lo tanto resulta obligatoria su mantención. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</p>
Fecha	15 de junio de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

**1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la primera parte del inciso primero del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Tribunal Constitucional, Rol N°8278-20-INA, de 18 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Metlife Seguros de Vida fue denunciada por la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de La Florida ante el Juzgado de Policía Local de la Florida, por infracción de los artículos 116 y 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, esto es, construcción sin permiso de edificación habilitada y sin recepción definitiva, siendo la denunciada condenada al pago de una multa ascendiente al 10% del presupuesto de la obra, por un monto de \$573.929.196.

En contra de dicha sentencia, Metlife dedujo incidente de nulidad de todo lo obrado y, en subsidio, recurso de apelación. El incidente fue rechazado por el juez de policía local y tuvo por interpuesto el recurso de apelación, el cual constituye la gestión pendiente de resolver, ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Fundamento:** CUARTO: *Que el cuestionado artículo 20, inciso primero, resalta inmediatamente por su amplitud: “Toda infracción a las disposiciones de esta ley, a su ordenanza y los instrumentos de planificación territorial que se apliquen en las respectivas comunas, será sancionada con multa, a beneficio municipal, no inferior a un 0,5% ni superior al 20% del presupuesto de la obra”.*

*A una pluralidad indefinida de infracciones, la ley le asigna una penalidad abierta e indeterminada, sin criterios que permitan juzgar -a este último respecto- situaciones diferentes; como cuando se cometen infracciones que no han ocasionado daño alguno, ni siquiera riesgos para la población, o en que el infractor no ha reportado beneficio ninguno con su perpetración, cuyo sería el presente caso;*

QUINTO: *Que, por otra parte, cabe observar que la inexistencia de factores o variables que permitan calibrar la sanción aplicable a un caso singular, más allá del presupuesto de la obra, no corre a parejas con la complejidad y especialidad de las diversas reglas que colman la normativa urbanística, lo que arriesga punir -establecer la medida de cada castigo- merced a la percepción subjetiva o vislumbre de cada juez en particular (...)*

SÉPTIMO: *Que, en todo caso, el precepto ahora impugnado ya fue declarado inaplicable por inconstitucional en la STC Rol N° 2648. En aquella ocasión se acogió la acción presentada ante esta Magistratura precisamente por objetarse que “la norma [...] no evidencia criterios objetivos, reproducibles y verificables [...] se manifiesta así un margen legal excesivamente amplio o laxo entre la sanción mínima y la máxima aplicable, rayano en la indeterminación del marco penal” (considerando 19°).*

*Si bien en otras ocasiones se ha rechazado privar de efectos a la norma en la gestión judicial de que se trataba, las circunstancias concretas del caso actual fuerzan retornar a esa primigenia jurisprudencia,*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*sobre la base de un concepto nominal y operativo del principio de proporcionalidad, traídos al asunto sub lite;*

*OCTAVO: Que el principio general de proporcionalidad se hace presente en todo el ordenamiento jurídico nacional. Y se manifiesta, especialmente, en materia de penas del orden criminal y sancionatorio-administrativo.*

*Es su naturaleza de principio general de derecho lo que lleva a encontrarlo rigiendo en todo el ordenamiento punitivo en su integridad, así sea porque una norma lo recoge expresamente, así sea porque otra no puede sino encontrarse inspirada en él. Tanto más cuando lo recoge la mismísima Carta Fundamental;*

*NOVENO: Que, efectivamente, la Constitución Política de la República establece el principio de proporcionalidad en su artículo 19, N° 3, inciso sexto, toda vez que la justicia y racionalidad que allí se predica para todo procedimiento e investigación previa, se comunica -sin solución de continuidad- al acto administrativo decisorio o a la sentencia que afinan tal proceso (...)*

*DÉCIMO: Que, sentada la premisa anterior, es útil precisar que este Tribunal Constitucional se ha manifestado en numerosas oportunidades en favor del principio de proporcionalidad, entendiéndolo como la debida relación de equivalencia entre ilícitos y penas. De acuerdo a lo expresado en STC roles N°s 5018 y 6250, la exigencia de un equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, se extiende -como garantía- desde el campo penal a todo el orden punitivo estatal.*

*De allí que este Tribunal haya valorado que una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos, además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida (STC Rol N° 2264, considerandos 18° y 19°, y Rol N° 2658, considerandos 7° a 12°);*

*DECIMOPRIMERO: Que, al tenor de la jurisprudencia anotada, el principio de proporcionalidad requiere hacerse presente primeramente en la ley, y luego en el consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y asimismo cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley.*

*Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano aplicador, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular;*

*DECIMOSEGUNDO: Que, lo anterior aplicado al artículo 20 del DFL N° 458, que aprueba la Ley General de Urbanismo y Construcciones, lleva a advertir que éste no satisface las garantías mínimas*

*que permiten sancionar adecuadamente una conducta infraccional, desde que su texto no establece un marco de justicia y racionalidad que permita al Juez de Policía Local abandonar la mera intuición y ajustar la sanción en medida con la infracción.*

*Así entonces, resultan comprobados los dos aspectos que fuerzan a esta Magistratura a acoger un requerimiento de esta índole. En primer término, el que la norma cuestionada no considere ni siquiera la gravedad de la infracción para modular la cuantía de la multa que dispone, ya que no especifica límites dentro de los cuales la multa pueda aplicarse en relación a precisas conductas, de carácter más o menos graves. A lo que se añade la inexistencia de otros criterios o parámetros de graduación, a partir de los cuales los Juzgados de Policía Local puedan, dentro de cada margen o marco punitivo previamente fijados, morigerar o agravar la concreta sanción al infractor.*

*Omisión que -en segundo término- consuma en la especie la sentencia del Primer Juzgado de Policía Local de la Florida, al no aportar motivos que la lleven a adjudicar el castigo en \$573.929.196 (fs. 32-33), lo que se origina en la insuficiencia de la norma que se le ordena aplicar (...)*

El voto de minoría, por otra parte, se sostuvo en lo siguiente:

*6º. Un primer criterio tiene que ver con que las sanciones no son parte del estatuto de las medidas económicas.*

*Es evidente que la Constitución autoriza diversas modalidades de sanciones y penalidades (artículo 19, numerales 1º, 3º y 7º de la Constitución). Pero la imposición de las mismas no constituye, ontológicamente, una medida económica. Lo que la Constitución permite es que la actividad económica se desarrolle de conformidad “con las leyes que la regulen”, siendo las sanciones uno de los instrumentos preferentes para la aplicación y vigencia del mismo Estado de Derecho.*

*7º. Por ende, no es razonable realizar una comparación abstracta a la ley que determina la sanción y cuyos límites materiales se encuentran en los artículos 1º, 5º, 19 numerales 1º, 2º, 3º, 7º y 26º, 63 numeral 3º de la Constitución. Este núcleo normativo, con claras reglas constitucionales, configura un nítido marco de potestades atribuidas al Congreso Nacional las que no están exentas de límites. Sin embargo, los límites infranqueables se refieren a la violación de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, consiguientemente, de la dignidad humana (artículo 1º). Otro límite es que las penas no pueden ser un apremio ilegítimo (artículo 19, numeral 1º) y lo serán cuando éstas sean penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 5º de la Constitución en relación con la Convención contra la Tortura). Respecto de todos estos límites debe demostrarse que el legislador los vulneró sin margen de duda.*

*En consecuencia, no es posible verificar un criterio abstracto que examine las penas aplicando el estatuto de la propiedad o de las medidas económicas y sin atender a las reglas materiales que regulan la materia por directo mandato constitucional.*

8º. *Un segundo criterio tiene que ver con que las multas no son asimilables a las expropiaciones.*

*En efecto, la expropiación es “el acto administrativo unilateral que priva del dominio sobre un bien, cualquiera sea su naturaleza, en virtud de ley que la autoriza por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, con sujeción a un procedimiento legalmente determinado y con pago previo de la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado al expropiado.” (...)*

*Para este sentenciador (STC Rol N° 1576) se puede construir la siguiente definición: es un modo de adquirir el dominio en el ámbito público consistente en el acto administrativo, unilateral y coactivo de la Administración del Estado, por el cual se priva a una persona de la titularidad de un bien o un derecho o de las facultades esenciales de ambos, fundado en una ley habilitante que justifica la causa de utilidad pública o interés nacional, mediante un procedimiento reglado y previo pago de la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado (...)*

*Por eso es que la verdadera fortaleza del derecho de propiedad radica en el conjunto de garantías que deben rodearla impidiendo que se configure un verdadero despojo para su titular. Entre dichas garantías se destacan: a) La intervención del legislador a través de la dictación de una ley general o especial que autorice la expropiación; b) La procedencia de la sustitución del bien expropiado por la indemnización correspondiente que debe ser equivalente al daño patrimonial efectivamente causado; y c) Un procedimiento expropiatorio que garantice la legalidad del acto expropiatorio y la tutela judicial respectiva en todo el proceso mismo.*

9º. *En lo que respecta a las multas, la jurisprudencia de este Tribunal no ha dudado en calificarlas como una sanción que afecta el patrimonio de una persona, ya sea que se impongan en el ámbito penal como en el administrativo.*

*En ese contexto las diferencias entre las multas y la expropiación resultan claras.*

*Así, las multas importan una decisión judicial (o de un órgano administrativo sancionador) mientras que la expropiación se materializa a través de un acto administrativo.*

*Por su parte, la expropiación recae sobre un bien determinado y, en la sanción, la multa tiene un efecto pecuniario sobre bienes indeterminados.*

*Asimismo, las finalidades que justifican una y otra institución son diversas. En la expropiación se exige la concurrencia de una causa de utilidad pública o de interés nacional expresamente consignada en una ley general o especial. En el caso de las multas, la finalidad que las anima dice relación con el castigo al infractor de una norma jurídica y el tipo penal se predetermina de antemano para todo tipo de conductas.*

*Finalmente, la expropiación es un acto unilateral donde el comportamiento del sujeto expropiado es irrelevante. En cambio, la sanción se funda en la conducta del sujeto multado.*

10º. *Un tercer criterio para analizar la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones dice relación con la necesidad de demostrar el efecto expropiatorio que podría rodear a una sanción.*

*En este sentido, esta Magistratura ha afirmado que una de las interdicciones penales de contenido económico tiene que ver con la confiscación que se encuentra prohibida constitucionalmente salvo en el caso de las asociaciones ilícitas (Art. 19 N° 7º, letra g), de la Carta Fundamental) (...) Con todo, una situación de esta naturaleza sólo es posible de reprochar en un caso concreto a partir del modo en que se aplica la ley debiendo reservarse a un examen en sede judicial, en el que se aporten antecedentes económicos verificables y objetivos, que le den plausibilidad al efecto confiscatorio que se alega. Indudablemente, ello se aleja de un reproche a la ley misma.*

11º. *Un cuarto criterio que ha considerado esta Magistratura en la materia que nos ocupa dice relación con las sanciones óptimas y su finalidad legítima.*

*Sobre el particular, es necesario tener presente que la función que cumplen las multas contempladas en el precepto reprochado obedece a la necesidad de disuadir a los particulares de infringir las normas urbanísticas (...). En ese orden de ideas, el efecto disuasorio de las multas es imprescindible y ha sido estudiado por economistas desde hace años como se aseveró en sentencias roles N°s 3099 (considerando 35º); 3100 (considerando 35º) y 3305 (considerando 12º). El efecto disuasorio de las multas debe ser tomado en cuenta en el análisis de proporcionalidad, pues si tal efecto no existe, ya sea porque las multas son bajas o porque no se aplican frecuentemente, no cumplen su finalidad legítima (...)*

13º. *Con todo, la mecánica de aplicación de la norma exige realizar algunas distinciones. Primero, si existe o no un presupuesto. Segundo, si existe dicho presupuesto, la multa aplicable no puede ser inferior a un 0,5% ni superior a un 20% del presupuesto de la obra. Este presupuesto es el que regula el artículo 126 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y sobre el cual se calcula el pago de los permisos de construcción. En tercer lugar, si no existe el presupuesto, el juez puede disponer la tasación de la obra por un perito. En cuarto término, si no desea solicitar tal pericia, el juez puede aplicar directamente una multa de una a cien unidades tributarias mensuales. En quinto lugar, esta multa no impide que se pueda ordenar la paralización o demolición total o parcial de la obra. En sexto término, esta multa no aplica cuando la conducta configura un delito o tenga dispuesta una sanción especial determinada por esta ley u otra. Finalmente, desde el punto de vista de la prescripción de la sanción, ésta opera al momento de la recepción de la obra por parte de la Dirección de Obras Municipales.*

14º. *El fundamento del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones apunta a la institucionalización del proceso de construcción, puesto que su eje reside en el respeto de los permisos de construcción respecto de los cuales los presupuestos de la obra son un instrumento de objetivación*



*del pago del respectivo permiso así como de la sanción misma. Por tanto, la suerte de la construcción está ligada a la valorización presupuestaria realizada por la parte interesada. En tal sentido, éste es un esquema progresivo: a mayor costo de construcción de la obra, mayor sanción en caso de infracción a las disposiciones de la ley, de su ordenanza general y de los instrumentos de planificación territorial.*

*Sin embargo, esta progresión tiene un límite al identificar porcentajes de establecimiento de la multa que no pueden superar un baremo que va desde un 0,5% del presupuesto de la obra hasta un 20% de la misma dependiendo de la naturaleza y entidad de la infracción.*

*15º. Un sexto criterio para determinar la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones tiene que ver con que el examen de proporcionalidad de la multa debe estar asociado al caso concreto.*

