

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°107

Semana del 21 al 27 de junio de 2020

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 79, incisos primero y final, y 74, inciso final, del decreto ley N°1094, de 1975, que "Establece normas sobre extranjeros en Chile".	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°7587-19-INA
Resumen	<p>Los principios inspiradores del orden penal, por regla general, han de aplicarse al derecho administrativo sancionador. En ese entendido, el principio de proporcionalidad es materia de ley, para luego ser objeto del 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.</p> <p>En seguida, la figura de la consignación previa a la impugnación de una multa -regla <i>solve et repete</i>- perturba el ejercicio legítimo de ese derecho, al poner un obstáculo que no posee otra explicación que desalentar la impugnación, sin perjuicio que no se trate de una privación al afectado de su derecho a reclamo.</p> <p>Por su parte, un procedimiento racional y justo para la imposición de sanciones administrativas, necesariamente contará con una serie concatenada de trámites, tan esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa y sostenida en una investigación preliminar, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que éste pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas. Este derecho a defensa se satisface, primero, dándole previa audiencia al presunto responsable, es decir, otorgándole la oportunidad para presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas, lo que no se satisface con la facultad meramente potestativa de la Administración, de oír o no al afectado. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	25 de junio de 2020.	

Caso	“Sánchez con Municipalidad de Ñuñoa.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°10.121-2019
Resumen	En virtud del artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), corresponde a la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo resolver las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por los Directores de Obras Municipales. No obsta a lo anterior el hecho que los actos u omisiones ilegales en que incurra un Director de Obras Municipales puedan ser reclamados a través de la acción consagrada en el artículo 151 de la Ley N°18.695, en tanto aquel es un funcionario municipal, dependiente del alcalde. De ese modo, la anotada competencia de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, no es exclusiva ni excluyente, en cambio, permite al recurrente optar, al momento de impugnar la decisión administrativa, por seguir la vía establecida ante la autoridad ministerial -vía administrativa- o aquella prevista respecto del alcalde -vía jurisdiccional-, que se inicia con una etapa administrativa previa ante el alcalde y culmina con la presentación de la acción pertinente en sede judicial. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	22 de junio de 2020.	

Caso	“J.P.S.A. con Isapre Consalud S.A.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°44.069-2020
Resumen	La negativa de una Isapre en orden a prestar cobertura a un medicamento sin sustitutos, prescrito para una enfermedad que ocasiona la muerte si no se trata oportunamente, no puede fundarse en que dicho medicamento carece de registro sanitario, si es que la autoridad competente autorizó el ingreso del fármaco para un fin medicinal urgente. Dicho permiso especial viene a sustituir provisionalmente el registro que la Isapre alega para no otorgar dicha prestación, con lo cual su decisión queda desprovista de fundamento. En ese orden de ideas, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	22 de junio de 2020.	

Caso	“Sunnah con Caja de Compensación de Asignación Familiar La Araucana.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°20.803-2020
Resumen	Es improcedente que una Caja de Compensación exija del empleador de uno de sus deudores -por concepto de un crédito otorgado- el descuento correspondiente a que tiene derecho en virtud del artículo 22 de la Ley	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

	N°18.833, habiendo transcurrido más de seis años sin que se hubieren llevado a cabo por la acreedora acciones tendientes a cobrar el crédito, con lo que su actual decisión de requerir el pago a través de esa vía especial deviene en antojadiza, sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación por los medios legales ordinarios. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	23 de junio de 2020.
Jurisprudencia relacionada	Rol N°30.014-2019, 21 de abril de 2020; Rol N°18.930-2018, 7 de enero de 2019; Rol N°2.895-2018, 29 de junio de 2018; Rol N°8.986-2018, 9 de julio de 2018; Rol N°12.424-2018, 14 de agosto de 2018; Rol N°23.258-2018, 14 de noviembre de 2018.

Caso	"G.A.R.H. con Servicio Metropolitano de Salud Central y otros."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°30.287-2020
Resumen	<p>En virtud de los tratados internacionales suscritos por Chile, y lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política, en las determinaciones de la administración de Salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos en torno a asegurar que ningún niño o niña no sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y psíquica.</p> <p>Por otro lado, si bien las consideraciones de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad al adoptar una decisión, ellas no deben invocarse cuando están comprometidos las garantías mencionadas.</p> <p>La decisión de negar el tratamiento a una niña y el financiamiento del único fármaco existente para la enfermedad que la aqueja es arbitraria, por cuanto la familia del niño no está en condiciones de adquirirlo por sus propios medios.</p> <p>La forma en que se restablecerá el imperio del derecho es mediante la realización de las gestiones pertinentes, por las recurridas, para la adquisición y suministro del fármaco en cuestión, mientras los médicos tratantes lo determinen. Sin perjuicio de ello, lo ordenado no alcanza ni define, en modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	23 de junio de 2020	
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°33.083-2019, 15 de mayo de 2020; CS, Rol N°33.189-220, 5 de mayo de 2020, CS, Rol N°25.230-2019, 10 de octubre de 2019; CS, Rol N°43.250.2017, de 29 de diciembre de 2017; CS, Rol N°2.494-2018, de 27 de febrero de 2018. CS, Rol N°8.523-2018, de 19 de junio de 2018.; CS, Rol N°17.043-2018, de 6 de noviembre de 2018; CS, Rol N°22.960-2018, de 28 de noviembre de 2018; CS, Rol N°11.093-2019, de 27 de mayo de 2019; CS, Rol N°8.319-2019, de 10 de junio de 2019; CS, Rol N°18.451-2019, de 13 de agosto de 2019; CS, Rol	

	N°31.858-2019, 7 de enero de 2020.
--	------------------------------------

Caso	“Luna con Municipalidad de San Javier.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°39.182-2019
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. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	23 de junio de 2020.	

Caso	“Gálvez con Municipalidad de La Cruz.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°32.079-2020
Resumen	<p>La decisión de una municipalidad, orientada a dejar sin efecto el nombramiento de una persona que ha concursado por el empleo, puede basarse en la ilegalidad de las bases concursales. Sin embargo, no es admisible que el ente edilicio sustente su decisión, a través del citado fundamento, cuando en realidad ella se basa en hechos diversos y con el sólo propósito de lograr un resultado diferente. De esa situación deriva que el ejercicio de la atribución de invalidar un acto administrativo, por ser contrario a derecho, deviene en una desviación de poder, máxime, si en el caso concreto se verifica que el procedimiento de invalidación no se inició a petición de ninguna persona, sino que de oficio por la recurrida. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	25 de junio de 2020.	

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Caso	“Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicio de Salud con Municipalidad Tierra Amarilla.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°29.569-2019
Resumen	Según se desprende de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución, la sanción de ineficacia jurídica que afecta a los actos de los órganos del Estado es la nulidad de derecho público. Por consiguiente, tratándose de vicios incurridos en actos de carácter administrativo la sanción de nulidad se encuentra regulada por el Derecho Público y no por el Código Civil, tanto por el origen del vicio como por el bien jurídico que cautela. A esto se suma que, el vicio de un acto administrativo, consistente en la celebración de un convenio de pago por parte de un municipio, sin la aprobación del Consejo Municipal, es la omisión de un requisito legal susceptible de ocasionar la nulidad de derecho público del acto administrativo. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	25 de junio de 2020.	

Caso	“Asociación de Funcionarios de Conchalí con Municipalidad de Conchalí.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°44.115-2020
Resumen	La normativa sobre protección a la maternidad del estatuto laboral conforma el régimen jurídico del personal de salud de la Administración del Estado, y en ese sentido es dable inferir que las disposiciones referentes al fuero maternal y que confieren inamovilidad a las trabajadoras embarazadas impiden que puedan ser separadas de sus funciones por la sola decisión de la autoridad. En ese contexto, la sustanciación de un sumario administrativo en contra de una funcionaria que se encontraba con fuero maternal, y cuyo resultado previsible era la destitución, resulta ilegal, por vulnerar las reglas sobre protección a la maternidad aplicables y que obligan a los órganos del Estado. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	26 de junio de 2020.	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°10.085
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En virtud de lo manifestado en el dictamen N°3610 de 2020, los jefes superiores de los servicios se encuentran facultados para suspender los plazos en relación con los procedimientos administrativos o para extender su duración, sobre la base de la situación de caso fortuito que se viene produciendo por la pandemia del COVID-19. Sin perjuicio de aquello, el artículo 208 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas fija el plazo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	máximo para seguir pagando el sueldo y demás remuneraciones en actividad, el que no puede extenderse más allá de noventa días hábiles contados desde la época del cese. Este límite en el pago de dicho beneficio es una medida destinada a velar por la protección del patrimonio público. En consecuencia, las circunstancias extraordinarias del COVID-19 no permiten comprometer recursos públicos para pagar remuneraciones más allá de lo que permite la ley. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	17 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°10.089
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La Ley General de Telecomunicaciones establece -en lo que importa- que el plazo que tiene la Subsecretaría de Telecomunicaciones para ejecutarla recepción de las obras e instalaciones que se le presente es de treinta días hábiles. Sin embargo, la ley no define la expresión “días hábiles”, por lo que corresponde aplicar supletoriamente lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N°19.880, que entiende son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos. No obstante lo anterior, la ley no prescribe que las actuaciones que realice dicha subsecretaría para comprobar que las obras se encuentran correctamente ejecutadas y corresponden al respectivo proyecto técnico aprobado deban necesariamente efectuarse en días hábiles y en horario laboral, pues sostener aquello, limitaría el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico le confiere a la autoridad sectorial, sin un fundamento normativo. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	17 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°10.067
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En virtud de lo manifestado en el dictamen N°3610 de 2020, ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional, en lo pertinente, los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores que en ellos se desempeñan, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que tales labores puedan ser desarrolladas por esa vía. Dicha medida puede ser adoptada respecto de todos los servidores, con independencia de que se encuentren en grupos de riesgo o no, con el objeto de evitar la propagación de la pandemia. Conforme a lo anterior, no es posible considerar como un