*En este sentido, al acogerse un requerimiento referido a la misma norma impugnada en esta oportunidad, este Tribunal se basó en una ponderación en concreto aplicable a ese caso en particular, sin perjuicio de enjuiciar la laxitud del artículo 20 aludido en los siguientes términos:*

*“(…) la norma legal impugnada en su aplicación no evidencia criterios objetivos, reproducibles y verificables, en virtud de los cuales el juez competente esté habilitado para imponer una sanción pecuniaria de menor o mayor magnitud o cuantía, por infracción a la legislación de urbanismo y construcciones, se manifiesta así un margen legal excesivamente amplio o laxo entre la sanción mínima y la máxima aplicable, rayano en la indeterminación del marco penal, lo que alberga la posibilidad de decisiones arbitrarias o desiguales, desde que no puede saberse con certeza sobre la base de qué motivaciones explícitas el juez las puede adoptar. Todo lo cual cobra mayor importancia en el caso concreto, si se mira que la infracción fue puramente formal o de peligro abstracto, cercana a una infracción de mera prohibición, en donde no se divisó como resultado de ella una real afectación o compromiso de los valores y bienes jurídicos que la legislación de urbanismo y construcciones protege.” (STC Rol N° 2648, c. 19º) (Énfasis agregado).*

*16º. En esa sentencia como en otras se precisan los dos momentos de aplicación del principio de proporcionalidad. El primero, al momento de establecer la ley. Y, el segundo, al momento de su aplicación. El tipo de razonamiento que exige la acción de inaplicabilidad se asocia a la consideración de los efectos inconstitucionales que la aplicación de la norma pueda producir en la gestión pendiente de que se trata. En el caso de la sentencia referida, tuvo particular valor el examen de la conducta infringida en relación con los fines de la multa.*

*17º. Un séptimo criterio para determinar la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones tiene que ver con que no hay una infracción sustantiva al principio de tipicidad (...)*



*El artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones en su inciso primero establece que “toda infracción a las disposiciones de esta ley, a su ordenanza general y los instrumentos de planificación territorial que se apliquen en las respectivas comunas, será sancionada con (...)”. Con ello vincula todas las infracciones de la normativa urbanística a este precepto legal. En tal sentido, el cuestionamiento se complejiza, puesto que implica un conjunto de alternativas completamente especulativas. Primero, la vulneración alegada por la requirente hace sinónimo el principio de taxatividad con el de tipicidad lo que induce a error. En este punto, cabe indicar que lo cuestionado es solo un aspecto del principio de legalidad penal. “Se conoce como principio de taxatividad, esto es, los tres aspectos clásicos de una de las formulaciones del principio de legalidad: la prohibición de retroactividad (nullum crimen sine lege previa), la reserva de ley (nullum crimen sine lege scripta) y la exigencia de certeza o determinación (nullum crimen sine lege stricta o sine lege certa)” (...) En segundo lugar, una parte de los cuestionamientos al artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones se refiere a que no establece una graduación expresa de sanciones. Como éste es un asunto que tiene que ver con la proporcionalidad lo veremos en el examen en concreto de la aplicación del precepto reprochado. En tercer lugar, en el entendido que solo nos estamos refiriendo a la exigencia de certeza hay parte de los cuestionamientos que, según jurisprudencia reiterada de este Tribunal, deben desestimarse, puesto que se trata de referencias a conductas predeterminadas en la misma Ley General de Urbanismo y Construcciones, lo que satisface plenamente el estándar constitucional de predeterminación de las sanciones. En cuarto término, respecto de las conductas vinculadas a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, habría un deber de la requirente en orden a especificar el precepto impugnado y la razón de por qué lo sería. No es posible continuar especulando, en subsidio de la requirente, respecto de una eventual ley penal en blanco si es que ella no es reprochada con fundamentos. En quinto lugar, que aun así la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones cumple una función esencial en la aplicación y ejecución normativa de la propia Ley General de Urbanismo y Construcciones, siendo un desarrollo de detalle que, en línea de principio y a primera vista, es compatible con la exigencia de determinación de sanciones previstas en la ley u complementadas por esta normativa urbanística integrada. En sexto término, y en ausencia de una impugnación específica de la norma correlacionada, a efectos de verificar cómo operaría la norma sancionatoria, sería una cuestión de mérito legislativo el identificar en un solo precepto un conjunto diferente y amplio de infracciones, bajo una regla de cláusula general. En tal sentido, la doctrina ha señalado que “no cabe aplicar otras sanciones administrativas que las expresamente contempladas en los cuerpos legales, pues lo contrario vulneraría el artículo 7° de la Constitución Política [...] Una vía práctica –para no dejar infracciones sin sanción- consiste en introducir en la ley una cláusula general, con una sanción para todos los casos en que no se haya previsto una específica.”(...)*

*18°. En cuanto a la alegación de la requirente conforme a la cual el artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones vulnera el principio constitucional de la proporcionalidad, la que quedaría de manifiesto al permitir que “una misma infracción pueda ser sancionada con una multa*

de 1 Unidad Tributaria Mensual (\$49.673) o con más de \$573.929.196 (...), lo que queda al capricho del Juez de Policía Local competente” (fojas 21), cabe señalar que, como se explicó en los considerandos 12º a 14º de esta disidencia, el legislador ha tenido particularmente en cuenta el criterio de la proporcionalidad de la sanción en las sucesivas modificaciones que ha introducido al artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. En ese contexto es que los presupuestos de la obra son el parámetro objetivo para el pago de los permisos de construcción como para las sanciones que acarrea su incumplimiento. La consideración de ese parámetro es el que reduce cualquier margen de discrecionalidad por parte del juzgador en un esquema de evidente progresión donde a mayor costo de la construcción de la obra, mayor es la sanción en caso de infracción a la normativa urbanística (...)

19º. Cabe igualmente desestimar la posible inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones en relación con el principio de legalidad, ya que debe impugnarse la norma sustantiva para verificar exactamente el cuestionamiento y cómo se incardina con el precepto legal efectivamente impugnado. Dicho de otra manera, habría que haber debatido acerca de la infracción de no contar las edificaciones de la requirente con recepción final, cuestión no planteada. En este sentido, el planteamiento realizado ante este Tribunal impugnó restrictivamente la norma impidiendo el examen sobre la tipicidad. Y, por lo mismo, el pronunciamiento de esta Magistratura tiene un contenido especulativo que fue necesario para completar la argumentación que desestima esta parte del requerimiento. ([Volver](#))

## **2.- Orellana con Colmena Compañía de Seguros de Vida S.A. Corte Suprema, Rol N°38.834-2019, de 12 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona, en representación de su hijo menor de edad con síndrome de Down, interpuso una acción de protección en contra de Colmena Compañía de Seguros de Vida S.A., por cuanto ésta última rechazó indemnizarle los gastos en que incurrió con motivo de las prestaciones médicas brindadas al niño y señaló que no tenía cobertura por la existencia de malformaciones y/o patologías congénitas diagnosticada o conocida por el asegurado antes de contratar la póliza.

La acción fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Talca y, en consecuencia, el actor dedujo recurso de apelación.

**Fundamento:** Quinto: “Sólo podrán considerarse preexistentes aquellas enfermedades, dolencias o situaciones de salud diagnosticadas o conocidas por el asegurado o por quien contrata a su favor”, dispone el artículo 591 del Código de Comercio.

De ello se desprende que la preexistencia se configura cuando existe un diagnóstico médico fidedigno que determine con certeza la preexistencia de una enfermedad; que ésta aparece directamente

*relacionada con las intervenciones médicas y tratamientos por las que se pide extender la cobertura, y, además, que el asegurado tenga cabal conocimiento del pronóstico antes de la firma del contrato.*

*Sexto: Si bien el diccionario de la Real Academia de la Lengua (edición on line) define el síndrome de down como: “anomalía congénita producida por la triplicación total o parcial del cromosoma 21, que se caracteriza por distintos grados de discapacidad intelectual y un conjunto variable de alteraciones somáticas, entre las que destaca el pliegue cutáneo entre la nariz y el párpado”, lo cierto es que constituye una alteración genética que tiene su origen en la alteración de la división celular que determina la presencia de una mayor cantidad de células en el cromosoma 21, puede llegar a producirse un cromosoma adicional, esto es tres y no dos, en el par 21, de los 23 pares en que se encuentran distribuidos los 46 cromosomas presentes en el ser humano en su ADN (ácido desoxirribonucleico), o parte de este cromosoma 21 se encuentra unido a otro.*

*Séptimo: Tomando como punto de partida del análisis la definición señalada en el considerando previo se advierte, en primer término, que en ésta señala que el síndrome de Down como una anomalía congénita, la cual constituye una condición de la persona que estará presente en su desarrollo, pero descarta que sea una enfermedad, construcción lingüística que refleja el correcto sentido del concepto, puesto que por ella se entiende una alteración del estado fisiológico, que presenta síntomas y signos característicos con una evolución previsible, lo que no sucede en el caso de una persona con síndrome de Down, toda vez que la alteración cromosómica, que es el elemento central a efectos de determinar la referida condición, no es sinónimo de alteración fisiológica, puesto que quienes la poseen se encuentran con mayor o menor riesgo de desarrollar o no patologías ciertas patologías, siendo aquellas –y no la condición de Down- las que finalmente requieren tratamiento del mismo modo que le ocurre a cualquier otro sujeto que no tiene el referido síndrome.*

*Ahora bien, aun cuando la ciencia pueda desentrañar todos los aspectos sobre el tópico que se viene analizando, las máximas de la experiencia permiten sostener que, en lo que respecta al ámbito jurídico, un individuo con síndrome de Down no puede ser calificado como enfermo, toda vez que su condición es una diferenciación en su conformación genética que da lugar a una variante más dentro de la diversidad natural y propia de la naturaleza humana, pero que en caso alguno lo puede situar en la categoría de lo patológico ni menos aún en una posición de menoscabo de su dignidad, en la cual se le debe considerar en condiciones de igualdad, con mayor razón en el campo jurídico y en la plena adquisición y goce de sus derechos.*

*Octavo: El examen de la sucesión de los hechos y actos jurídicos descritos en el motivo cuarto del presente fallo, evidencian que el recurrente, al suscribir su solicitud de incorporación al seguro, declaró aquellas enfermedades preexistentes que habían sido diagnosticadas a su hijo, precisando que éste padecía asma alérgica e hipotiroidismo, cuestión a la que indefectiblemente estaba obligado conforme la normativa contractual y legal que rige el asunto.*

*Sin embargo, conforme a lo que se viene razonando, es necesario subrayar que por las mismas razones no estaba en caso alguno compelido a informar y declarar que su hijo había sido diagnóstico previamente de síndrome de Down, toda vez que al no ser esta una patología resultaba impropio mencionarla en la declaración de salud.*

*Noveno: En consecuencia, al momento de realizar la suscripción del contrato y la correspondiente declaración de salud, no era exigible al asegurado declarar como enfermedad preexistente de su hijo una condición que no es patológica, como es el síndrome de Down, motivo por el cual la excusa esgrimida por la aseguradora para negarse a bonificar los gastos que irrogaron las prestaciones de salud recibidas por el menor de autos resulta infundada.*

*Décimo: El otorgamiento de una prestación de salud constituye la satisfacción de una necesidad de interés general de los ciudadanos y que por tal motivo le corresponde al Estado garantizar se otorgue de una manera regular, permanente, uniforme, objetiva y sin discriminaciones, por su carácter obligatorio, que le permite ser calificada materialmente como una actividad de servicio público, en la cual se coopera por los particulares. Esta definición la ha efectuado el Estado a nivel constitucional y legal, sin que se trate simplemente de una actividad entregada a la simple iniciativa de los particulares, regida por el principio de autonomía de la voluntad, sino que es regulada, dirigida y supervigilada por el Estado, naturaleza que no se pierde aún cuando sea brindada a través de una institución de derecho privado, de forma tal que debe ajustarse a tales determinaciones, en cumplimiento de lo cual los particulares tienen proscrito efectuar distinciones injustificadas como la ocurrida en el presente caso, donde, finalmente, en la condición de Down se pretende fundar el motivo para no otorgar la cobertura a las prestaciones de salud que legítimamente aspira recibir la parte recurrente, configurándose una situación de discriminación que es necesario que esta Corte enmiende.*

*Undécimo: Por tales razonamientos, la conducta de la compañía recurrida afectó la garantía de igualdad del recurrente y de su hijo, respecto de otros contratantes que no están expuestos a una decisión como la denunciada en autos por el sólo hecho de no tener la condición derivada del síndrome de Down, por lo cual se vulnera las garantías de igualdad ante la ley, como asimismo se afecta ilegítimamente el derecho de propiedad del recurrente al haberse negado otorgar la cobertura económica a que tienen derecho padre e hijo, motivo por el cual se impone el acogimiento del arbitrio interpuesto en los términos que se indicará en lo resolutive. ([Volver](#))*

### **3.- Colegio Médico de Chile A.G. Regional de Antofagasta con Servicio de Evaluación Ambiental. Corte Suprema, Rol N°33.337-2019, de 15 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** El Colegio Médico A.G. Regional de Antofagasta dedujo reclamación judicial ante el Primer Tribunal Ambiental contra el Servicio de Evaluación Ambiental, luego que rechazara el recurso jerárquico interpuesto contra de tres Resoluciones de Calificación Ambiental dictadas por la COEVA de Antofagasta.

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

El Primer Tribunal Ambiental rechazó la reclamación, por lo cual la actora interpuso en contra de dicha decisión recursos de casación en la forma y en el fondo.

**Fundamento:** Tercero: *Que el artículo 26 de la Ley N°20.600 refiere que en estos procedimientos, contra la sentencia definitiva dictada por los Tribunales Ambientales, sólo procederá el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.*

*Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en la norma, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.*

*Cuarto: Que la causal de nulidad planteada, lo es por infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, sin embargo, lo cierto es que de la fundamentación del recurso, no se aprecia como aquello ha sido posible, por cuanto el recurrente de nulidad no ha referido medio de prueba específico, que no haya sido valorado, ni tampoco ha indicado principios de lógica o máximas de experiencia contrariados, ni como aquello, en la eventualidad de haber sucedido, ha desviado la decisión definitiva del asunto, causando así un gravamen a la parte, subsanable solo con la nulidad.*

*En efecto, las alegaciones y referencia a disposiciones legales denunciadas por el recurrente, tienen por objeto sustentar, en lo fundamental, una errada y falsa aplicación de las normas reguladoras de la prueba, evidenciada en la circunstancia que, a juicio del recurrente, la prueba aportada por él no fue valorada acertadamente, alegación que no fue sustentada con un análisis de las probanzas que se aprecien omitidas o erróneamente valoradas, ni con conclusión relativa a cómo aquello pudo alterar la resolución de la controversia.*

*Así las cosas, no solo no se fundamenta la pretensión de nulidad referida, sino que tampoco la afectación a las reglas de la sana crítica, que se alzan como fundamento del recurso.*

*Quinto: Que, en las circunstancias descritas, resulta indispensable para la configuración del vicio hecho valer, que el recurso describa y explique con claridad y precisión las reglas de la lógica, máximas de experiencia o conocimientos científicos que dejaron de ser considerados en el fallo, y el modo concreto en que ello fue capaz de influir en lo dispositivo del mismo. Sin embargo, en la especie, el recurrente atribuye a los jueces de la instancia el haber vulnerado la norma, aduciendo que no valoraron adecuadamente su prueba, sin referir a cuál y en qué aspecto, se produciría la infracción.*

*Sexto: Que, como se observa, en las alegaciones del recurrente no se discurre sobre la forma en que el razonamiento de los sentenciadores ha desatendido las normas científicas, simplemente lógicas o de la experiencia que la sana crítica ordena respetar. Su planteamiento más bien apunta a una discrepancia con el proceso valorativo de los medios de convicción aportados a juicio y con las conclusiones que, como consecuencia de dicho ejercicio, han extraído los jueces del fondo, en orden a desestimar la reclamación intentada (...)*

*Noveno: Que, entrando al primer capítulo del recurso de casación de fondo, en cuanto se hace consistir en que la reclamación interpuesta lo ha sido dentro de plazo, debiendo considerarse el recurso jerárquico y más aún cuando la Administración no le otorgó el certificado de silencio administrativo solicitado mientras pendía la resolución de la reposición, y en cambio, rechazó su recurso y elevó el jerárquico en circunstancias que no podía menos que conocer claramente que no era procedente, lo que ocasionó una dilación del procedimiento, puede advertirse que la formulación de esta denuncia es contradictoria porque, por un lado, el recurrente insiste en la procedencia del recurso jerárquico, pero por otra atribuye a la Administración una conducta intencional al haber elevado el referido remedio en circunstancias que no podía menos que conocer su improcedencia para no seguir dilatando más el procedimiento.*

*El recurso de casación en el fondo, sólo admite ser entablado para alegar errores de derecho, precisos y determinados, y no puede admitir alegaciones incompatibles o contradictorias entre sí, como en este caso, ya que de sostenerse que el recurso jerárquico era procedente, no es posible -al mismo tiempo- reprochar a la Administración el haberlo concedido para ante la autoridad señalada en el escrito, y no haberlo declarado inadmisibile desde luego.*

*Décimo: Que sin perjuicio que lo dicho precedentemente, es motivo suficiente para desechar el primer error que fundamenta el libelo, cabe tener presente que el Tribunal Ambiental resolvió que el plazo para interponer la reclamación debe contarse desde la resolución que resuelve la reposición, es decir, en este caso, desde la Resolución Exenta N°89 de fecha 10 de mayo de 2018, notificada el 28 de junio de ese año. En efecto, si bien esta Corte ha respaldado la tesis del agotamiento de la vía administrativa, no es menos cierto que ello es en base al ejercicio de los recursos que el procedimiento legalmente previene al efecto y ante las autoridades que en derecho corresponda. En la especie, se ha interpuesto un recurso jerárquico subsidiario de reposición, para ante una autoridad que, legalmente, no reúne el requisito sine qua non, de ser el superior jerárquico del órgano del cual emana el acto impugnado, razonamientos desarrollados por el tribunal en los motivos decimoséptimo y vigésimo tercero del fallo impugnado, y que esta Corte comparte. En síntesis, la reclamación aparece como extemporánea, por lo que los jueces han resuelto correctamente la controversia, sin incurrir en el error de derecho denunciado.*

*Undécimo: Que, el segundo capítulo de infracciones, se vincula con una supuesta omisión de los sentenciadores sobre la existencia de un supuesto vicio esencial en la etapa de evaluación ambiental*



## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*de los proyectos aprobados mediante las RCA cuya invalidación se pretendía por los reclamantes, y que estaría constituido por una alteración de la línea de base del proyecto Sierra Gorda a partir de su actualización realizada por el proyecto del mismo nombre, calificado ambientalmente como favorable mediante Resolución Exenta N°290/2012.*

*Décimo segundo: Que, no habiendo superado el recurso, el escollo de la extemporaneidad de la reclamación, la alegación que se enarbola en el segundo capítulo de infracciones carece de influencia, pues aun de concordarse con el recurrente en cuanto a su configuración, lo cierto es que habría de llegarse a igual conclusión a la que arribaron los sentenciadores, esto es, al rechazo de la reclamación.*

*Décimo tercero: Que, sin perjuicio de lo razonado en el motivo precedente, es indispensable aclarar que el Tribunal Ambiental ratificó las atribuciones de la COEVA de la Región de Antofagasta para desechar la solicitud de invalidación por haber transcurrido más de dos años desde la fecha de dictación de las respectivas resoluciones de calificación ambiental impugnadas por los recurrentes, argumento que cimentó la Resolución Exenta N°26 de 2018 y que fue mantenida al rechazar la reposición mediante Resolución Exenta N°89 del mismo año.*

*Asimismo, el Tribunal Ambiental se pronunció sobre una supuesta ilegalidad de las referidas Resoluciones Exentas N°26 y N°89, ambas del año 2018, al no perseguir de oficio la nulidad de derecho público de las resoluciones de calificación ambiental cuya invalidación se perseguía. Respecto de este punto, la sentencia impugnada estableció que las Resoluciones Exentas ya aludidas, se ajustaron a derecho al abordar y ponderar la solicitud de invalidación de la reclamante como su recurso de reposición, debiendo ejercerse la nulidad de derecho público por los interesados ante los órganos jurisdiccionales que corresponda, no siendo esta una competencia exigible a los órganos de la Administración del Estado.*

*Sin embargo, respecto de las RCA el Tribunal Ambiental concluyó que, en la medida que se trata de actos administrativos ambientales, sí tiene competencia para conocer de la nulidad de derecho público de las mismas, por la vía de la reclamación del artículo 17 de la Ley N°20.600, en virtud de lo cual analizó los vicios calificados como esenciales por la reclamante, consistentes en: 1.-Un proceso de participación ciudadana que adolece de vicios, 2.- El proyecto de actualización Sierra Gorda generaría riesgo a la salud de la población y afectación de los sistemas de vida y costumbre los cuales no habrían sido reconocidos durante su evaluación y, 3.- Que respecto del proyecto de recepción acopio y embarque de concentrado cobre generaría afectación a la zona de emplazamiento del mismo.*

*El Tribunal Ambiental concluyó que no existen tales afectaciones y vicios, luego de revisar cada uno de los antecedentes de las distintas evaluaciones ambientales, para luego declarar que la COEVA de Antofagasta actuó, en la dictación de los actos reclamados, dentro de la investidura de su autoridad y ajustada derecho, sin que exista prueba para argumentar que se haya excedido de la órbita de sus competencias, actuando con respeto a la Ley N°19.880 así como también a la Ley N°19.300, actuando*

conforme a sus reglamentos ajustándose sus actuaciones a derecho. Concretamente, a partir del motivo centésimo trigésimo cuarto al centésimo trigésimo sexto, el tribunal descartó el vicio denunciado y, por el contrario, asentó que tales reproches fueron afrontados y descartados en la respectivas evaluaciones ambientales, añadiendo que de la inspección personal del tribunal no emanaron antecedentes suficientes para asentar la efectividad de los hechos denunciados.

Décimo cuarto: Que, en tales circunstancias, el recurso se levanta contra los hechos del proceso, e intenta variarlos, proponiendo otros que, a juicio de la recurrente, estarían acreditados, como sería el que el proyecto Actualización Sierra Gorda vulnera la línea de base del proyecto original, lo que generaría riesgo a la salud de la población y afectación de sus sistemas de vida y costumbres de la ciudad de Antofagasta. Pues bien, al respecto resulta pertinente señalar que la variación de los hechos asentados en la causa es ajena a un recurso de esta especie, destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley. En efecto, a través del recurso de casación se analiza la legalidad de una sentencia, lo que significa que se realiza un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero los hechos como soberanamente los han dado por probados o sentados los jueces del fondo no pueden modificarse por esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor legal de la prueba, cuyo no es el caso de autos.

Décimo quinto: Que, en efecto, las sentencias se construyen estableciendo hechos sobre la base de la prueba rendida, la que debe ser analizada por el tribunal de la instancia de acuerdo a las normas que le indican los parámetros de valoración. A los hechos así establecidos se debe aplicar la ley, para de ese modo dictar la sentencia, y es justamente esa labor de aplicación de la ley la que puede ser revisada por un tribunal de casación. La finalidad de modificar los hechos es ajena al recurso de nulidad sustancial. Como se señaló, la única forma en que los supuestos fácticos podrían ser alterados por la Corte de Casación sería mediante la denuncia y comprobación de infracción de disposiciones reguladoras de la prueba, reglas que determinan parámetros fijos de apreciación de su mérito, cuya efectiva vulneración no ha sido denunciada en el presente caso. ([Volver](#))

#### **4.- Fuentes con Municipalidad de Ñuñoa. Corte Suprema, Rol N°6752-2019, de 15 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Dos personas interpusieron un reclamo de ilegalidad deducido en contra de la Municipalidad de Ñuñoa impugnando el rechazo ficto del reclamo en sede administrativa dirigido en contra del Permiso de Edificación N° 299-2017, sin perjuicio que, según se expone, fuera de plazo, la recurrida emitió un Decreto N° 507 rechazando igualmente la reclamación.

La acción fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago, por lo que la parte reclamante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de dicha decisión.



**Fundamento:** *Décimo tercero: Que la exposición de los antecedentes, deja en evidencia que, en la especie, no se cumple la exigencia expuesta en el fundamento precedente, toda vez que los sentenciadores desarrollan cuatro líneas argumentales para descartar el reclamo de ilegalidad: a) la autoridad que tiene la supervigilancia técnica del Director de Obras Municipales estableció que el estudio de sombras cumple las exigencias normativas; b) el reclamo en sede administrativa se dedujo en forma extemporánea; c) no se acreditó la afectación del interés general de la comunidad; d) no se acreditaron las ilegalidades atribuidas al proyecto de edificación. Sin embargo, el recurso en estudio sólo ataca el segundo y tercer aspecto señalado por los sentenciadores, arguyendo que el reclamo de ilegalidad no fue deducido en forma extemporánea toda vez que el titular del proyecto no cumplió con el procedimiento de notificación voluntaria establecido en la ley, por lo que en la especie a los terceros eventualmente afectados por el proyecto, no les empece el procedimiento de publicación a través de la inclusión en una nómina exhibida por la DOM, debiendo estos entenderse notificados sólo si se verifican las exigencias del artículo 45 y 48 de la Ley N° 19.880, cuestión que en la especie no se cumplió, ergo, no se les puede computar plazo alguno para reclamar de ilegalidad, máxime si la sola circunstancia de denunciar ilegalidades vinculadas al ámbito urbanístico determina la afectación del interés general.*

*Lo anterior es relevante, toda vez que determina que el error de derecho denunciado carezca de influencia en lo dispositivo del fallo, puesto que, aún cuando esta Corte concordara con el recurrente respecto de la existencia de tales yerros, los arbitrios no podrían prosperar, puesto que dos de los razonamientos que determinaron el rechazo permanecen inamovibles al no ser impugnados por el recurrente.*

*Lo anterior no es baladí, toda vez que a través de ambas líneas argumentales soslayadas en el libelo en estudio los sentenciadores concluyen que no se acreditaron las ilegalidades. Al no ser materia del recurso, este tribunal debe estar a su declaración, sin que se encuentre facultado para revisar su pertinencia, razón por la que sólo cabe concluir que los errores de derecho denunciados, carecen de influencia en lo dispositivo del fallo.*