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	incumplimiento del citado dictamen el hecho que la respectiva autoridad no adopte la totalidad de las medidas que en él se mencionan, o que lo haga en una forma diversa, constituyendo esa decisión un aspecto de mérito. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	17 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°10.084
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Atendida la importancia de prevenir que los procedimientos de aprobación o modificación de los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT) se paralicen indefinidamente ante la imposibilidad de llevar a cabo de manera presencial las audiencias públicas que exige la ley o las exposiciones a la comunidad, y por otro lado, la necesidad de proteger la salud de los servidores públicos y de la población frente a la pandemia, resulta procedente que ante dicha contingencia, el desarrollo de dicha instancias de participación ciudadana se efectúe a distancia a través de medios tecnológicos. Para ello, deberá constar al municipio pertinente que resulta factible que la comunidad intervenga de modo remoto en el procedimiento de aprobación o modificación de los IPT, que esa entidad cuenta tanto con la tecnología necesaria para la cabal ejecución de aquel como con los mecanismos idóneos para su registro electrónico; que se dé debida y oportuna publicidad a su realización -especialmente en los barrios o sectores más afectados- y que quienes manifiesten interés puedan participar. Sin perjuicio de lo antes dicho, las corporaciones municipales no se encuentran autorizadas para alterar los restantes requisitos contemplados en la preceptiva aplicable, como son la difusión del procedimiento, los organismos llamados por la ley a participar en él, la información que se deba proporcionar, el cumplimiento de las etapas del mecanismo de participación y los plazos mínimos de duración de ellas. En caso contrario, significaría un actuar contrario al principio de juridicidad. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	17 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°10.171
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Las horas de permiso que concede el artículo 31 de la Ley N°19.296, para ejercer labores gremiales, constituye el mínimo que la ley garantiza, lo que implica que si el cumplimiento de dichas tareas de representación demanda mayor tiempo, la autoridad competente, en ejercicio de sus facultades

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	generales de administración, puede autorizar o denegar nuevos permisos. La única distinción que ha formulado el legislador para determinar el número mínimo de horas de permiso a que tienen derechos los dirigentes gremiales, es el carácter nacional o regional de la agrupación a que pertenecen, sin que esté establecida otra basada en la extensión de la jornada de los directores. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	18 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°10.282
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En virtud del artículo 18 del D.F.L. N°1115 de 1969, resulta aplicable a la Dirección General de Aguas las disposiciones de la Ley N°15.840, con sus modificaciones vigentes y de la Ley N°16.827, con lo que, los jefes de departamento, con aprobación del Director General de Aguas, podrán delegar en funcionarios de su dependencia, algunas de las facultades que le corresponden, de acuerdo a la ley o la organización del servicio, agregando que la delegación se hará bajo responsabilidad del delegante. Sin embargo, cuando la delegación de facultades recaiga en el personal a contrata, la responsabilidad derivada al ejercerlas será solidaria entre delegante y delegado. Se contempla expresamente la posibilidad de delegar labores directivas a los empleados a contrata. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	22 de junio de 2020

Dictamen	Dictamen N°10.289
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	El Presidente de la República, ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y jefes superiores de los servicios públicos regidos por el Título II de la ley N°18.575 no corresponde reciban remuneración o dieta por integrar, en razón de sus cargos, consejos o juntas directivas, presidencias, vicepresidencias, directorios, comités u otros equivalentes, de empresas o entidades públicas, pues el legislador entiende que hacerlo supone cumplir con sus obligaciones en el ejercicio de la función pública que desempeñan y, por lo tanto, ya se encuentra retribuido con la remuneración asociada a su empleo. Por otra parte, el artículo 84, letra c), de la Ley N°18.834 señala que los cargos de ese estatuto serán compatibles con el ejercicio de un máximo de dos cargos de miembro de consejo o juntas directivas de organismos estatales, lo cual no lo libera de las funciones propias de su cargo, debiendo

	<p>prolongar su jornada para compensar las horas que no haya podido trabajar por causa del desempeño de los empleos compatibles.</p> <p>Se desprende de lo anterior que el desempeño como miembro de consejos o juntas directivas de organismos estatales, constituye un cargo distinto de aquel que ejerce bajo las normas de la Ley N°18.834, y en consecuencia, no se ve afectado por lo previsto en el artículo 26 de la Ley N°21.192. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	22 de junio de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 79, incisos primero y final, y 74, inciso final, del decreto ley N°1094, de 1975, que “Establece normas sobre extranjeros en Chile”. Tribunal Constitucional, Rol N°7587-19-INA, de 25 de junio de 2020.

Hechos del caso: Blanco y Negro S.A. fue sancionada, mediante resolución exenta N°50845, de 21 de febrero de 2019, del Departamento de Extranjería y Migración, por un monto equivalente a 401,04 Ingresos Mínimos No Remuneracionales, equivalentes a \$74.504.412 sobre la base de la supuesta infracción al Reglamento de Extranjería, al haber dado trabajo a los extranjeros del plantel de fútbol profesional argentino Estudiantes de La Plata sin contar con las autorizaciones respectivas. En esas circunstancias, la sociedad infraccionada recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, impugnando el acto administrativo indicado.

Encontrándose pendiente la resolución de dicho recurso, la actora interpuso requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas señaladas.

Fundamento: *TERCERO: Que, a estos respectos, es dable tener presente que la jurisprudencia de esta Magistratura ha puntualizado que las sanciones administrativas deben cumplir dos tipos de garantías. Por una parte, aludiendo a los resguardos sustantivos, especialmente cuando se vinculan al imperativo de dar a cada uno lo suyo según su situación, ha señalado que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución, han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado (STC Roles N°s 294-1996; 479-2006; 480-2006; 1413-2010; 1518-2010; 2381-2013; 5018-2019, y 6250-2019).*

Por otra parte, ha establecido que deben satisfacer las salvaguardas vinculadas al derecho a un procedimiento justo y racional. Específicamente, este Tribunal, connotando el rico contenido del artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, ha hecho exigible al legislador establecer un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones que contempla la ley, dándole la posibilidad de defenderse de los cargos que la autoridad le formule, y de reclamar la sanción impuesta en sede judicial (STC Rol N° 389-2003 y 2682-2014).

Estos derechos constituyen obligaciones para el legislador, puesto que al tener su fuente en la Constitución, a éste no le es posible sustraerse de ellas sin vulnerar el artículo 6° de la misma, según enseguida se explicará;

CUARTO: 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 5018-2018 y 6250-2019, 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. Haciendo notar, además, que las garantías, como la proporcionalidad, vienen a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos del encartado en un procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3).

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° 2264-2012, considerandos 18° y 19°, y Rol N° 2658-2014, considerandos 7° a 12°);

QUINTO: Que, al tenor de esta jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del 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 de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular.

Por último, es pertinente, además, vincular los principios de legalidad y de tipicidad con el de proporcionalidad, dado que los dos primeros establecen que la infracción debe describirse en la ley con un grado de completitud tal, que la sanción con que se amenaza la realización de la conducta descrita, sea una consecuencia equivalente a la infracción que se busca prohibir;

SEXTO: Que, traído lo anterior a este caso, permite advertir que el impugnado artículo 74, inciso final, del DL N° 1.094, no satisface las garantías mínimas que este Tribunal ha establecido para sancionar válidamente una conducta infraccional, desde que su texto no cumple con establecer un marco adecuado para que el órgano sancionador, y en definitiva el juez, puedan imponer una sanción que se relacione en justa medida con la infracción.