*Décimo cuarto: Que, desde otra perspectiva, se aprecia que el recurso carece de denuncia y desarrollo del error de derecho que necesariamente debió estar vinculado a la ilegalidad que se aduce contaminaría al permiso de edificación cuestionado en autos, lo que es relevante, toda vez que en el petitorio del arbitrio se requiere que, en la sentencia de reemplazo, se acoja el reclamo de ilegalidad y se anule el Permiso N° 299-2017. En este aspecto, el medio de impugnación extraordinario no se refiere concretamente a las supuestas ilegalidades, no las señala, menos aún denuncia y explica cómo se produce el error de derecho relacionándolo expresamente con cada una de las normas vulneradas al otorgar el permiso, olvidando el recurrente el carácter estricto del recurso de casación cuyas exigencias se disponen en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, que debe entenderse en armonía con lo previsto en los artículos 764 y 767 del mismo Código. De acuerdo a dichos preceptos se permite*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*como único sustento de la invalidación de la sentencia censurada el quebrantamiento de una o más normas legales contenidas en la decisión. Por ello es menester que, al interponer un recurso de la especie, el recurrente cumpla lo requerido por la disposición en análisis, esto es, expresar en qué consisten él o los errores de derecho de que adolece la resolución recurrida.*

*Aparte del cumplimiento del requisito enunciado, con idéntica rigurosidad, el mismo artículo 772 del Código de Enjuiciamiento Civil impone, a quien interponga un recurso de casación en el fondo, la obligación de señalar en el respectivo escrito el modo en que el los errores de derecho que denuncia han influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia que trata de invalidar.*

*En este aspecto, se debe enfatizar que tanto la jurisprudencia como la doctrina hacen consistir los yerros jurídicos que pueden conducir a la invalidación del fallo en aquellos que pudieron originarse por haber otorgado los sentenciadores un alcance diferente a una norma legal respecto del establecido por el legislador, ya sea ampliando o restringiendo el mandato de sus disposiciones; o por haber aplicado una ley a un caso no previsto en ella o, por último, por haber dado aplicación a un precepto legal en una situación ajena a la de su prescripción, análisis que en el caso concreto esta Corte no puede realizar, por cuanto ello importaría dejar a la discrecionalidad de esta Corte la determinación del error de derecho en que pudiera incurrir la sentencia, cuestión que atañe a un asunto que la ley ha impuesto a la parte agraviada.*

*Décimo quinto: Que, sin perjuicio que lo expuesto es suficiente para desechar el recurso, esta Corte considera relevante señalar, además, que el estudio de los antecedentes revela que la pretensión última del recurrente, al requerir que se declare la ilegalidad del Permiso de Edificación N° 299, se vincula más bien con el cuestionamiento de la legalidad de un acto administrativo distinto, esto es, la aprobación del Anteproyecto de Edificación N° 49-2016, acto administrativo que goza de presunción de legalidad, que se encuentra vigente y que no fue formalmente cuestionado en autos.*

*Décimo sexto: Que, por otro lado, se debe señalar, que el artículo 116 bis C de la Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone que aprobado por el Director de Obras Municipales, entre otros, de un anteproyecto o un permiso de edificación, “el propietario podrá informar al público sobre dicha gestión administrativa, para lo cual deberá comunicar por escrito a la Dirección de Obras Municipales que se acoge al procedimiento de publicidad que regula este artículo”. En el inciso segundo agrega: “La Ordenanza General establecerá la forma, plazo y condiciones mediante las cuales se podrá informar al público, al concejo y a las juntas de vecinos de la unidad vecinal correspondiente de la aprobación a que alude el inciso anterior. Entre dichas medidas, se considerará la instalación de un letrero visible en el lugar de la obra, la comunicación por escrito a los vecinos afectados y la comunicación a través de algún medio masivo, como radio o periódico, de acuerdo a las características de los proyectos. En todo caso, se deberá contemplar, como último trámite, la obligación de publicar un aviso en el Diario Oficial, el cual dará a conocer a la comunidad las características esenciales de la*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*actuación de que se trate, la que se presumirá de derecho conocida desde la publicación del mencionado aviso.”*

*La Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en su artículo 1.4.20 y 1.4.21, reglamenta la publicación, entre otros actos, del permiso de edificación, distinguiendo claramente los procedimientos en dichos numerales.*

*Es una facultad del titular del proyecto someterse a uno u otro de estos procedimientos, permitiendo el primero tener mayor certeza, destacándose la reforma incorporada por la Ley 19.878 a la Ley General de Urbanismo y Construcciones. En el curso de la tramitación de la reforma en referencia, que constituye la historia fidedigna de su establecimiento, se dejó constancia que el contenido del proyecto comprende otorgar mayor claridad a la aplicación de los instrumentos de planificación territorial, estableciendo procedimientos de publicidad de las gestiones administrativas, por lo cual el “proyecto plantea establecer una nueva norma en la Ley General de Urbanismo y Construcción, que contiene un procedimiento de publicidad para las gestiones administrativas que consistan en la aprobación de un anteproyecto o autorización o permiso, de edificación, de urbanización, o de cambio de destino de un edificio. Se condiciona la aplicación del procedimiento de publicidad y sus efectos a que el propietario declare acogerse a dicha norma, mediante un documento ingresado a la Dirección de Obras Municipales, el que deberá ser agregado al expediente respectivo a la brevedad.” Se expresa que el efecto será presumir de derecho que los proyectos son conocidos desde la publicación en el Diario Oficial (Mensaje del Presidente de la República, sesión 21, legislatura 347, de 2 de julio de 2002).*

*La doctrina refiere al respecto: “4.12 Normas especiales sobre publicidad voluntaria de diversos tipos de permisos y autorizaciones otorgadas por las Direcciones de Obras Municipales. Los actos administrativos vinculados a la construcción, en especial los anteproyectos y permisos de construcción, constituyen elementos fundamentales para que los agentes inmobiliarios adopten sus decisiones de inversión, reúnan capitales, acuerden precios de compra de terrenos, celebren contratos de financiación bancaria, contraten trabajadores, adquieran materiales de construcción y realicen un conjunto de actos empresariales y comerciales de gran envergadura económica y social; sin embargo, ha sido frecuente que en la etapa misma de la construcción se presenten terceros, de buena o mala fe, impugnando los permisos otorgados, ya sea mediante reclamaciones administrativas, jurisdiccionales y, especialmente, mediante la vía de recursos de protección, generando en esta forma grave incertidumbre y elevados perjuicios a los empresarios inmobiliarios y empresas constructoras. La razón principal de que ello ocurra es el hecho de que tratándose de terceros, ajenos a la autorización o permiso concedido, los plazos de que disponen para impugnar estas autorizaciones o permisos se cuentan desde que realmente tomaron conocimiento de los hechos, lo que puede ocurrir, en forma real o simulada, en pleno desarrollo de la construcción. A fin de evitar estos abusos y perjuicios, a instancias del Ejecutivo, se dictó la ley N° 19.878 (D.O. 31.05.2003), que incorporó un artículo nuevo sobre la materia, el artículo 116 bis C), en la L.G.U.C.; al mismo tiempo, este artículo de la ley fue*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*detalladamente reglamentado, mediante modificación hecha a la Ordenanza por decreto supremo N° 142 del Minvu, publicado en el Diario Oficial de 8 de octubre de 2003 (nuevos artículos 1.4.20 y 1.4.21.).” (Figueroa Velasco, Patricio y Figueroa Valdés, Juan. Urbanismo y Construcción. Thomson Reuters, segunda edición actualizada, Santiago, 2016.).*

*Décimo séptimo: Que, en consecuencia, el reclamo de ilegalidad deducido en sede administrativa, en tanto cuestiona la aprobación del anteproyecto, efectivamente es extemporáneo, pues la Ley N° 18.695, establece un plazo de 30 días hábiles para interponer el Reclamo, el que transcurrió en exceso desde la aprobación de aquel en el año 2016, pues la presente acción se deduce el 19 de marzo de 2018. Es más, el permiso de edificación formalmente cuestionado fue otorgado el 8 de noviembre de 2017.*

*Es imperioso reiterar que el artículo 151 de la Ley N° 18.695, reglamenta los reclamos que se interpongan en contra de las resoluciones u omisiones ilegales del Alcalde o de los funcionarios de las municipalidades, consignando que el mismo podrá interponerlo cualquier particular, ante el Alcalde, cuando afecten el interés general de la comuna, el cual deberá entablarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de publicación del acto impugnado, tratándose de resoluciones, o desde el requerimiento de las omisiones. En el mismo sentido el artículo 48 de la Ley 19.880 dispone la obligación de publicar en el Diario Oficial los actos administrativos que miren al interés general.*

*Décimo octavo: Que, reiterando la pertinencia de las normas que regulan los procedimientos relativos a los permisos de edificación y las obligaciones que impone la legislación a la Dirección de Obras, esta Corte Suprema ha distinguido claramente la situación de vigencia de aquellos actos que no requieren publicación, sosteniendo en los autos rol N° 4384-2008 y N° 377-2012, que “el reclamo de ilegalidad contemplado en la letra a) del artículo 151 de la Ley N° 18.695 plantea el problema de saber que ocurre con los actos administrativos que no se notifican a los interesados, y que tampoco son de aquellos que se publican, de acuerdo al artículo 48 de la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, como ocurre precisamente con actos que autoricen o modifiquen un permiso de construcción de un edificio de un tercero. En este evento, en relación con actos no publicados ni notificados, la solución es que el plazo de treinta días debe contarse desde la dictación del acto, lo que no puede ser de otra manera, ya que y salvo que se rechace la posibilidad de accionar, la única otra solución sería que el plazo se cuente desde que se tuvo conocimiento del acto, lo que resulta contradictorio con la naturaleza misma del reclamo de ilegalidad y la certeza jurídica necesaria. Respalda esta aseveración la necesidad jurídica de que la presunción de legalidad que consagra el artículo 3° de la Ley N° 19.880 se fije con claridad, de modo que las actuaciones administrativas, municipales en este caso, no queden sujetas a la posibilidad de una revisión indefinida”.*

*Décimo noveno: Que si bien esta Corte ha señalado que determinados permisos de edificación deben publicarse en el Diario Oficial, aquello se ha fundado en sus particularidades, toda vez que tienen ciertas características específicas vinculadas a su magnitud y ubicación, se relacionan con el interés general de la comuna. Sin embargo, los antecedentes de hecho del presente caso, no dejan establecida*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*ninguna particularidad que haga procedente la aplicación excepcional de la normativa municipal o subsidiaria de la Administración, para establecer la obligatoriedad de la publicación en el Diario Oficial, hito desde el cual se pretende se compute el plazo para recurrir de ilegalidad. ([Volver](#))*

### **5.- Zúñiga y otro con Municipalidad de La Reina. Corte Suprema, Rol N°3900-2019, de 16 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Dos personas dedujeron reclamación de ilegalidad, al tenor del artículo 151 de la Ley N° 18.695, en contra de la Municipalidad de La Reina solicitando que sea dejada sin efecto la Resolución de Modificación de Proyecto N° 14.108, de 29 de marzo de 2018. En su reclamación denuncian construcciones de carácter deportivo en una zona cuyo plan regulador no lo permite, debido a que la misma se encuentra congelada.

La acción fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago, por lo que los actores interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de esa sentencia.

**Fundamento:** DÉCIMO PRIMERO: *Que esta Corte no puede menos que advertir que la decisión impugnada en autos, en cuya virtud se desestimó la reclamación intentada, se fundó en que no procedía que los cambios introducidos al permiso de obra menor otorgado en el año 2014 fueran tramitados como si de un proyecto nuevo se tratase, toda vez que esa obra menor aún no contaba con recepción final y, además, porque la resolución impugnada no aprueba la construcción de una superficie mayor que aquella que fuera aprobada por la Dirección de Obras Municipales a través del Permiso N° 726.*

*Asimismo, resulta indispensable consignar que, antes de asentar la antedicha conclusión, los magistrados del fondo delinearon el objeto del presente proceso expresando que el asunto debatido exige determinar si en autos “se trata de nuevas obras o de una modificación de un permiso ya concedido”, no obstante lo cual, al decidir el asunto controvertido abandonan dichas nociones y centran su determinación, principalmente, en que el cambio de que se trata “no genera aumento de superficie”.*

*De lo anterior se sigue que, aun cuando los sentenciadores identificaron correctamente el núcleo del asunto debatido –pues, de acuerdo al artículo 5.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, la utilización del mecanismo empleado en el caso en examen requiere establecer si, efectivamente, en la especie se trata de la modificación de un proyecto ya aprobado y no de la edificación de uno nuevo y distinto de aquel–, al resolver abandonaron semejante convicción y, en su lugar, fundaron su determinación en que la alteración introducida por la resolución impugnada en autos “no genera aumento de superficie”, olvidando que el acto administrativo censurado aprueba la modificación de un proyecto autorizado en el año 2014, decisión en la que la variación en el volumen total construido constituye un aspecto secundario, sujeto a la identidad que debe existir entre el proyecto original y las modificaciones de que se trata.*



# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*En efecto, la cuestión esencial a dilucidar en la especie supone establecer si las modificaciones autorizadas mediante la Resolución N° 14.108 corresponden y resultan congruentes con el proyecto aprobado a través del Permiso de obra menor N° 726, o si, por el contrario, configuran un proyecto distinto de aquél, puesto que sólo después de esclarecido aquello será posible definir si las obras de que se trata han de sujetarse a las exigencias previstas en los numerales del artículo 5.1.17 o si, por la inversa, deben ser sometidas al escrutinio completo y exhaustivo propio de una obra nueva, entre cuyos requisitos se incluyen, sin duda, aquellos contemplados en el artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, tales como el congelamiento del uso de suelo o el volumen construido (...)*

*DÉCIMO QUINTO: Que el artículo 5.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, ubicado en el Capítulo 1, “De los permisos de edificación y sus trámites”, del Título 5, “De la construcción”, dispone, en su primer párrafo, que: “Si después de concedido un permiso y antes de la recepción de las obras, hubiere necesidad de modificar un proyecto aprobado, se deberán presentar ante el Director de Obras Municipales” los antecedentes que detalla.*