Se revela esta inconstitucionalidad, al comprobar -en primer término- que la norma cuestionada no considera 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. De igual modo, es indicativo de la inconstitucionalidad de la norma, la inexistencia de otros criterios o parámetros de graduación, a partir de los cuales la

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Administración o los Tribunales de Justicia puedan, dentro de cada margen o marco punitivo previamente fijados, morigerar o agravar la concreta sanción al infractor.

Lo anterior consume en el acto administrativo sancionador, al observarse -en segundo término- que éste no aporta motivos que lo lleven a adjudicar el castigo en \$74.504.412 (fs. 43), esta omisión se origina en la insuficiencia de la norma cuya inaplicabilidad se solicita. Siendo de reparar, además, en lo expresado por el Departamento de Extranjería al informar el recurso de protección deducido en contra de dicha sanción, donde, invocando un fundamento que no figura en el acto reclamado, como lo requiere el artículo 8º, inciso segundo de la Constitución, alude a que la cuantía total se habría calculado considerando que “por cada extranjero se impuso una sanción de \$2.069.566”, amén de que la requirente ya habría sido sancionada con anterioridad (fs. 30), aspectos marginales que no atañen directamente a la cuestión, cuyos contornos no fueron delimitados precisamente por no haberse escuchado previamente al infractor;

SÉPTIMO: Que, en este sentido, se denuncia como vulnerado el derecho a un procedimiento justo y racional, en dos vertientes: de un lado, se acusa que la norma establece una traba antes de ejercer el reclamo administrativo, consistente en la obligación de depositar la mitad del importe de la multa; del otro, se denuncia que el procedimiento administrativo sancionador no contempla la garantía de una audiencia previa;

OCTAVO: Que, siguiendo lo sustentado por este Tribunal en otros fallos, cabe reiterar que la figura de la consignación previa a la impugnación de una multa, entraba injustificadamente el derecho a reclamo reconocido en los artículos 20 y 38, inciso segundo, de la Constitución, así como en los artículos 2º y 9º de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado.

En efecto, comoquiera que una tal consignación perturba el ejercicio legítimo de ese derecho, al poner un obstáculo que no posee otra explicación que desalentar la impugnación, conforme se recordara en STC Rol N° 1.865-2010, este Tribunal Constitucional, mediante varias sentencias de inaplicabilidad, desde el año 2008, sostenidamente ha privado de validez particular a esa exigencia del “solve et repete”.

Así, las sentencias recaídas STC roles N°s 946, 968, 1.332, 1.356, 1.382, 1.391, 1.418, 1.470 y 1.580 declararon inaplicable el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo. Si bien por STC Rol N° 1.173 se rechazó un requerimiento, en orden a declarar inconstitucional esta norma, ello únicamente lo fue por no haberse reunido el quórum constitucional a ese efecto (...)

DECIMOPRIMERO: Que, por último, conviene precisar que el requisito de tener que enterar una parte de la multa para poder impugnar, bien es cierto, no “priva” al afectado de su derecho a reclamo, en el sentido que le impida absolutamente ponerlo en movimiento; a menos, naturalmente, que se trate de una persona carente de recursos o pobre de solemnidad. Sin embargo, el cuestionamiento radica,

para esta Magistratura, en que dicha condición afecta el derecho a reclamo en su esencia, “perturbando” su legítimo ejercicio, al anteponerle un obstáculo improcedente y que no guarda relación con algún requisito de procesabilidad o de admisibilidad pertinente.

En razón de lo expuesto en las sentencias precedentes, cuyos criterios se dan por reproducidos y que no pueden sino reiterarse en esta oportunidad, procede declarar que el artículo 79, inciso final del DL N° 1.094 es inaplicable a la gestión sublite, comoquiera que siendo de suyo inconstitucional, en su ejecución práctica se ha revelado, asimismo, como contrario a los numerales 3º y 26º del artículo 19 de la Carta Fundamental;

DECIMOSEGUNDO: Que, tocante al tema en referencia, se ha expresado en STC Rol N° 2682-2014, que un procedimiento justo y racional tiene lugar cuando se actúa en la forma que prescriben aquellas normas y principios procesales que resultan fundamentales para el resguardo efectivo del derecho a defensa.

A la imposición de sanciones administrativas, pues, necesariamente debe anteceder una serie concatenada de trámites, tan esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa y sostenida en una investigación preliminar, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que éste pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas. Todo ello terminado, si procede, con una sanción fundada y sólo por hechos que han sido objeto de cargos, susceptible de ser impugnada ante un tribunal (...)

DECIMOCUARTO: Que el derecho a defensa en un debido procedimiento se satisface, en primer término, dándole previa audiencia al presunto responsable, esto es otorgándole la oportunidad para presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas. Pudiendo incluso basar sus alegaciones en sucesos nuevos que el instructor no consideró en la etapa indagatoria, o en hechos distintos a los atribuidos circunstanciadamente en los cargos.

Correspondiéndole, en tal caso, a ese encartado precisar cuáles son estos otros antecedentes, de modo que el instructor pueda abrir un período de prueba a su respecto, si no le constan a la Administración, así como efectuar el control de procedencia y necesidad de aquellas diligencias cuya práctica se solicita con miras a acreditarlos. Sin desmedro de que la autoridad pueda abrir otro procedimiento distinto, considerando la naturaleza de los hechos expuestos;

DECIMOQUINTO: Que, sentadas las premisas anteriores, resulta que las normas cuestionadas del DL N° 1.094 no solamente omiten establecer las garantías descritas. En rigor, su artículo 79, inciso primero, las niega, al expresar que la sanción puede imponerse “con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen, debiéndose, siempre que ello sea posible, oír al afectado”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Vale decir, el propio texto legal consagra una facultad meramente potestativa o discrecional, de oír o no al afectado, a voluntad del órgano sancionador, no obstante que una tal diligencia configura un imperativo constitucional.

Por lo tanto, en el caso presente no es procedente aplicar el criterio de justificación establecido por esta Magistratura en STC Rol N° 2682-2014, en orden a que “las leyes anteriores a la adopción de este estándar por parte del Tribunal Constitucional [refiriéndose a la STC N° 376-2003], en cuanto ellas confieren potestades sancionadoras a órganos de la Administración pero sin contemplar formalmente un procedimiento especial, tal omisión se salvaría si al ejercer dichas competencias la autoridad instruye una investigación que cumpla las exigencias básicas que caracterizan un debido proceso, como la formulación de cargos, su notificación al inculpado, seguida de una oportunidad efectiva para que éste pueda ejercer el derecho a defensa, incluida la posibilidad de allegar y producir pruebas” (considerando 10°);

DECIMOSEXTO: Que, así entonces, siendo el texto de la norma por sí mismo objetable, cabe agregar que su aplicación al caso concreto de que aquí se trata corrobora su inconstitucionalidad.

En efecto, tal como aparece de los antecedentes tenidos la vista, a la persona incurso de la multa no se otorgó la audiencia imprescindible para que ésta pudiera exponer las alegaciones que estimase a su favor, tendiéndosele -en cambio- como contraventor merced exclusivamente a un parte policial.

Por ende, sostener que, aun así, la requirente no ha quedado en la absoluta indefensión, por la sola circunstancia de que su caso lo conoce la Justicia, implica desconocer que un racional y justo procedimiento administrativo no puede redundar -sin desnaturalizar su contenido- en un acto administrativo terminal del cual la autoridad pueda predicar una sedicente presunción de legalidad o una suposición de veracidad, en circunstancias que ella misma ha dejado al afectado en una situación procesal desmedrada, al no escucharla previamente ni ponderar, en definitiva, sus defensas o alegaciones;

DECIMOSÉPTIMO: Que, finalmente, es útil consignar que no es suficiente para descartar el vicio de constitucionalidad anotado, la alegación de que otra ley, de bases del procedimiento administrativo (Ley N° 19.880), establecería garantías suficientes para el afectado, desde que esa ley no dispone contenido sustantivo alguno que permita complementar las carencias de las leyes especiales que establecen procedimientos administrativos sancionadores, en la hipótesis que éstas no se conformen con las exigencias propias del debido proceso justo y racional ni de los principios aplicables a la actividad punitiva del Estado. ([Volver](#))

2.- Sánchez con Municipalidad de Ñuñoa. Corte Suprema, Rol N°10.121-2019, de 22 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo un reclamo de ilegalidad en contra de la Municipalidad de Ñuñoa, por cuyo intermedio impugna la resolución de la Dirección de

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Obras Municipales que otorgó el permiso de edificación N° 153, de 25 de mayo de 2017, para los predios ubicados en Doctor Johow N° 642 y N° 672.

El reclamo fue rechazado por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, ante lo cual el actor dedujo recurso de casación en el fondo en contra de dicha decisión.