*A su turno el inciso 1° del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones prescribe que: “Los terrenos cuyo uso no se conformare con los instrumentos de planificación territorial correspondientes, se entenderán congelados. En consecuencia, no podrá aumentarse en ellos el volumen de construcción existente para dicho uso de suelo. Sin embargo, los aumentos que tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provocare su actividad productiva no estarán afectos a dicho congelamiento, como, asimismo, las obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras y de sus instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto”.*

*Además, resulta pertinente consignar que el inciso 1° del artículo 116 de la citada ley estatuye que: “La construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la Dirección de Obras Municipales, a petición del propietario, con las excepciones que señale la Ordenanza General”.*

*DÉCIMO SEXTO: Que, por último, es necesario dejar asentado que los sentenciadores dieron por establecidos como hechos de la causa los siguientes:*

*A.- La resolución impugnada no modificó el uso de suelo de equipamiento deportivo.*

*B.- El uso de suelo del lugar se encuentra congelado.*

*C.- Con fecha 20 de enero de 2014 se autorizó una obra menor en el lugar, misma que a la fecha de la sentencia en examen no contaba con recepción final.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Asimismo, es necesario dejar explícitamente asentado que las partes no han controvertido que el Permiso de obra menor N° 726, de 20 de noviembre de 2014, autorizó un proyecto consistente en “Ampliación de oficinas, 44,29 m2 primer piso” y, además, que la Resolución N° 14.108, de 29 de marzo de 2018, autorizó, sin aumento de superficie, el desplazamiento y cambio de destino de tres contenedores, modificaciones interiores en un gimnasio y la construcción de un muro de escalada de nueve metros de altura.*

*DÉCIMO SÉPTIMO: Que, como se dijo, la decisión del asunto controvertido exige determinar si la resolución materia del reclamo autorizó la modificación de un proyecto previamente aprobado, como sostiene la reclamada, o si, por el contrario, por su intermedio se autorizó la edificación de obras distintas de aquellas contempladas en el permiso original, que configuran, dada su individualidad y características distintivas, un proyecto distinto del anterior.*

*Al efecto, cabe señalar que el examen de los antecedentes demuestra que el Permiso de obra menor N° 726, de 20 de noviembre de 2014, autorizó una “Ampliación de oficinas” ubicadas en el primer piso, en 44,29 metros cuadrados, mientras que la Resolución N° 14.108, de 29 de marzo de 2018, facultó el desplazamiento y cambio de destino de tres contenedores, la realización de modificaciones interiores en un gimnasio y la construcción de un muro de escalada de nueve metros de altura.*

*Como se observa, ambos proyectos están conformados por obras completamente diferentes entre sí, hasta el punto de que es posible sostener que la Resolución N° 14.108 autoriza unas obras que difieren por completo de las primitivamente permitidas, de modo que no cabe aceptar la noción de una mera reforma de la “Ampliación de oficinas” aprobada inicialmente.*

*En efecto, y como resulta evidente, el desplazamiento y cambio de destino de tres contenedores, la realización de modificaciones interiores en un gimnasio y la construcción de un muro de escalada de nueve metros de altura no guardan relación alguna con el incremento de la superficie de unas oficinas y constituyen, por el contrario, un conjunto constructivo separado y diverso, por su contenido y funcionalidad, que no puede ser equiparado de modo alguno a la obra menor original.*

*DÉCIMO OCTAVO: Que, así las cosas, forzoso es concluir que las edificaciones a que se refiere la resolución impugnada en autos constituyen obras nuevas y distintas de aquella autorizada inicialmente y, por consiguiente, se deben sujetar a la normativa que regula la construcción de nuevas obras y no a la que rige respecto de la mera modificación de las ya aprobadas.*

*DÉCIMO NOVENO: Que en este punto es necesario recordar que el inciso 1° del artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones ordena que la “construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la Dirección de Obras Municipales, a petición del propietario, con las excepciones que señale la Ordenanza General”.*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*En estas condiciones, aparece con nitidez que las obras a que se refiere la resolución reclamada, en tanto configuran un proyecto distinto de aquel aprobado en el año 2014, se rigen por lo estatuido en la norma transcrita, conforme a la cual el dueño del inmueble en que se intenta erigirlas ha debido solicitar a la autoridad municipal un permiso de edificación para concretar su construcción, proceder que, sin embargo, no se ha verificado en la especie.*

*VIGÉSIMO: Que no obsta a la conclusión anterior lo prevenido en la frase final del inciso 1° del mencionado artículo 116, conforme a la cual el permiso de que se trata no es exigible cuando se trate de “las excepciones que señale la Ordenanza General”, pues el artículo 5.1.2 de dicho cuerpo normativo establece que el “permiso no será necesario” en los casos que cita, que, en síntesis, dicen relación con obras de carácter no estructural al interior de una vivienda; con elementos exteriores sobrepuestos que no requieran cimientos; con cierros interiores; con obras de mantención; con instalaciones interiores adicionales a las reglamentariamente requeridas; con piscinas privadas a más de 1,5 m del deslinde con predios vecinos y, por último, con la instalación de antenas de telecomunicaciones, ninguno de los cuales corresponde a las obras de cuya autorización se trata en la especie.*

*VIGÉSIMO PRIMERO: Que así las cosas, al decidir el rechazo de la reclamación intentada en autos, los jueces del grado vulneraron la anotada disposición, que rige esta materia, pues, en lugar de concluir que las obras a que se refiere la Resolución N° 14.108, de 29 de marzo de 2018, requerían para su construcción de un permiso de edificación, conforme a lo estatuido en el artículo 116 aludido más arriba, estimaron suficiente la adopción a su respecto del mecanismo previsto en el artículo 5.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, pese a que esta última norma no regula la situación en examen, dado que, como quedó establecido en lo precede, las obras de que se trata conforman un proyecto nuevo y distinto de aquel autorizado mediante el Permiso de obra nueva N°726 del año 2014.*

*VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en consecuencia, se debe concluir que la sentencia impugnada adolece de nulidad en cuanto desestimó la reclamación deducida en autos, pues al hacerlo no observó la normativa que rige la materia, contenida en el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, conforme a la cual la “construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la Dirección de Obras Municipales, a petición del propietario”, autorización que, sin embargo, no se obtuvo en el caso en estudio.*

*VIGÉSIMO TERCERO: Que, conforme a lo razonado en los basamentos anteriores, aparece de manifiesto que la sentencia recurrida yerra al no acatar lo dispuesto en el mencionado artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y que tal error de derecho, además, ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, pues resulta de toda evidencia que una*



correcta interpretación y aplicación de la precitada disposición habría conducido al acogimiento de la acción intentada en la especie. ([Volver](#))

**6.- Ciudad Empresarial S.A. con Municipalidad de Huechuraba. Corte Suprema, Rol N°21.285-2019, de 17 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** La empresa Ciudad Empresarial S.A. interpuso una reclamación en contra de la Municipalidad de Huechuraba, en la cual solicitó se deje sin efecto la Resolución DOM N°475, de 7 de agosto de 2018, dictada por la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Huechuraba, por intermedio de la cual se declaró la imposibilidad de actualizar el Certificado N°19/2008.

El arbitrio fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, por lo cual la reclamada dedujo recurso de casación en el fondo.

**Fundamento:** *Décimo: Que, despejado lo anterior, ambos capítulos del arbitrio de nulidad sustancial se centran en aseverar que la Dirección de Obras Municipales no cuenta con competencia expresa para resolver aquello que se le ha solicitado, por cuanto se trata de antecedentes que fueron analizados por la Seremi de Vivienda, en un pronunciamiento que resulta obligatorio para el municipio, al haber sido emitido por quien resulta su superior en materias técnicas.*

*Undécimo: Que la competencia ha sido definida como “la medida de la potestad que corresponde a cada entidad y a cada órgano o, si se prefiere, es el conjunto de facultades, poderes, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa o a un determinado órgano en relación a los demás.” “Es un elemento esencial de todo ente y de todo órgano, presupuesto de su lícita actividad y límite de la misma.” Lógico es precisar que si se actúa dentro de la esfera de sus atribuciones el actuar de la autoridad es legítimo, válido y no merece reproche en este sentido. Por el contrario, en el evento que los actos dictados por un órgano excedan sus atribuciones, obre fuera de sus facultades y se determine que no es competente, dichos actos se encontrarán “viciados de incompetencia” y, por lo mismo, “no son válidos”, cesando sus efectos, los que no serán reconocidos por el Derecho. “La única que puede atribuir competencia a las autoridades administrativas, según lo que disponen los artículos 7º y 65, inciso cuarto, N° 2 de la Constitución Política de la República, es la ley”. (Luis Cordero Vega. Lecciones de Derecho Administrativo. 2º Edición, Thomson Reuters, p. 198).*

*Interesa entonces determinar las atribuciones de las municipalidades – específicamente de la Dirección de Obras Municipales – y de las Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, así como también la relación que existe entre estas entidades.*

*El artículo 110 de la Constitución Política de la República, preceptúa: “Para los efectos de la administración local, las provincias se dividen en comunas”. A su vez, conforme al artículo 118 de la Carta Fundamental, “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que*

*determine la ley reside en una municipalidad”, las que son definidas como “corporaciones autónomas de derecho público”, cuyas funciones y atribuciones serán determinadas por una Ley Orgánica Constitucional.*

*Es la Ley N°18.695 el cuerpo normativo que ordena que corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización (art. 3°, letra e)) para cuyo efecto dispondrá de diferentes unidades, recayendo en la encargada de las obras municipales: “Velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, del plan regulador comunal y de las ordenanzas correspondientes”, para lo cual goza de una serie de potestades detalladas en el artículo 24, que se traducen en la aplicación de las normas legales sobre construcción y urbanización en la comuna.*

*A su turno, el artículo 4° de la LGUC, establece que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, “a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, deberá supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización e interpretar las disposiciones de los instrumentos de planificación territorial”. Es precisamente en el ejercicio de estas atribuciones de supervigilancia, que toca a la Seremi de Vivienda resolver las reclamaciones que se presentaren contra las resoluciones dictadas por los Directores de Obras Municipales, conforme a lo dispuesto en los artículos 12 y 118 de la LGUC.*

*Duodécimo: Que, en este mismo orden de pensamiento, la doctrina se ha referido a la importancia de la labor fiscalizadora que las Seremi ejercen sobre las Direcciones de Obras Municipales, en relación a la correcta aplicación de la legislación sobre construcción y urbanización, señalando: “Queda pues meridianamente claro que el Director de Obras Municipales es un funcionario municipal, sujeto a la Ley 18.883 sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales y, por tanto, un funcionario dependiente del respectivo Alcalde.*

*Sin embargo, en lo tocante a la aplicación de las normas urbanísticas contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones –DFL 458– su ordenanza general, normas de los instrumentos de planificación territorial, como son los Planes Reguladores y demás preceptos urbanísticos contenidos en legislación complementaria, el Director de Obras Municipales es un funcionario técnico que debe cumplir los preceptos legales y reglamentarios, en cada caso sometido a su conocimiento y resolución, ciñéndose al principio de la legalidad que contemplan los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de la República, y las normas de las leyes 18.575, 19.880 y del DFL 458, su Ordenanza General y legislación complementaria.*

*Por lo expuesto anteriormente no es dable suponer que el Alcalde como autoridad administrativa, pueda inmiscuirse sobre la procedencia o improcedencia de otorgar un permiso de edificación, ya que es una facultad reglada en el art. 116 del DFL 458, o sobre la procedencia de una recepción final, que igualmente es una facultad reglada en el art. 144 de dicho cuerpo legal. Lo mismo sucede con las*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*demás materias técnicas y urbanísticas. En cambio sí podrá inmiscuirse el Alcalde si observa dejación, retraso o abandono de funciones del Director de Obras Municipales” (José Fernández Richard. Facultades y atribuciones de las Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo en relación a las Direcciones de Obras Municipales. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, volumen 79, año 2013, pág. 89).*

*Concluye el mismo autor la existencia de una doble dependencia de las Direcciones de Obras Municipales, por cuanto son una repartición de los municipios, pero sometidas a la supervigilancia de las Seremis de Vivienda.*

*Décimo tercero: Que, volviendo a los antecedentes de la causa, el Certificado N°19/2008, de fecha 2 de diciembre de 2008, emitido por la Directora de Obras Municipales de Huechuraba de la época, refiere que el loteo “Ciudad Empresarial” se encuentra emplazado, de acuerdo al PRCH en la zona ZC4 de Equipamiento, la cual pertenece al área urbanizable.*

*Sin embargo, a la luz de la normativa citada anteriormente, fluye que el municipio de Huechuraba no contaba con atribuciones para interpretar el Plan Regulador Comunal a fin de establecer la norma urbanística que afecta al loteo objeto de estos antecedentes, por cuanto dicha potestad radica únicamente en la Seremi de Vivienda, conforme lo señala el artículo 4° de la LGUC.*

*La conclusión anterior se ve corroborada por el hecho que la misma reclamante dedujo ante la Secretaría Regional Ministerial, el día 6 de septiembre de 2018, el reclamo regulado en el artículo 12 de este último cuerpo normativo, en contra del mismo acto que en esta sede se reclama, esto es, la Resolución DOM N°475 de 7 de agosto de 2018.*

*La decisión de este reclamo es emitida a través de la Resolución Exenta N°3481 de 29 de noviembre de 2018, confirmando la circunstancia de tratarse de una materia que requería la interpretación de los respectivos Instrumentos de Planificación Territorial, por cuanto el PRCH y el PRMS contienen términos idénticos que llevan a confusiones, razón por la cual se dispone que el municipio deberá incluir en una futura modificación, el reemplazo de los conceptos utilizados para denominar a los terrenos emplazados dentro del límite urbano, asegurándose de que los nuevos no coincidan con denominaciones ya existentes en otro instrumento.*

*De este modo, la autoridad concluye “que el loteo en cuestión está emplazado en área de extensión oriente, considerando para esta zonificación el PRC de Huechuraba, lo que corrobora lo ya aclarado anteriormente, respecto de que el loteo señalado no se encuentra dentro del área de extensión urbana normada por el PRMS, sino en contrario, se emplaza en el área urbana, al interior del límite urbano de la comuna, normada por el PRC de Huechuraba”.*

*Incluso se refiere esa resolución al certificado cuya actualización fue solicitada, expresando que no resulta factible “asimilar el concepto ‘urbanizable’ utilizado por dicho IPT [se refiere al PRCH] para*

*definir superficies del territorio emplazadas dentro del límite urbano, con el territorio proyectado por el Plan Regulador Metropolitano de Santiago, quien delimita y norma las áreas destinadas al crecimiento urbano, llamada área de extensión urbana, siendo estas áreas, urbanizables, según lo ya informado”.*

*Décimo cuarto: Que lo hasta ahora razonado permite concluir que, al acoger el reclamo, los sentenciadores han incurrido en infracción de los artículos 4° y 12 de la LGUC, en relación a los artículos 151 de la Ley N°18.695 y artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, la cual se traduce en una errada interpretación de las facultades que ostenta la Dirección de Obras Municipales, en tanto aquellas concedidas en el artículo 24 letras a) y g) de la Ley N°18.695 no resultan suficientes para el otorgamiento del Certificado N°19/2008 y, consecuentemente, para su actualización en los términos solicitados, yerro que tuvo influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión impugnada, toda vez que una reclamación que, con arreglo a las normas que rigen la materia, debía ser desestimada, fue erróneamente acogida. ([Volver](#))*

**7.- Esparza con Servicio de Impuestos Internos y otros. Corte Suprema, Rol 12.169-2020, de 19 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona interpuso una acción de protección en contra del Servicio de Impuestos Internos, de la Tesorería General de la República y de la Administradora de Fondos de Pensiones Modelo S.A., por cuanto los recurridos no le permiten realizar el pago de una suma de dinero indebidamente percibida por concepto de devolución de impuestos del año tributario 2019, negativa que le impide acceder y percibir los subsidios por incapacidad laboral asociados a la maternidad, específicamente, el prenatal y el post natal.

El recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, por lo que la actora dedujo recurso de apelación.

**Fundamentos:** Sexto: *Que, para resolver, es preciso considerar que la Ley N° 21.133 que modificó el Decreto Ley N° 3500, estableció un mecanismo obligatorio y gradual de cotización para incorporar a los trabajadores que emiten boletas de honorarios a los regímenes de protección social, de manera que toda persona natural que ejerza una actividad por medio de la cual obtenga rentas gravadas por el artículo 42 N° 2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, cotice al sistema previsional de pensiones, de salud y de accidentes del trabajo. En este caso, la obligación de cotizar es anual y se realiza a través de la declaración anual de impuesto a la renta en abril de cada año, con cargo a las retenciones del año anterior. Para estos efectos, el Servicio de Impuestos Internos determinará el monto que, de acuerdo con sus ingresos, los trabajadores independientes deban cotizar para los regímenes de protección social, de conformidad a la información proporcionada por las entidades involucradas. Dicho monto queda reflejado en el formulario 22 “Impuesto Anual a la Renta”, en el código 900 “cargo por cotizaciones previsionales según artículo 89 y siguientes DL 3500”.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Por su parte, atendido lo dispuesto en el artículo 92 F del Decreto Ley N° 3500, en los mismos plazos definidos en el calendario de cierre de procesos de declaración de impuesto a la renta de cada año, el Servicio de Impuestos Internos deberá informar a la Tesorería General de la República, el universo de contribuyentes trabajadores independientes a los cuales corresponderá el pago de sus cotizaciones previsionales. Con dicha información, la Tesorería General de la República procederá a enterar los montos por cotizaciones obligatorias determinadas por el Servicio de Impuestos Internos, a las entidades respectivas, de acuerdo con el orden establecido por la ley.*

*Séptimo: Que, como lo reconoce el propio Servicio de Impuestos Internos y se desprende de los antecedentes allegados a los autos, la propuesta de declaración anual de renta relativa al año 2019 presentada a la recurrente, adolece de error, por cuanto se determinó una devolución de impuestos a su favor por la suma de \$627.197, en circunstancias que dicha devolución era improcedente, toda vez que debió ser destinada, en todo o en parte, al pago de las cotizaciones previsionales y de salud, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes del Decreto Ley N° 3.500.*

*Octavo: Que el error en la propuesta de declaración anual de impuesto a la renta trajo como consecuencia que la actora no cumpliera con los requisitos exigidos por la ley para acceder a los subsidios por incapacidad laboral asociados a la maternidad (prenatal y post natal), los que de acuerdo con la regulación legal y la reglamentación de SUSESO son los siguientes:*

- a) Contar con una licencia médica autorizada;*
- b) Tener doce meses de afiliación a salud anteriores al mes en el que se inicia la licencia;*
- c) Haber enterado al menos seis meses de cotizaciones continuas o discontinuas dentro del período de doce meses de afiliación a salud, anteriores al mes en que se inició la licencia; y*
- d) Estar al día en el pago de las cotizaciones. Para estos efectos se considerará “al día”, al trabajador que hubiere pagado la cotización correspondiente al mes anterior a aquél en que se produzca la incapacidad.*

*Considerando que la última cotización previsional de la recurrente en la AFP Modelo es de mayo de 2018, es manifiesto que ella no reúne las exigencias legales y reglamentarias para acceder a los mencionados subsidios, circunstancia que sería diferente si el Servicio de Impuestos Internos hubiera dado estricto cumplimiento al deber que le imponen los artículos 89 y siguientes del Decreto Ley N° 3.500.*

*Noveno: Que, en tales condiciones, debe concluirse que el Servicio de Impuestos Internos ha actuado de manera ilegal, al incumplir el deber que expresamente le asignan los artículos 89 y siguientes del Decreto Ley N° 3.500, circunstancia que no se ve alterada por lo informado por dicho servicio en cuanto a que habría adoptado todas las medidas necesarias para corregir el error, una vez que tomó conocimiento de la situación que afectaba a la recurrente, pues es manifiesto que hasta la fecha las*

*mismas no han sido efectivas, desde que la actora aun no percibe los subsidios por incapacidad laboral y los demás derechos y prestaciones de salud y de seguridad social que conlleva la protección de la maternidad, conforme al ordenamiento jurídico.*

*Décimo: Que, tampoco se modifica el razonamiento de esta Corte a partir del argumento de que la declaración anual de renta que un contribuyente realiza sobre la base de la propuesta que le formula el servicio, sea una declaración jurada, en términos de que lo allí consignado es fidedigno, pues independientemente del origen del error -compartido o no, cuestión que no corresponde dilucidar en esta sede-, lo cierto es que se acreditó que el recurrido Servicio de Impuestos Internos incurrió en un error al formular la propuesta de declaración anual de impuesto a la renta del año 2019, yerro que hasta la fecha no ha sido subsanado, pese a las diligencias que el Servicio dice haber realizado.*

*Undécimo: Que el acto cuya ilegalidad se ha constatado, vulnera la garantía de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad de la recurrente, privándola de beneficios económicos asociados a la protección de la maternidad, los que están amparados en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que el recurso debe ser acogido.*

*Duodécimo: Que, habiéndose establecido que el origen del problema radica en una acción del Servicio de Impuestos Internos, el recurso no puede prosperar respecto de la Tesorería General de la República y de la AFP Modelo S.A., sin perjuicio de las obligaciones específicas que les imponen los artículos 89 y siguientes del Decreto Ley N°3.500, y las demás normas atinentes, en particular, las circulares e instrucciones, tanto de la Superintendencia de Salud como de la Superintendencia de Seguridad Social. ([Volver](#))*

#### **8.- Sepúlveda con Municipalidad de San Javier. Corte Suprema, Rol 30.011-2019, de 19 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona interpuso una acción de protección en contra de la Municipalidad de San Javier, que dejó sin efecto y ordenó retrotraer su nombramiento como directivo grado 8° de la Escala Única de Sueldos (EUS), mediante el Decreto Alcaldicio N°1.576, de 12 de agosto de 2019.

La Corte de Apelaciones de Talca resolvió rechazar el recurso, alzándose la recurrente por medio del respectivo recurso de apelación.

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



*acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario”.*

*Por su parte, resulta útil atender a lo que dispone el artículo 61 de la ley citada, inserto en el párrafo 4° denominado “De la revisión de oficio de la Administración”: “Procedencia. Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado. La revocación no procederá en los siguientes casos: a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente; b) Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o c) Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.*

*Quinto: Que esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, que no cabe confundir el ejercicio de la potestad de invalidación con la potestad revocatoria de la que se halla investida la Administración.*

*En efecto, por medio de la potestad invalidatoria la Administración -de oficio o a petición de parte- puede y debe retirar los actos administrativos irregulares, contrarios a derecho, pero con dos importantes limitaciones: a) Debe hacerse previa audiencia del interesado, es decir, es necesario oír a quienes puedan verse afectados con la invalidación del acto; y b) No puede ejercerse la potestad invalidatoria si han transcurrido más de dos años desde la fecha de notificación o publicación del acto que se trata de invalidar. Este último plazo es de caducidad y no de prescripción, toda vez que la potestad de invalidación se agota con el hecho objetivo del transcurso del tiempo, sin que pueda alegarse o invocarse la existencia de causales de suspensión o interrupción del plazo, que el legislador de la Ley N° 19.880 no ha considerado.*

*Por su parte, la facultad de revisión contemplada en el artículo 61 del mismo texto legal se distingue de la potestad de invalidación en que, siendo ambas causales de retiro de los actos administrativos y de extinción -total o parcial- de sus efectos jurídicos, la revisión supone la facultad de la Administración de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad de ellos con el ordenamiento jurídico, así como su conveniencia en términos de interés general. Sin embargo, su ejercicio posee limitaciones, entre las que destaca la imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria cuando se trata de “actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia –revocación– y que solo pueden serlo por razones de ilegalidad –invalidación–”(Corte Suprema, Rol N° 4800-2007).*

*Sexto: Que, como se aprecia, resulta evidente que si la Municipalidad de San Javier, en cumplimiento a lo ordenado por la Contraloría Regional del Maule, estimó que había incurrido en una ilegalidad al dictar el Decreto Alcaldicio N° 591 de 8 de abril de 2019, que nombró en un cargo grado 8° al recurrente y lo ascendió al Escalafón Directivo, lo que procedía era iniciar un procedimiento de invalidación en el que se otorgara al interesado la posibilidad de ser oído.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Séptimo: Que, de la manera en que se reflexiona, aparece que el acto impugnado es ilegal y arbitrario, al contravenir lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, vulnerándose con ello la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, en cuanto se ha dado al recurrente un trato distinto de aquel que se ha entregado a otras personas que se han encontrado en una situación análoga, circunstancia suficiente para acoger el recurso de la manera que se dirá. ([Volver](#))*

### **9.- C.A.P.G. con Scuola Italiana Giuseppe Verdi. Corte Suprema, Rol 21.087-2020, de 19 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Dos personas en, en representación de su hijo menor de edad, interpusieron una acción de protección en contra de la Scuola Italiana Giuseppe Verdi de Copiapó, por haber decidido la recurrida no renovar el convenio escolar para el año 2020 respecto del niño que se indica en el recurso, alumno de prekinder, señalando que el Consejo de Educación Parvularia ha decidido que resulta conveniente un cambio de colegio para el menor en función de darle una atención más especializada para su condición.

La Corte de Apelaciones de Copiapó rechazó el recurso, por lo que los actores interpusieron el recurso de apelación correspondiente.