Fundamento: OCTAVO: *Que el recurrente acusa, en primer lugar, que los sentenciadores incurrir en un error de derecho al descartar el reclamo de ilegalidad consagrado en el artículo 151 de la Ley N° 18.695, por estimar que los actos del Director de Obras referidos a aspectos técnicos están bajo el control exclusivo de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo.*

NOVENO: *Que para resolver la materia planteada por el recurrente se debe tener presente que el artículo 2 de la Ley N° 18.695 dispone que: “Las municipalidades estarán constituidas por el alcalde, que será su máxima autoridad”. Tal norma se relaciona con el artículo 56 de la mencionada ley que dispone que, siendo el Alcalde la máxima autoridad del municipio, le corresponde la dirección, administración y supervigilancia de dicha institución. En razón de ello es que, además de las atribuciones que se le imponen y reconocen en el artículo 63, tiene competencia para pronunciarse de los reclamos que se interpongan en contra de sus resoluciones u omisiones, o las de sus funcionarios que se estimen ilegales, de conformidad con lo prescrito en el referido artículo 151.*

DÉCIMO: *Que asimismo se debe tener presente que, con el objeto de cumplir con las funciones que se confían a las Municipalidades, en la Ley N° 18.695 se establecen una serie de órganos internos y cargos edilicios. Así, en el artículo 24 se contempla la Unidad de Dirección de Obras Municipales, la cual tiene por competencia las materias señaladas en tal disposición, es dirigida por un profesional universitario, Director de Obras, que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, tiene entre sus funciones la de estudiar los antecedentes, dar los permisos de ejecución de obras, conocer de los reclamos durante las faenas y dar recepción final de ellas, todo de acuerdo a las disposiciones sobre construcción contempladas en esa ley, en su Ordenanza General, en los Planes Reguladores, en sus Ordenanzas Locales y en las Normas y Reglamentos respectivos aprobados por el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo; asimismo, le compete dirigir las construcciones municipales que ejecute directamente el Municipio, y supervigilar estas construcciones cuando se contraten con terceros.*

DÉCIMO PRIMERO: *Que asentado lo anterior resulta pertinente señalar que el artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece que la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo podrá resolver las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por los Directores de Obras, reclamo que deberá ser interpuesto en el plazo de 30 días, contado desde la notificación administrativa del reclamante, aplicándose en este caso el procedimiento previsto en el artículo 118 de dicha ley.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

DÉCIMO SEGUNDO: Que el Director de Obras es un funcionario municipal y, en consecuencia, sus actos u omisiones ilegales son susceptibles de ser reclamados a través de la acción consagrada en el artículo 151 de la Ley N° 18.695. En efecto, lo dispuesto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones no obsta a que, en su calidad de funcionario municipal, se encuentre bajo la dependencia del Alcalde y, por ende, sujeto a su control, pues éste, en tanto máxima autoridad del Municipio, no sólo tiene la dirección, administración y control de la Municipalidad, sino que tiene además competencia para pronunciarse acerca de los reclamos que se interpongan en contra de sus resoluciones u omisiones, o las de sus funcionarios y que se estimen ilegales.

DÉCIMO TERCERO: Que en este mismo orden de ideas cabe consignar que, si bien es efectivo que, al tenor del artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo tiene competencia para dirimir las reclamaciones que se interpongan en contra de las resoluciones dictadas por el Director de Obras Municipales, dicha competencia no es exclusiva ni excluyente, pues la norma permite al recurrente optar, al momento de impugnar la decisión administrativa, por seguir la vía establecida ante la autoridad ministerial o aquella prevista respecto del Alcalde, cuestión que se deduce desde que la primera de las autoridades, conforme al artículo señalado, “podrá resolver”.

DÉCIMO CUARTO: Que, en efecto, un correcto análisis normativo permite concluir que los actos del Director de Obras son reclamables por una doble vía: a) Administrativa ante el Seremi de Vivienda y Urbanismo respectivo a través del ejercicio de la acción de los artículos 12 y 118 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; y b) Jurisdiccional, que se inicia con una etapa administrativa previa ante el Alcalde y culmina con la presentación de la acción pertinente en sede judicial, conforme lo establece el artículo 151 de la Ley N° 18.695.

La anterior interpretación no sólo tiene su origen en el texto de la ley, que claramente deja a salvo la opción del interesado, quien “puede” optar por la vía administrativa contemplada en el artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, sino que, además, se impone por cuanto las personas que se sienten afectadas por ilegalidades de la Administración tienen el derecho a obtener tutela jurisdiccional efectiva, cuestión que en el caso concreto se materializa con el ejercicio de la acción contemplada en el artículo 151 de la Ley N° 18.695, contencioso administrativo especial previsto por el legislador para tales fines, objetivo que no se logra con la reclamación del mencionado artículo 12, toda vez que ésta sólo contempla una revisión por parte de la Administración.

Así, el afectado por lo resuelto por un Director de Obras se enfrenta a la posibilidad de iniciar dos reclamos, no estando obligado a optar por alguno de ellos, pues se trata de dos acciones, una claramente jurisdiccional, que corresponde a aquella intentada en autos, y otra administrativa, sin que una de ellas excluya a la otra, por lo que ninguna de las dos autoridades puede negarse a conocer de la que se dedujo, pudiendo incluso ambas resolver lo que sea pertinente en derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

DÉCIMO QUINTO: Que, además, resulta necesario aclarar que el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo no es el superior jerárquico del Director de Obras. El superior jerárquico es el Alcalde. En efecto, la Municipalidad como ente administrativo descentralizado tiene una estructura administrativa con el Alcalde a la cabeza, siendo los funcionarios de ella inferiores jerárquicos del Alcalde y de cada uno de los jefes que se encuentran sobre los mismos en la escala jerárquica respectiva. Tratándose de Jefes de Departamento, como el de Obras, el superior jerárquico es el Alcalde. La confusión se produce por cuanto al Director de Obras, inferior jerárquico del Alcalde, la ley le ha entregado atribuciones desconcentradas, pudiendo decirse, por lo tanto, que se trata de una autoridad desconcentrada, concepto que se contempla en el artículo 3 inciso primero de la Constitución Política de la República y que, por definición, consiste en la entrega de atribuciones a una autoridad inferior, dentro de la estructura jerárquica de una institución. La desconcentración opera al interior de entes centralizados.

DÉCIMO SEXTO: Que, por otro lado, y en lo que respecta al control ejercido por el Secretario Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, debe señalarse que la municipalidad es una institución descentralizada, lo que implica, por consiguiente, que no tiene un superior jerárquico, de manera que no existe sobre ella ni sobre sus órganos un control jerárquico externo. Ahora bien, sobre los entes descentralizados siempre existe un control, no de carácter jerárquico, de mayor o menor intensidad; ello, porque descentralización no significa independencia y por cuanto, en último término, es al Presidente de la República a quien la Constitución, en su artículo 24, entrega “la administración del Estado”.

El control sobre los entes descentralizados o sobre sus autoridades, por órganos externos a ella, se denomina control de tutela o supervigilancia, el que puede recaer sobre los actos de la autoridad superior del ente descentralizado o sobre autoridades inferiores de la institución; control generalmente entregado a órganos de la Administración Central o a sus representantes, como, por ejemplo, Intendente sobre el Alcalde, Gobernador sobre el Alcalde, Presidente de la República sobre un servicio descentralizado, Ministro sobre un ente descentralizado, como el artículo 7 inciso final de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, que somete a la autorización del Ministro de Hacienda transacciones sobre tres mil unidades tributarias mensuales, etc. Este es el caso del artículo 12 de la Ley de Urbanismo y Construcciones, que establece un control del Seremi sobre el Director de Obras, por la vía de un recurso administrativo. Este control, por su parte, puede revestir diversas formas, como autorización previa necesaria, facultad de revocación, recursos administrativos, etc.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, de acuerdo a lo expuesto, resulta entonces que el reclamo contemplado en el artículo 12 ante el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo es un recurso administrativo, distinto del de reposición o jerárquico; asimismo, es un arbitrio especial que se denomina “recurso de tutela”, que incide en lo que se ha descrito precedentemente como control de supervigilancia o tutela.

De todo lo razonado se desprende inequívocamente que el reclamo de ilegalidad municipal que se interpone en contra de actuaciones del Alcalde o de sus funcionarios, se refiere a los actos de todos los funcionarios municipales que forman parte de su estructura, incluido el Director de Obras.

DÉCIMO OCTAVO: Que de lo expuesto fluye con nitidez que los sentenciadores yerran al excluir el reclamo de ilegalidad municipal como un medio de impugnación de los actos técnicos del Director de Obras Municipales y que al desestimar la acción intentada en autos quebrantan lo establecido en la letra a) del artículo 151 de la Ley N°18.695.

DÉCIMO NOVENO: Que el mencionado error de derecho ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que la errada interpretación de la disposición mencionada en el fundamento que antecede ha conducido a los falladores al rechazo de una reclamación que, sin embargo, resulta plenamente procedente, en tanto la vía procesal elegida por el actor para impugnar el Permiso de Edificación extendido por el Director de Obras Municipales es plenamente aplicable y no puede entenderse excluida por la existencia de un procedimiento de reclamación administrativo ante la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo respectiva, motivo por el que corresponde hacer lugar al recurso de casación en el fondo interpuesto. ([Volver](#))

3.- J.P.S.A. con Isapre Consalud S.A. Corte Suprema, Rol N°44.069-2020, de 22 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona, en representación de su hijo, interpuso una acción de protección en contra de Isapre Consalud S.A., por negarle la cobertura de salud del medicamento Anakinra, prescrito para el tratamiento del Síndrome Epiléptico por Infección Febril (FIRES)

Fundamento: Séptimo: (...) [Q]ueda en evidencia que la alegación de la Isapre recurrida, de no prestar la cobertura al medicamento Anakinra, fundada en que no cuenta con un registro sanitario, no constituye un argumento jurídicamente válido, desde que no se configura la hipótesis legal que invoca.

En efecto, como se transcribió precedentemente, es justamente la autoridad sanitaria, la que autorizó el ingreso del fármaco para un fin medicinal urgente, atendido que no existe una alternativa del principio activo del mismo en nuestro país, por tanto, su no registro sanitario en términos formales, en esta hipótesis pierde importancia, por la existencia de este permiso especial concedido por la Instituto de Salud Pública, que viene sustituir provisionalmente el registro que alega la recurrida, lo cual hace desaparecer el fundamento argüido por aquella para no entregar la cobertura del medicamento, transformando su actuar en ilegal y arbitrario.

Octavo: Que, a mayor abundamiento, es necesario hacer presente que el numeral 1° del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830 de fecha 27 de septiembre de 1.990 dispone “Los Estados partes reconocen el derecho

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Noveno: Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica de los menores recurrentes en estos autos.

En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.

Décimo: Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N°s 43.250-2017, 8523-2018, 2494- 2018, 27.591-2019 y 33.083-2020 entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por las recurridas

Undécimo: Que, en ese orden de ideas, el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 2005 del Ministerio de Salud que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de Las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, prescribe que: “Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.

Duodécimo: Que, por tanto, la decisión de las recurrida consistente en la negativa a proporcionar aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que aqueja al niño en favor de quien se recurre, aparece como ilegal y arbitraria, y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para su sobrevivencia, así como para su integridad física, considerando que de acuerdo a los informes médicos acompañados a la causa se describe la enfermedad como una encefalopatía epiléptica aguda potencialmente fatal, con efectos progresivos de carácter degenerativos a nivel cognitivo y muscular, en tal virtud, procede

que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho.

Décimo tercero: Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado, como se ha dicho también en otras sentencias, que la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde al ineludible ejercicio de las atribuciones propias de este tribunal, en respuesta a una acción cautelar, y ella no pretende, de modo alguno, definir la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función propia del Presidente de la República en colaboración con los Ministros de Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal.

Por el contrario, la Corte se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, adoptar aquellas providencias que a su juicio sean necesarias para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas.

En ese mismo orden de ideas, corresponde exclusivamente al Instituto de Salud Pública determinar la procedencia del registro del medicamento en cuestión de acuerdo a la normativa que lo rige.
([Volver](#))

4.- Sunnah con Caja de Compensación de Asignación Familiar La Araucana. Corte Suprema, Rol N°20.803-2020, de 23 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo una acción de protección en contra de la Caja de Compensación de Asignación Familiar La Araucana, por cuanto su empleador le informó que, por instrucción de la recurrida, su remuneración sería objeto de un descuento de \$566.817 a contar de septiembre de 2019, con motivo de un crédito otorgado por la referida Caja de Compensación hace más de 10 años.

Fundamento: *Tercero: Que el acto que la recurrente reprocha como arbitrario e ilegal consiste en los descuentos que comenzaron a efectuarse en su remuneración a partir del mes de septiembre de 2019, luego de transcurridos más de diez años desde que se le otorgó el crédito social contraído con la Caja de Compensación de Asignación Familiar La Araucana, y más de seis años desde el último pago efectuado;*

Cuarto: Que, en tales circunstancias, debe concluirse que la recurrida ha actuado de manera caprichosa e injustificada al revivir y forzar de manera unilateral un beneficio que el artículo 22 de la Ley N° 18.833 concede a las Cajas de Compensación para cobrar oportunamente los créditos sociales que otorgan. Tal beneficio, en la especie, resultaba improcedente, considerando el extenso lapso (más de seis años) que alcanzó a transcurrir entre enero de 2013 y septiembre de 2019, además de los casi

cuatro años que habían alcanzado a transcurrir previamente entre mayo de 2009 y enero de 2013, sin que se hubieren llevado a cabo por la acreedora, acciones tendientes a cobrar el crédito; con lo que su actual decisión de requerir el pago a través de esa vía especial deviene en antojadiza, sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación por los medios legales ordinarios;

Quinto: Que este proceder manifiestamente arbitrario de la recurrida, corresponde que sea declarado y se otorgue amparo al recurrente, pues de lo contrario la Caja de Compensación recurrida obtendría un reconocimiento de la jurisdicción a su actuación arbitraria y podría mantenerlo permanentemente en el futuro con quienes estime procedente al igual que todas las otras Cajas que integran este sistema de prestaciones sociales sin que el Estado pueda amparar estas conductas ni esta forma abusiva de ejercer sus atribuciones por parte de una entidad privada que presta un servicio público asistencial, especialmente en este caso, respecto de quien se encuentra en una condición de vulnerabilidad frente al ejercicio de potestades contractuales permisivas ejercidas a destiempo;

Sexto: Que el acto cuya arbitrariedad ha sido constatada, vulnera el derecho de propiedad de la parte recurrente sobre sus remuneraciones, privándole de beneficios económicos, los que están amparados por la garantía prescrita en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, por lo que el recurso, como se adelantó, debe ser acogido. ([Volver](#))

5.- G.A.R.H. con Servicio Metropolitano de Salud Central y otros. Corte Suprema, Rol N°30.287-2020, de 23 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección, en representación de su hijo menor de edad, en contra del Hospital Clínico San Borja Arriarán, Servicio Metropolitano de Salud Central, y contra el Fondo Nacional de Salud (Fonasa), por su negativa a dar el financiamiento necesario para la adquisición del medicamento llamado Spinraza, pese a que resulta indispensable para que éste recupere su salud y conserve su vida.

Fundamento: *Cuarto: Que, del examen de los antecedentes, aparece que una de las principales razones esgrimidas por las recurridas para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presenta el niño, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y frecuentemente mortal, consiste en que la enfermedad que lo aqueja no forma parte de la cartera de servicios de los establecimientos de la red de salud y el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico de los establecimientos de la red asistencial, sin que ninguna norma habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria.*

Quinto: Que, en relación a lo establecido precedentemente, es necesario hacer presente que el numeral 1° del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830 de fecha 27 de septiembre de 1.990 dispone “Los Estados

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Sexto: Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica de los menores recurrentes en estos autos. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.

Séptimo: Que, al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos Rol N°s 2494-2018, 27.591-2019, 25685-2019, 19.092-2019 entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por las recurridas.

Octavo: Que, en el contexto indicado, la decisión consistente en la negativa a proporcionar el fármaco al paciente, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que lo aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para su sobrevivencia e integridad física, considerando que la Atrofia Muscular Espinal tipo II que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal en los niños, que produce la pérdida progresiva del movimiento muscular, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como necesaria para el tratamiento del niño, como surge de los antecedentes agregados a la causa.

Noveno: Que resulta insoslayable subrayar que las recurridas, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hacen cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento pueden brindar a la paciente, actuar que se torna en ilegal porque conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469: “Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.

Décimo: Que, establecido lo anterior, es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

Undécimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de las recurridas a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del niño G.A.R.H., sobre la base de consideraciones de índole administrativa y económica, han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que sus padres no se encuentran en condiciones de adquirirlo, lo cual se traduce en que se impide a la paciente el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo para el tratamiento de la patología que sufre y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirigen los recursos realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Spinraza, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento con este medicamento.

Duodécimo: Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal.

Por el contrario, la Corte Suprema se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas.

En otras palabras, esta Corte debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo la autoridad recurrida habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie. ([Volver](#))

6.- Luna con Municipalidad de San Javier. Corte Suprema, Rol N°39.182-2019, de 23 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.

Fundamento: *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.