**Fundamentos:** *Quinto: Que es preciso tener presente que el Proyecto Educativo Institucional del establecimiento recurrido sitúa como primer principio valórico “El Respeto y aceptación del ser humano, valorando las diferencias de cada persona como un ser autónomo y legítimo en la convivencia, libre de cualquier forma de discriminación por etnia, identidad de género u condición física, psicológica, religiosa o social” (<http://www.wfs.mineduc.cl/Archivos/infoescuelas/documentos/13125/ProyectoEducativo13125.pdf>).*

*Sexto: Que el “Reglamento de Convivencia Escolar” establece, en la letra C del artículo 13 bajo el título “Medidas ante la Falta muy grave” (aplicables sólo para educación básica y media), una gradualidad de sanciones para las inconductas calificadas como tal que parten desde la suspensión de una semana, condicionalidad de matrícula, no renovación de matrícula para el año siguiente hasta la expulsión inmediata del establecimiento.*

*Séptimo: Que la recurrida refiere que la medida adoptada no es una sanción para el niño, toda vez que la misma se afirma en el hecho que éste presenta demandas educativas especiales y que ellos no cuentan con un personal técnico que las pueda atender permanentemente, concluyendo que es necesario que éste asista a un colegio que disponga de un proyecto de integración escolar (PIE).*

*Octavo: Que, en este orden de ideas, es pertinente citar la Resolución Exenta N° 860 de fecha 26 de noviembre de 2018 que aprueba la circular de la Superintendencia de Educación sobre Reglamentos Internos de los Establecimientos Educacionales Parvularios y que dispone en el numeral 2.8 bajo el título “Legalidad” que: “Los Establecimientos de Educación Parvularia no pueden contemplar sanciones a los párvulos en los Reglamentos Internos”.*



*Noveno: Que, al analizar los hechos controvertidos a la luz de la normativa reproducida en el considerando precedente, se evidencia en primer lugar la ilegalidad en el actuar de la recurrida, puesto que si bien ésta, al articular su defensa, pretende revestir a la decisión adoptada como una medida dirigida a resguardar el bienestar del niño, lo cierto es que lo reprochado, conforme se colige del informe escolar de fecha 8 de agosto de 2019 suscrito por la educadora, la directora y el psicólogo del colegio, se centra que el niño no cumple con los estándares establecidos por el colegio respecto de las habilidades superiores así como de las conductuales, subrayando en dicho documento señala que siendo el sello educativo el desarrollo de las competencias lingüísticas en la lengua materna, inglés e italiano, constatan que el alumno sólo llega al nivel repetitivo pero carente de intencionalidad comunicativa y de interacción efectiva, desprendiéndose de estas conclusiones que la decisión impugnada por esta vía es una soterrada sanción por el insuficiente desarrollo de las habilidades académicas definidas y esperadas por la recurrida respecto del educando, actuar que contradice abiertamente el primer principio valórico del proyecto educativo, esto es el respeto y aceptación del ser humano en su diversidad, y que acarreará perniciosas consecuencias para éste al apartarlo del espacio humano y físico que conoce e impactando negativamente en su desarrollo, autoestima y seguridad, que son aspectos particularmente sensibles dada su condición de salud.*

*Décimo: Que, de este modo, a juicio de esta Corte, el establecimiento recurrido incurrió en la ilegalidad denunciada en autos toda vez que ésta afecta gravemente la garantía de igualdad del niño referido, respecto de otros estudiantes del nivel preescolar quienes no están expuestos a una medida que revista las consecuencias de la impugnada en autos dada la prohibición expresa de aplicar sanciones a alumnos de dicho nivel educativo, motivo por el cual el recurso debe ser acogido. ([Volver](#))*

## II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

### **1.- Ministerio de Medio Ambiente, atribuciones ministra, emergencia medioambiental Quintero, conflicto de intereses, probidad administrativa. Dictamen N°9897, de 12 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Dos diputados solicitaron se determine la legalidad del actuar de la Ministra del Medio Ambiente frente a la situación de emergencia acontecida en la comuna de Quintero el mes de agosto de 2018, referente a la presencia de contaminantes en el aire que fue atribuida a ENAP Refinerías S.A., según lo resuelto por la Superintendencia del Medio Ambiente, por cuanto aquella habría anunciado a través de sus redes sociales que instruyó a esta última institución para paralizar las fuentes contaminantes ante riesgos a la salud de la población.

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

**Fundamento:** *Sobre el particular, corresponde hacer presente que conforme a lo prescrito en el inciso primero del artículo 8° de la Constitución Política, el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa en todas sus actuaciones.*

*Así, acorde con el artículo 52 de la ley N° 18.575, dicho principio consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.*

*El numeral 6 de su artículo 62 establece que vulnera especialmente el principio de probidad administrativa intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes que indica, así como participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad, añadiendo que las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos.*

*En relación con esto último, el dictamen N° 4.461, de 2019, de este origen, ha precisado que el objeto de ella es impedir que interviengan en el examen, estudio o resolución de determinados asuntos, aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de intereses en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse, aun cuando dicho conflicto sea potencial, debiendo abstenerse de intervenir en tales materias, poniendo en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.*

*Expuesto lo anterior, se debe tener presente que el artículo 69 de la ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, crea el Ministerio del Medio Ambiente, como una Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa.*

*Por su parte, cabe anotar que la Superintendencia del Medio Ambiente, según lo dispuesto en el artículo 1° de su ley orgánica -aprobada por el artículo segundo de la ley N° 20.417-, fue creada como un servicio público funcionalmente descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente.*

*El artículo 3° de dicha ley orgánica menciona las siguientes funciones y atribuciones de la referida superintendencia, entre ellas, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental; velar por el cumplimiento de las medidas e instrumentos establecidos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental; exigir, examinar y procesar los datos, muestreos, mediciones y análisis que los sujetos fiscalizados deban proporcionar de acuerdo a lo señalado; suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones; requerir a los titulares de fuentes sujetas a un Plan de Manejo, Prevención y/o Descontaminación, así como a Normas de Emisión, la información necesaria para acreditar el cumplimiento de las medidas de los respectivos planes y las obligaciones contenidas en las respectivas normas; e imponer sanciones de conformidad a lo señalado en dicha ley.*

*Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista, se advierte que la aludida ministra emitió el oficio Ord. DJ N° 183.811, de 2018, mediante el cual solicita a la Superintendencia del Medio Ambiente la adopción de las medidas que en derecho correspondan conforme las facultades que le otorga la ley y que permitan poner fin a la crisis ambiental y sanitaria por la que atraviesa la comuna de Quintero, entre ellas, llevar a cabo actividades de fiscalización ambiental necesarias para identificar los orígenes de los ya referidos eventos; adoptar las medidas provisionales que indica la ley para evitar que tales acontecimientos sigan ocurriendo; instruir los procedimientos sancionatorios que corresponda; y aplicar las sanciones pertinentes.*

*En tal contexto, se advierte que la ministra, en el marco de sus atribuciones y de la supervigilancia que posee respecto de la Superintendencia del Medio Ambiente, emitió directrices respecto de la aludida emergencia, mediante las cuales instó a esta última a adoptar las medidas pertinentes dentro de sus competencias, sin que se advierta ni se hayan acompañado antecedentes que permitan sostener que esa autoridad haya intervenido en la decisión de fiscalizar o no a la empresa OXIQUIM S.A.*

*Por otra parte, cumple con hacer presente que al margen del vínculo de matrimonio que la señora Schmidt Zaldívar tiene con quien habría sido socio del mismo estudio jurídico al que pertenece uno de los directores de la referida empresa, ello no constituye un antecedente que permita colegir, por sí solo, que tal circunstancia puede restarle imparcialidad a aquella en relación con la emergencia medioambiental ocurrida en la zona en que dicha compañía se emplaza.*

*En consecuencia, de los antecedentes proporcionados no se desprende que la Ministra del Medio Ambiente haya estado afectada por un conflicto de intereses o falta a la probidad en la actuación denunciada. ([Volver](#))*

**2.- Ministerio del Medio Ambiente, exfuncionario, ejercicio de empleo empresa filial de ENAP sin solución de continuidad, inhabilidad, incompatibilidades. Dictamen N°9896, de 12 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Dos diputados requirieron un pronunciamiento o incompatibilidad que le asistiría a un exfuncionario del Ministerio del Medio Ambiente, quien luego de desempeñarse como Jefe de la División de Calidad del Aire y Cambio Climático en dicha

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

secretaría de Estado, habría pasado a ejercer un empleo en la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), sin solución de continuidad.

**Fundamento:** *Sobre el particular, cumple con manifestar que tratándose de quienes han dejado de ser funcionarios públicos, el artículo 56 de la ley N° 18.575, establece que “son incompatibles las actividades de las ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones”.*

*Como puede apreciarse, para que se configure el impedimento que dispone el señalado precepto, deben concurrir dos supuestos copulativos, consistentes en haber ejercido un cargo público en una institución fiscalizadora y luego, pasar a ejercer una actividad laboral en el lapso que se indica, en una empresa privada que se encuentre sometida a la fiscalización de ese organismo público, correspondiendo analizar si en la especie secumplen ambos requisitos, es decir, si el MMA tiene atribuciones fiscalizadoras y si puede considerarse a la empresa en que pasó a prestar servicios, como una entidad del sector privado sujeta a su fiscalización.*

*En cuanto al primer supuesto, es del caso anotar que la ley N° 20.417, que creó el Ministerio, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), en su artículo primero, N° 63, sustituyó el Título Final de la ley N° 19.300, estableciendo en su artículo 69 que el MMA es una secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa.*

*A su vez, el artículo 70 de la ley N° 19.300, al enunciar las funciones que corresponden al MMA, no contempla ninguna que implique el cumplimiento de actividades fiscalizadoras respecto de determinado sector o actividad.*

*Por otra parte, el artículo 64 de la ley N° 19.300 prescribe que la fiscalización de las normas y de los instrumentos de gestión ambiental que allí se detallan será efectuada por la SMA de conformidad a lo señalado por la ley. Los artículos 1° y 2° de la ley orgánica de la SMA, aprobada por el artículo segundo de la ley N° 20.417, preceptúan que esa Superintendencia es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de todos los instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.*

*Como puede apreciarse, el MMA carece de facultades fiscalizadoras, por cuanto la ley N° 20.417 las ha entregado fundamentalmente a la SMA (sin perjuicio de las atribuciones que se confieren a las municipalidades y a los órganos sectoriales con competencia ambiental). Esa separación de funciones*

*queda claramente determinada en el mensaje de dicha ley, el cual señala que el modelo institucional que se introduce separa los ámbitos de regulación y política, de gestión y de fiscalización en órganos distintos, a saber, el MMA, el SEA y la SMA, respectivamente.*

*En tal contexto, cabe colegir que en el caso por el que se consulta no se presenta una de las condiciones copulativas necesarias para que se aplique la incompatibilidad en estudio, ya que la señalada secretaría de Estado carece de atribuciones fiscalizadoras.*

*En virtud de lo expresado, es menester concluir que no se advierte impedimento legal para que el aludido exfuncionario del MMA haya pasado a ejercer, sin solución de continuidad, un empleo en una empresa filial de la ENAP, toda vez que no resulta aplicable en la especie lo dispuesto en el citado artículo 56, inciso tercero, de la ley N° 18.575, considerando que la entidad privada en que pasó a desempeñarse el cuestionado exfuncionario del MMA, no es sujeto de fiscalización por parte de la señalada secretaría de Estado, por carecer de ese tipo de atribuciones.*

*Por último, en cuanto a cómo pudo verse afectado el deber de abstención por la intervención del exfuncionario en la formulación del Plan de Prevención y de Descontaminación Atmosférica para las Comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví - refiriéndose al que fue representado por este Organismo Contralor mediante el oficio N°44.528, de 2017- en vista de su posterior incorporación a ERSA -el 1 de julio de ese año-, cabe manifestar que no se advierte una vulneración a dicho mandato, toda vez que de acuerdo a lo manifestado por las entidades informantes, el texto del plan fue aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad con fecha 19 de diciembre de 2016, esto es, antes que se iniciara el proceso de selección para el cargo que ese exservidor pasó a ejercer en la indicada empresa, sin que pudiera corresponderle participación posterior alguna al exfuncionario luego de esa instancia. ([Volver](#))*

**3.- SEREMI de Salud, cobro de aranceles, prestaciones de salud ambiental, acciones protección de salud, Isla de Pascua, exención tributaria, límites. Dictamen N°9895, de 12 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** La Subsecretaría de Salud Pública solicitó un pronunciamiento que determine si es posible excepcionar del cobro de aranceles -sobre prestaciones de salud ambiental y de acciones de protección de salud-, por las actuaciones que realiza la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Salud en Isla de Pascua, en virtud de la exención contemplada en el artículo 41 de la ley N° 16.441.

**Fundamento:** *Sobre el particular, el artículo 41 de la ley N° 16.441, los bienes situados en el departamento de Isla de Pascua y las rentas que provengan de ellos o de actividades desarrolladas en él, estarán exentos de toda clase de impuestos o contribuciones, incluso la contribución territorial, y de los demás gravámenes que establezca la legislación actual o futura. De igual exención gozarán los*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*actos o contratos que se ejecuten o celebren en el mencionado territorio insular por personas domiciliadas en él respecto de actividades o bienes que digan relación con ese mismo territorio.*

*A su turno, de acuerdo con el artículo 9º, letra f), del Código Sanitario -en concordancia con el artículo 13 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, de esa cartera de Estado-, corresponde a las SEREMIS, en sus respectivos territorios, rebajar o eximir, en casos excepcionales y por motivos fundados, los derechos que deben pagarse por sus actuaciones, fijados en el arancel aprobado por el Ministerio de Salud, en los casos que contempla; añadiendo el artículo 14 del mencionado decreto con fuerza de ley, en lo que interesa, que los recursos financieros que tales entidades recauden por concepto de tarifas que cobren por los servicios que presten, ingresarán al presupuesto de la Subsecretaría de Salud Pública.*

*Como puede apreciarse, la ley faculta a las SEREMIS, por una parte, para exigir el pago de tarifas o derechos por las actuaciones que realicen en cumplimiento de sus funciones, y por otra, para rebajar o eximir excepcional y fundadamente de esos cobros -que tienen la naturaleza jurídica de derechos, atendido el tenor literal de la norma-, a quienes cumplan las exigencias que previene.*

*Ahora bien, mediante los dictámenes N°s 36.024, de 1999; 42.496, de 2003 y 37.248, de 2012, entre otros, se ha precisado que la citada exención tributaria del artículo 41 de la ley N° 16.441, se limita a los impuestos, contribuciones y los demás gravámenes que indica, expresión esta última que, en concordancia con la historia fidedigna de ese precepto, debe entenderse en sentido estricto, relacionado con el carácter impositivo de la carga y no en un sentido amplio que comprenda cualquier obligación.*

*Por consiguiente, en atención a que los derechos que se pagan por las prestaciones que realiza la SEREMI no revisten la naturaleza de un gravamen, y siguiendo el criterio contenido en los dictámenes N°s 25.253 de 2002 y 27.195 de 2009, el beneficio contemplado en el citado artículo 41 no alcanza a dichos cobros. Ello no obsta, a que la SEREMI pueda ejercer la facultad excepcional de rebajar y eximir, fundadamente, del pago de los derechos en comento a favor de quienes cumplan las exigencias que previene el mencionado artículo 9, letra f) del Código Sanitario. ([Volver](#))*

#### **4.- COVID-19, protección a la maternidad, beneficios de sala cuna y jardín infantil, medidas extraordinarias de gestión, mantención de contratos de servicios, entrega beneficios alternativos. Dictamen N°9913, de 15 de junio de 2020.**

**Hechos del caso:** Una diputada consultó sobre la entrega del beneficio de sala cuna durante la pandemia causada por el COVID-19. En el mismo sentido lo hicieron dos municipalidades y otros servicios públicos, los cuales además preguntaron si procede mantener el pago del beneficio de sala cuna en modalidad alternativa y excepcional que se ha previsto en el dictamen N° 68.316, de 2016, así como también la entrega del beneficio de jardín infantil.