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](#))

7.- Gálvez con Municipalidad de La Cruz. Corte Suprema, Rol N°32.079-2019, de 25 de junio de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de la Municipalidad de La Cruz, que invalidó su nombramiento en el cargo de Director de Control del citado ente edilicio, mediante el Decreto Alcaldicio N°390, de 17 de junio de 2019.

Fundamentos: *Cuarto: Que, del examen del acto impugnado, aparece que el único fundamento que la recurrida esgrime para ejercer la potestad invalidatoria que le confiere el artículo 53 de la Ley N°19.880 consiste en que las bases concursales, “al referirse al título que deben tener los postulantes, se aludió sólo a los de carácter profesional, omitiéndose mencionar a los técnicos, como los hace el referido artículo 29”.*

Quinto: Que el artículo 53 de la Ley N° 19.880 prescribe: “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”.

Sexto: Que, por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 11 de la Ley N°19.880, en aquellos actos de la Administración por los que se afectaren derechos de los particulares deberán siempre expresarse tanto los hechos como los fundamentos de derecho que les sirven de sustento.

En el caso de marras, la Administración ha invocado un supuesto vicio en las bases concursales, el que -como se verá- a continuación, no es tal.

Séptimo: Que, en efecto, las propias bases concursales hacen referencia al artículo 29 de la Ley N°18.695, en cuyo inciso segundo se lee, en lo que interesa al recurso, lo siguiente: “La jefatura de esta unidad se proveerá mediante concurso de oposición y antecedentes y no podrá estar vacante por más de seis meses consecutivos. Las bases del concurso y el nombramiento del funcionario que desempeñe esta jefatura requerirán de la aprobación del concejo. A dicho cargo podrán postular personas que estén en posesión de un título profesional o técnico acorde con la función”

Por su parte, tal y como se asentó en el fundamento tercero de este fallo, el acápite V de las bases concursales (requisitos específicos preferenciales) indica que “(...) de acuerdo a los perfiles de los cargos, se establecen los siguientes requisitos específicos preferenciales: Estudios: Título profesional o técnico: Abogado, Contador Auditor, Administrador Público, Ingeniero en Administración Pública” (Énfasis añadido).

Octavo: Que, como se advierte de lo expuesto, la justificación esgrimida en la resolución impugnada para invalidar el decreto de nombramiento del actor no dice relación con su motivación real, puesto que, si bien ésta es mencionada en el acto administrativo indicando que las respectivas bases concursales habrían “aludido sólo a los títulos de carácter profesional, omitiéndose mencionar a los técnicos” (sic), ello no resulta ser efectivo, conforme se asentó en el basamento que antecede.

Dicho de otro modo, las bases concursales no excluyeron la posibilidad que personas con título técnico optasen al cargo de Director de Control, pues no sólo existe un reenvío al artículo 29 de la Ley N°18.695, sino que explícitamente se consigna en el apartado V de las bases que los estudios de los postulantes pueden ser, alternativamente, profesionales o técnicos.

Por lo demás, el actor señaló -y así lo reconoció el Municipio- que en el concurso para proveer el cargo de Director de Control sólo participaron profesionales y no técnicos (en concreto, tres abogados), pero ello, lejos de reforzar la posición jurídica de la Municipalidad, la debilita, pues se debe recordar que el procedimiento de invalidación fue iniciado de oficio por la recurrida, sin que ninguna persona hubiere objetado la legalidad formal y sustancial del procedimiento concursal.

Noveno: Que, así las cosas, la decisión impugnada se sustenta en hechos diversos de los que se desprenden de la resolución que invalida el nombramiento del actor, puesto que, si bien aparentemente se fundamenta en un fin de interés general o particular del Municipio -consistente en la supuesta ilegalidad de las bases concursales- lo cierto es que las circunstancias expuestas en el recurso de protección develan que el fin que tuvo a la vista la autoridad es otro. De esta manera, siendo indudable que la autoridad competente cuenta con la potestad para invalidar sus actos contrarios a derecho, en el caso específico esa atribución fue ejercida con el propósito de lograr un resultado diferente de la finalidad para la cual fue instituida. De allí que el ejercicio de la atribución haya devenido en una desviación de poder, cuestión que el ordenamiento jurídico nacional repudia.

En efecto, las denuncias presentadas por el actor ante la Contraloría General de la República y ante la Asociación Chilena de Seguridad, fueron las que motivaron el inicio del procedimiento de invalidación.

Todavía más, ninguna persona con título de carácter técnico participó en el procedimiento concursal para proveer el cargo de Director de Control, por lo que tampoco se evidencia un perjuicio concreto, real y determinado, fundándose el acto administrativo en vagas razones de interés general y en el texto del citado artículo 53 de la Ley N°19.880.

Décimo: Que siendo cinco los elementos del acto administrativo, a saber: la competencia, la forma, el fin, los motivos y el objeto, puede existir ilegalidad en relación a cualquiera de ellos. En este caso, la ilegalidad se configura en relación con el elemento teleológico del acto, lo que constituye un vicio que lo torna susceptible de anulación, siendo, por cierto, también arbitrario por los motivos expuestos.
([Volver](#))

8.- Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicio de Salud con Municipalidad Tierra Amarilla. Corte Suprema, Rol N°29.569-2019, de 25 de junio de 2020.

Hechos del caso: La Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicio de Salud con Municipalidad Tierra Amarilla interpuso demanda de cumplimiento de convenio de pago y cobro de pesos en contra de la Municipalidad de Tierra Amarilla. La demanda fue desestimada por el tribunal de primera instancia, declarando la nulidad relativa del convenio de pago, disponiendo el cumplimiento de las prestaciones mutuas, omitiéndose pronunciamiento respecto e la excepción de prescripción alegada por la demandada.

En contra del fallo, la demandante dedujo recurso de casación en la forma y apelación, siendo ambos rechazados por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la decisión. En contra de ésta última sentencia, la parte demandante interpuso recurso de casación en el fondo.

Fundamentos: Tercero: *Que, del tenor del recurso de casación en estudio, es posible advertir sus defectos, pues prescinde el recurrente y, por lo mismo, no estima quebrantada la normativa que rige la responsabilidad contractual perseguida en la acción principal, particularmente los artículos 1489 y 1545 del Código Civil, preceptiva a la que acudió la demandante y que los jueces del mérito dejaron de aplicar al declarar la ineficacia de la convención que celebró con la Corporación demandada.*

Cuarto: *Que tales disposiciones, decisorias del pleito, no han sido objeto del recurso por su falta de aplicación, lo que impide que este arbitrio de nulidad pueda prosperar. Efectivamente, aun en el evento que esta Corte concordara en el sentido de haberse producido los yerros que se acusan, tendría que declarar que éste no influye en lo dispositivo de la sentencia, desde que la vulneración del marco normativo que establece el cumplimiento forzado del contrato por parte del contratante diligente no ha sido denunciada como error de derecho, no obstante tratarse de preceptos legales de orden sustantivo destinados a decidir la cuestión litigiosa.*

Quinto: *Que, sin perjuicio de que lo antes señalado resulta suficiente para desestimar el recurso de nulidad sustancial en examen, conviene recordar que, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, la sanción de ineficacia jurídica que afecta a los actos de los órganos del Estado es la nulidad de derecho público. Por consiguiente, tratándose de vicios incurridos en actos de carácter administrativo la sanción de nulidad se encuentra regulada por el Derecho Público y no por el Código Civil, tanto por el origen del vicio como por el bien jurídico que cautela.*

Por otra parte, *el vicio que afecta al Convenio de Pago celebrado entre las partes, sin la aprobación del Consejo Municipal, es la omisión de un requisito legal susceptible de ocasionar la nulidad de derecho público del acto administrativo, toda vez que entre las causales que ameritan la procedencia de tal sanción se encuentran la inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto y la violación de la ley de fondo, además de la ausencia de investidura regular del órgano respectivo, la incompetencia de éste y la desviación de poder.*

Sexto: *Que, de las reflexiones antes anotadas, fluye que la sentencia impugnada no ha incurrido en yerros que hayan podido influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al haber determinado que el Convenio de Pago suscrito entre las partes adolece de ineficacia al haberse omitido un requisito establecido en la ley para su celebración. ([Volver](#))*

9.- Asociación de Funcionarios de Conchalí con Municipalidad de Conchalí. Corte Suprema, Rol N°44.115-2020, de 26 de junio de 2020.

Hechos del caso: La Asociación de Funcionarios de Conchalí interpuso una acción de protección a favor de un grupo de personas, en contra de la Municipalidad de Conchalí, impugnando los Decretos Alcaldicios Nos 618, 619, 621 a 625 que aplican la medida disciplinaria de destitución por reiterados atrasos y ausencias injustificadas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 69 y 134 letra F de la Ley N°18.883 que

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

contiene el estatuto de los funcionarios municipales, acto que considera ilegal y arbitrario por cuanto carecerían de fundamentación y motivación con infracción al artículo 11 de la Ley N°19.880 y respecto de doña Bárbara Fuenzalida pues a su respecto no se habría respetado el fuero maternal.

Fundamentos: *Octavo: Que, en relación a la situación de la funcionaria a contrata doña Bárbara Fuenzalida Merino, la situación es distinta, pues también es un hecho no controvertido que el sumario administrativo y la decisión recurrida se han adoptado durante el tiempo que la persona señalada se encuentra amparada por el fuero maternal.*

Pues bien, viene al caso recordar que el artículo 194 del Código del Trabajo, bajo el epígrafe “De la Protección a la Maternidad”, perentoriamente prescribe: “La protección de la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellos los servicios de la administración pública (...)” entre otros. Agrega que tales “disposiciones beneficiarán a todas los trabajadores que dependan de

Noveno: Que el precepto transcrito es reflejo del postulado constitucional consagrado en el artículo 19 N°1°, inciso segundo de la Carta Política, en cuanto encomienda a la ley proteger la vida del que está por nacer, concepción amplia que importa permitir que la madre acceda al empleo y se mantenga en él, por el carácter alimenticio, tanto para ella, como para el ser en gestación.

Décimo: Que de acuerdo a lo expuesto, la normativa sobre protección a la maternidad del estatuto laboral conforma el régimen jurídico del personal de salud de la Administración del Estado, y en ese sentido es dable inferir que las disposiciones referentes al fuero maternal y que confieren inamovilidad a las trabajadoras embarazadas impiden que puedan ser separadas de sus funciones por la sola decisión de la autoridad.

Undécimo: Que, en efecto, el artículo 69 inciso final de la Ley N°18.883 ya transcrito en los motivos precedentes, establece como sanción de la conducta investigada, la destitución del funcionario. De modo que la autoridad recurrida, estaba en claro conocimiento que estaba en juego la desvinculación de la recurrente, en momentos en que se encontraba con fuero maternal, sin que se haya acreditado haber tramitado y solicitado previamente, la respectiva autorización judicial de conformidad con el artículo 174 del Código del Trabajo. De este modo, la sustanciación del sumario, con el resultado ya previsible de la destitución de la señora Fuenzalida, en dicho período de fuero, resulta ilegal, puesto que vulnera las reglas sobre protección a la maternidad que integran el ordenamiento jurídico aplicable al personal de la Administración y, específicamente, conculcó el artículo 194 del Código del Trabajo antes referido que, en lo que ahora interesa, desde luego obliga a los órganos del Estado a brindar protección de la maternidad.

Duodécimo: Que, a lo anterior, no obsta que la decisión se posponga para ser cumplida después de vencido el fuero, pues un proceder como el descrito implica burlar la normativa de protección ya

descrita y, especialmente, la autorización judicial previa de desafuero, a sabiendas que eventualmente la sanción legal procedente era la destitución de una trabajadora con fuero maternal.

De esta manera, la decisión de la autoridad recurrida debe ceder frente a la aplicación de las reglas protectoras de la maternidad porque éstas, asimismo contenidas en el artículo 10 N°2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, guardan concordancia con la protección de individuos, finalidad que ciertamente merece un reconocimiento mayor.

Décimo tercero: Que el artículo 174 antes mencionado estatuye: “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.”

Décimo cuarto: Que por lo demás, el sistema constitucional al proteger la vida del que está por nacer, encierra el doble propósito del fuero maternal, la inamovilidad de la madre en el empleo y procurar los recursos que sustenten sus gastos de vida, en especial de alimentación.

Décimo quinto: Que el actuar ilegal de la autoridad afecta la garantía contemplada en el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política de la República, al no respetar a favor de la recurrente cánones que son protectores para todas las trabajadoras que gozan de fuero maternal, brindándole por ende un trato discriminatorio.

Décimo sexto: Que en razón de lo dicho, esta Corte procederá a suspender los efectos de la sanción recurrida contenida en el Decreto Alcaldicio N°618 de 23 de agosto de 2019, por ser acciones ilegales en virtud de lo ya razonado, acogiendo en esta parte la apelación de los recurrentes. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- COVID-19, Fuerzas Armadas, exfuncionarios acogidos a retiro, pago sueldo de actividad, plazo máximo, trámite pensión superior 90 días hábiles. Dictamen N°10.085, de 17 de junio de 2020.

Hechos del caso: La Subsecretaría para las Fuerzas Armadas consultó si puede aplicarse el criterio del dictamen N°3.610, de 2020 -emitido con ocasión de la emergencia sanitaria producto del COVID-19-, para continuar pagándoles el sueldo en actividad a aquellos exfuncionarios acogidos a retiro, cuyo trámite de pensión haya superado los 90 días hábiles que señala el artículo 208 del decreto con fuerza de ley N°1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, ello con la finalidad de evitar periodos de carencia en los ingresos de

estos exfuncionarios y que dicho pago de sueldo continuaría hasta la fecha que culmine la tramitación de la respectiva pensión.

Fundamento: *Al respecto, los artículos 206 y 208 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, disponen, en lo pertinente, que el personal regido por ese estatuto solo tendrá derecho a percibir el sueldo y demás remuneraciones, hasta la época del cese del sueldo de actividad, el cual, en el caso de quienes obtienen pensión de retiro, se expedirá después de dictada la resolución que la fija o dentro del plazo máximo de noventa días.*

Luego, cabe recordar que en el contexto de crisis sanitaria que afecta al país por la pandemia del COVID-19, mediante el anotado dictamen N° 3.610, de 2020, esta Entidad Fiscalizadora manifestó que esta constituye una situación de caso fortuito, por lo que corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar medidas extraordinarias de gestión. En lo que interesa, añade que los jefes superiores de los servicios se encuentran facultados para suspender los plazos en relación con los procedimientos administrativos o para extender su duración, sobre la base de la situación de caso fortuito que se viene produciendo, debiendo considerarse especialmente la naturaleza de los actos terminales a que darán origen los procedimientos administrativos.

Como puede advertirse, el citado pronunciamiento ha reconocido, en consideración a las excepcionales condiciones generadas por la pandemia, la facultad de los jefes superiores de los servicios para tomar ciertas decisiones de gestión, también extraordinarias.

Sin embargo, el plazo máximo para seguir pagando el sueldo y demás remuneraciones en actividad está contenido en el citado artículo 208, norma legal que establece un tope, no pudiendo extenderse dicho pago más allá de noventa días hábiles contados desde la época del cese.

Ello es particularmente relevante, atendido que el límite en el pago de dicho beneficio es una medida destinada a velar por la protección del patrimonio público, dado que el sueldo en actividad se financia con fondos de esa naturaleza.

En este sentido, la reiterada e invariable jurisprudencia de esta Entidad de Control ha precisado que, si bien la ley no fijó un plazo para la tramitación de la pensión de retiro, el pago del sueldo de actividad no puede extenderse más allá de noventa días hábiles contados desde la época del cese o retiro del funcionario, dado el carácter esencialmente excepcional y transitorio del beneficio del pago en análisis (aplica dictámenes N°s. 37.370, de 2013; 94.465, de 2014; 28.468, de 2018; 5.959 y 26.000, ambos de 2019, entre otros).

Acorde con lo anterior, las circunstancias extraordinarias del COVID-19 no permiten comprometer recursos públicos para pagar remuneraciones más allá de lo que permite la ley y, en consecuencia, dicha medida no puede entenderse amparada por el aludido dictamen N° 3.610, de 2020.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

De conformidad a lo señalado, en la eventualidad de que se hubiere pagado más allá del plazo indicado, corresponderá a la referida Subsecretaría revisar la situación y realizar las gestiones para obtener el cobro de las cantidades indebidamente pagadas, de lo que deberá dar cuenta a esta Entidad de Control dentro de 60 días siguientes al término del estado de excepción constitucional de catástrofe. ([Volver](#))

2.- Telecomunicaciones, concesión servicio de radiodifusión sonora, inicio servicios, requisitos, visita inspectiva, fiscalización, multas. Dictamen N°10.089, de 17 de junio de 2020.

Hechos del caso: La Compañía Chilena de Inversiones Televisivas y Radiodifusión Limitada, en su calidad de concesionaria del servicio de radiodifusión sonora en frecuencia modulada, solicitó un pronunciamiento que determine si en el marco del procedimiento de recepción de obras e instalaciones establecido en el artículo 24° A de la ley N°18.168, General de Telecomunicaciones, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) puede realizar visitas inspectivas los días sábados. También solicitó se pronuncie si, pesar de haberse corregido por un concesionario las irregularidades advertidas con ocasión de un procedimiento de fiscalización, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones se encuentra habilitado para incoar un procedimiento sancionatorio.