Por su parte, el representante de la CONFUSAM y el Director del Hospital Provincial del Huasco consultaron sobre la procedencia de otorgar el beneficio de sala cuna en una



modalidad especial para aquellas funcionarias del sector salud municipal que están concurriendo a su lugar de trabajo y no cuentan con un lugar donde dejar a sus hijos menores de dos años.

Finalmente, la Universidad de Chile solicitó precisar el alcance del dictamen N°6854, de 25 de marzo de 2020, al beneficio de sala cuna, toda vez que estima que no se estaría ante la misma hipótesis, por cuanto la entrega de ese beneficio no obedece a una decisión de esa repartición estudiantil, sino que, por el cierre de los jardines infantiles, y por tanto un hecho ajeno a la voluntad de esa casa de estudios.

**Fundamento:** *Sobre el particular, cabe señalar que el inciso primero del artículo 203 del Código del Trabajo -disposición que resulta aplicable a las funcionarias de la Administración del Estado-, consigna que “las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo”. Dicha obligación, de acuerdo con lo indicado en el inciso quinto de ese artículo, se entiende igualmente cumplida si el empleador paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la empleada lleve a sus hijos, en cuyo caso este deberá escoger entre aquellos que cuenten con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Ministerio de Educación.*

*Al respecto, es del caso recordar que en el contexto de la pandemia ocasionada por el COVID-19, y en resguardo del derecho a la protección de la salud garantizado por el artículo 19, N° 9°, de la Constitución Política, y en cumplimiento del Reglamento Sanitario Internacional aprobado por la Organización Mundial de la Salud -de la que Chile es miembro-, se declaró alerta sanitaria para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del COVID-19.*

*En los hechos, dicha pandemia ha afectado el normal desenvolvimiento de las distintas actividades en todo ámbito de labores, lo que también trasciende a las tareas que realizan los funcionarios públicos. No obstante, los principios que inspiran la función pública y en especial el principio de servicialidad del Estado, hacen imperioso seguir prestando funciones de manera continua a pesar de las excepcionales circunstancias.*

*De conformidad con lo expresado, el dictamen N° 3.610, de 2020, concluyó que ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional y que constituye una situación de caso fortuito, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas extraordinarias de gestión 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 de la función pública y de procurar el bienestar general de la población.*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*Es necesario precisar que dentro de las medidas de resguardo de la salud pública, el Ministerio de Salud decretó el cierre temporal de los recintos educacionales, incluyendo a los jardines infantiles, tal como da cuenta la resolución exenta N° 180, de 2020, de la Subsecretaría de Salud Pública, por lo cual actualmente los niños menores de dos años que asistían a salas cuna que funcionaban en jardines infantiles, se encuentran imposibilitados de concurrir a esa clase de establecimientos, suspendiéndose por tanto la entrega del beneficio consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo.*

*Como puede advertirse, las excepcionales circunstancias ocasionadas por la pandemia han afectado el debido cumplimiento de los contratos celebrados con ocasión de esa prestación.*

*A su turno, se advierte que aquellas reparticiones públicas que cuentan con salas cunas institucionales también han dejado de recibir a esos niños, ya que por decisiones sanitarias y de protección a la salud tanto de los menores como de sus funcionarios, se encuentran cerradas. Sin embargo, los gastos operativos se han mantenido -como son el pago de las remuneraciones de los funcionarios que se desempeñan en esos centros infantiles-, toda vez que tales instituciones están prestas a cumplir la obligación legal y por circunstancias ajenas a su voluntad generadas por la pandemia, se han visto imposibilitadas de mantener abiertas dichas instalaciones.*

*Pues bien, como puede advertirse de la redacción del artículo 203 del Código del Trabajo, el empleador cumple con la consignada obligación instalando el correspondiente anexo, lo que se conoce como sala cuna institucional, así como también suscribiendo convenios con otras instituciones públicas que tuvieran dichos recintos o manteniendo contratos con entidades privadas que estén debidamente autorizadas.*

*No obstante, se debe hacer presente que tal preceptiva legal se previó bajo condiciones de plena normalidad, en la que no concurren circunstancias excepcionales como las ocasionadas por el COVID-19. En efecto, en la actualidad sucede que, aunque el empleador haya dispuesto un lugar para que sus trabajadoras dejen a sus hijos mientras laboran, este no se puede utilizar por razones de fuerza mayor.*

*De este modo, expresado lo anterior, cabe señalar que mientras se encuentren vigentes medidas sanitarias que se vinculan con el cierre de jardines infantiles y salas cunas y de no mediar una solución legislativa en el intertanto, corresponde que las autoridades adopten las medidas conducentes a conciliar de la mejor forma posible el ejercicio de la maternidad y el desempeño laboral de las funcionarias afectadas.*

*En este sentido, las respectivas jefaturas pueden establecer criterios diferenciados a la hora de fijar la distribución de la carga laboral, tales como excluir a las funcionarias con hijos menores de dos años de aquellos turnos de trabajo presenciales, priorizando para estas servidoras el desempeño de funciones en modalidad remota o de teletrabajo, así como flexibilizar los horarios de ingreso y de salida.*

*Luego, en lo que respecta a la mantención de los contratos celebrados con ocasión de prestación de sala cuna, cabe hacer presente que esta Entidad Fiscalizadora en su dictamen N° 6.854, de 2020, se ha referido a la posibilidad de efectuar el pago a los proveedores en los casos en que los contratos no se cumplan de acuerdo a lo pactado producto del cierre total o parcial de las oficinas e instalaciones de los órganos públicos, precisando que dicho pago será procedente, siempre que los proveedores mantengan vigentes los contratos de los trabajadores adscritos al respectivo acuerdo de voluntades y acrediten el cumplimiento del pago de sus remuneraciones y de las obligaciones de seguridad social, en los términos dispuestos en tal dictamen.*

*Puntualiza ese dictamen que ello es procedente, considerando que la imposibilidad de dar cumplimiento a los contratos en los términos convenidos se deriva de una situación de caso fortuito, en razón de la crisis sanitaria que ha conducido a la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe, siendo, por ende, un hecho irresistible y ajeno a la voluntad del proveedor.*

*Tal pronunciamiento añade que, en el evento de prolongarse la situación de excepción y mantenerse el cierre total o parcial de las dependencias, el órgano contratante se encuentra facultado para modificar el contrato, por ejemplo, reduciendo el monto a pagar considerando los insumos que no serán utilizados por el proveedor, de manera de evitar que se produzca un enriquecimiento injustificado, esta vez en favor del proveedor y en perjuicio del patrimonio público. Ello, en ejercicio de las potestades que el legislador le ha reconocido a la Administración en el ámbito de la contratación administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, letra d), de la ley N° 19.886 y 77, número 4°, de su reglamento, contenido en el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.*

*Pues bien, ese criterio es aplicable a los contratos de sala cuna, ya que se trata de prestaciones de servicios pactados con un particular, el que se encuentra imposibilitado de recibir a los menores por circunstancias ajenas y no imputables a él. En consecuencia, la Administración debe continuar con el pago acordado, en la medida que se den los supuestos señalados precedentemente, esto es, que se mantengan los contratos de sus trabajadores y que se les continúen pagando sus remuneraciones y obligaciones de seguridad laboral y social. Asimismo, la autoridad puede optar por ejercer las facultades modificatorias del contrato o ponerles término anticipado, conforme con la normativa respectiva.*

*Sin perjuicio de lo expresado, cabe añadir que la eventual mantención del pago con ocasión de los contratos en cuestión resulta improcedente respecto de los proveedores que se acogieron a los beneficios de la ley N° 21.227, conocida como Ley Sobre Protección al Empleo, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril del presente año, toda vez que esos empleadores han optado por soluciones que les permiten dejar de pagar las remuneraciones de sus trabajadores.*

*Precisado lo anterior, corresponde referirse a la consulta sobre la procedencia de entrega un monto en dinero equivalente a la prestación de sala cuna destinado a financiar los cuidados de los niños menores*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*de dos años, respecto de aquellas funcionarias que deben acudir presencialmente a realizar sus labores públicas durante la actual pandemia del COVID-19.*

*Sobre el particular, es dable mencionar que el empleador cumple con su obligación establecida en el artículo 203 del Código de Trabajo, al tener salas anexas como salas cuna, celebrar convenios con otras salas cunas institucionales o al contratar ese servicio con una entidad privada. En consecuencia, en la medida que se esté dando cumplimiento a tal obligación con alguna de esas alternativas, no procede el pago del beneficio de sala cuna, ya que se traduciría en un doble gasto por el mismo concepto para la Administración.*

*Ahora bien, en aquellos casos en que el órgano de la Administración no se encuentre pagando por concepto de sala cuna al tenor de lo antes expuesto y en la medida que exista disponibilidad presupuestaria,, esta Contraloría General no advierte inconveniente en que se entregue un monto en dinero para costear los cuidados de los niños menores de dos años que actualmente han visto suspendido el beneficio de sala cuna respecto de aquellas funcionarias que, atendidas su funciones, se ven en la obligación de concurrir presencialmente a sus lugares de trabajo, como acontece con las trabajadoras de los establecimientos de salud.*

*Por su parte, también se ha consultado por la mantención de la entrega del beneficio de jardín infantil, considerando que actualmente esos establecimientos se encuentran cerrados, por lo que no pueden otorgar la prestación contratada, y considerando también los recortes presupuestarios que han tenido lugar para asumir los gastos ocasionados por la pandemia.*

*Al respecto, cabe señalar que el beneficio de jardín infantil si bien se asemeja al de sala cuna desde el punto de vista del tipo de prestación que se otorga, jurídicamente tiene una regulación distinta, pues es un beneficio enmarcado en el ámbito de la seguridad social conforme a la ley N° 17.301, y su otorgamiento está subordinado a la existencia de recursos por parte de la institución correspondiente, la cual puede otorgar esta prestación a través de un jardín infantil propio y solventar de su cargo todo o parte de los gastos que el otorgamiento de esa franquicia implique, ello según sus disponibilidades presupuestarias, como se señalara por esta Contraloría General en el dictamen N° 3.771, de 1996, entre otros.*

*Pues bien, dado que se trata de un beneficio voluntario y sujeto a disponibilidad presupuestaria, y teniendo además en cuenta los recortes de esa índole dispuestos con ocasión de la pandemia del COVID-19, no existe obligación legal de mantener su otorgamiento en las actuales circunstancias.*

*Ahora bien, en relación a los contratos celebrados por algunas reparticiones públicas para la entrega del beneficio de jardín infantil, cabe indicar que a su respecto resulta aplicable lo dispuesto en el citado dictamen N° 6.854, de 2020, sobre la posibilidad de mantener el pago de ciertos servicios, en las condiciones ahí señaladas, así como también lo expresado en ese pronunciamiento en relación a la procedencia de modificar los convenios o contratos suscritos al respecto, o ponerles término*

*anticipado, cuando se hayan acogido a la ley N°21.227, o cuando no haya presupuesto para solventarlos.*

*Por último, también se ha consultado sobre la procedencia de mantener la entrega de los montos en dinero que se otorgan como una modalidad alternativa del beneficio de sala cuna para las funcionarias cuyos hijos menores de dos años presentan una enfermedad grave que imposibilita su asistencia a una sala cuna, en los términos indicados en el dictamen N° 68.316, de 2016.*

*Al respecto, cabe señalar que este beneficio se contempló como una medida excepcional que concurre única y exclusivamente por enfermedades graves del menor debidamente certificadas por el médico tratante. Ahora bien, las circunstancias especiales que ha generado el COVID-19 no han alterado los presupuestos de su entrega, toda vez que los recursos asignados en dicho caso estaban contemplados con anterioridad a la aparición de esa enfermedad y no están asociados a contratos preexistentes ni cupos en establecimientos de sala cuna.*

*Por ende, su mantención no implica incurrir en un doble gasto, resultando, por tanto, obligatoria su mantención respecto de cualquier trabajadora que preste servicios, ya sea en modalidad remota o presencial.*

*Consecuente con ello, este beneficio excepcional únicamente puede suspenderse respecto de las trabajadoras que actualmente se encuentran en sus casas sin cumplir labores en esas modalidades, así como también aquellas que estén haciendo uso de un permiso sin goce de remuneraciones, pues en estos casos no hay un desempeño efectivo, requisito esencial que hace procedente este beneficio, de conformidad con lo previsto en el artículo 203 del Código del Trabajo. ([Volver](#))*