Fundamento: *Sobre el particular, y teniendo presente lo informado -a requerimiento de la Contraloría General- por la SUBTEL, cumple con manifestar que el artículo 24° A de la ley N°18.168 prescribe, en lo pertinente, que los concesionarios de servicios de telecomunicaciones no podrán iniciar servicios, sin que sus obras e instalaciones hayan sido previamente autorizadas por aquella subsecretaría, autorización que otorgará al comprobarse que tales obras e instalaciones se encuentran correctamente ejecutadas y corresponden al respectivo proyecto técnico aprobado.*

La misma disposición agrega, en lo que interesa, que “La Subsecretaría tendrá un plazo de 30 días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud por el interesado para ejecutar la recepción de las obras e instalaciones”, y que si no se procede a la recepción en el plazo indicado, “los concesionarios [...] podrán poner en servicio las obras e instalaciones, sin perjuicio que la Subsecretaría de Telecomunicaciones proceda a recibirlas con posterioridad”.

A su vez, el artículo 16 bis, letra a), de la Ley General de Telecomunicaciones, estatuye -en lo que importa- que, para los efectos de la misma, los plazos son de días hábiles, con la salvedad que indica.

Luego, y atendido que esa preceptiva no define la expresión “días hábiles”, corresponde al efecto aplicar supletoriamente el artículo 25, inciso primero, de la ley N° 19.880, que entiende que “son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos”.

Ahora bien, como es dable apreciar, lo que el anotado artículo 24° A fija es un plazo de 30 días hábiles a la SUBTEL para ejecutar la recepción de las obras e instalaciones, pero no prescribe que las actuaciones que realice dicha subsecretaría -para comprobar que las mismas se encuentran

correctamente ejecutadas y corresponden al respectivo proyecto técnico aprobado- deban necesariamente efectuarse en días hábiles y en horario laboral.

Sostener lo contrario -como pretende la peticionaria-, implicaría, en la especie y sin fundamento normativo, limitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico le confiere a la SUBTEL en relación con la materia, lo que no resulta admisible.

Siendo así, y considerando además que una visita inspectiva constituye precisamente una manifestación del ejercicio de aquellas facultades, esta entidad de control no advierte impedimentos para que tal actuación se pueda llevar a cabo un día sábado, domingo o festivo.

A continuación, y en lo que se refiere a la segunda temática en que incide la presentación que se atiende, cabe anotar que el artículo 36 de la ley N° 18.168 establece, en lo esencial, que “Las infracciones a las normas de la presente ley, a sus reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas, serán sancionadas por el Ministro en conformidad a las disposiciones de esta ley”.

Asimismo, que la circunstancia de que un concesionario subsane las irregularidades detectadas por la SUBTEL en una fiscalización, no es óbice, por sí sola, para la sustanciación de un procedimiento infraccional ni, en su caso, para la aplicación de la correspondiente sanción -salvo en las hipótesis descritas en la enunciada ley-.

Por último, en lo que atañe al supuesto exceso en la aplicación de una multa, es útil consignar que el nombrado artículo 36 prevé, en lo pertinente, que a falta de sanción expresa y según la gravedad de la infracción, se aplicará alguna de las sanciones que allí se indican, entre las cuales figura la de su numeral 2.-, esto es, una “Multa no inferior a 5 ni superior a 100 unidades tributarias mensuales, tratándose de concesiones de radiodifusión de libre recepción”.

De este modo, y como puede advertirse, la autoridad sectorial dispone de un rango para definir el monto de la multa, dentro del cual puede fijarla en función de la gravedad de la respectiva infracción.

De ello se sigue que la aplicación de multas por 5 y por 10 UTM, como las que menciona la recurrente, se enmarcan en los montos previstos en la normativa. ([Volver](#))

3.- COVID-19, redes, atribuciones jefe superior, adopción de medidas de gestión necesarias, teletrabajo. Dictamen N°10.067, de 17 de junio de 2020.

Hechos del caso: La Asociación de Funcionarios de la Subsecretaría de Redes Asistenciales solicitaron se instruya al Ministerio de Salud para adecuar la resolución exenta N°182, de 17 de marzo de 2020, de la Subsecretaría de Salud Pública, a los criterios del dictamen N°3.610, de la misma data, de este origen, a fin que se permita se permita expresamente que la mayor cantidad de funcionarios - no solo los que tengan elevado riesgo de contraer el COVID-19- puedan realizar su trabajo en forma remota, y restringiendo la actividad presencial a las unidades, áreas o funcionarios que así lo requieran.

Fundamento: *Sobre el particular, cumple con hacer presente que mediante el aludido dictamen N°3.610, de 2020, esta Entidad de Control manifestó que ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población.*

Dicho pronunciamiento añade que la ley N° 18.575, radica en el jefe superior del respectivo servicio las facultades de dirección, administración y organización, debiendo, al momento de adoptar las medidas de gestión interna para hacer frente a la situación sanitaria en referencia, considerar las particulares condiciones presentes en la actualidad.

Agrega también que el brote del COVID-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los organismos públicos, con el objeto de resguardar a las personas que en ellos se desempeñan y a la población, al tiempo de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos.

En tal contexto, y en lo que interesa, dicho pronunciamiento expresa que los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores que en ellos se desempeñan, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que tales labores puedan ser desarrolladas por esa vía, según determine la superioridad respectiva.

Luego, en cuanto a los servidores que ejercen tareas que no son compatibles con la modalidad de trabajo a distancia, pero cuya presencia en las dependencias del organismo no resulta indispensable, añade que el jefe del servicio puede igualmente eximirlos del deber de asistencia al amparo del anotado caso fortuito, con el objeto de evitar la propagación del virus al interior del órgano, asistiéndoles igualmente el derecho a percibir sus remuneraciones.

Puntualiza, además, que las medidas recién señaladas pueden ser adoptadas respecto de todos los servidores, con independencia de que se encuentren en grupos de riesgo o no, con el objeto de evitar la propagación de la pandemia al interior de los órganos públicos y, consecuentemente, en las ciudades y lugares poblados.

Asimismo, agrega que el jefe superior del servicio podrá determinar qué unidades o grupos de servidores deberán permanecer realizando las labores mínimas en forma presencial, para garantizar la continuidad del cumplimiento de las funciones indispensables de los servicios públicos, y que no necesariamente corresponden a todas las que el ordenamiento les ha asignado, sino únicamente a aquellas que deben continuar prestándose de manera presencial ante situaciones de emergencia, como

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

sucede con la atención de salud, la ayuda humanitaria, el control del orden público, la seguridad exterior, entre otras.

Señala también que la adopción de cualquiera de las decisiones antes indicadas debe ser formalizada mediante la dictación del acto administrativo pertinente, teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar la salud de los servidores públicos y de la población, evitando la propagación de la pandemia, así como el deber de no interrumpir las funciones indispensables para el bienestar de la comunidad, que constituyen la razón de ser del servicio público.

Luego, la resolución exenta N° 182, de 2020, de la Subsecretaría de Salud Pública, establece la modalidad de trabajo a distancia para los funcionarios de las Divisiones del Ministerio de Salud, Gabinetes y Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, que cumplan con determinadas características que aumenten su riesgo de contagio, las que indica, eximiéndolos del control horario. Agrega que la solicitud de esta modalidad de trabajo deberá realizarse por parte de la jefatura directa del respectivo funcionario.

Como puede advertirse, el dictamen antes reseñado ha reconocido, en consideración a las excepcionales condiciones generadas por la pandemia ya citada, la facultad de los jefes superiores de los servicios para tomar decisiones de gestión, también extraordinarias, como las que se reprodujeron precedentemente, sin perjuicio que aquellas, como se desprende del reseñado pronunciamiento, pueden o no ser adoptadas por los órganos de la Administración del Estado a propósito del brote de COVID-19, ya que corresponde a sus pertinentes jefaturas superiores ponderar todas y cada una de las particularidades que rodean las situaciones afectadas por el ya referido caso fortuito.

En ese contexto, no es posible considerar como un incumplimiento del citado dictamen N°3.610, de 2020, el hecho que la respectiva autoridad no adopte la totalidad de las medidas que en él se mencionan, o que lo haga en una forma diversa, constituyendo esa decisión un aspecto de mérito.

En cuanto a la circunstancia que funcionarios del Ministerio de Salud se hayan visto en la obligación de realizar sus labores en forma remota a pesar de no encontrarse en las situaciones de excepción previstas en la citada resolución exenta N° 182, de 2020, es del caso manifestar que esto no podría acarrear consecuencias desfavorables para tales servidores, toda vez que, de acuerdo a lo aseverado por las reclamantes, ello ha tenido lugar con el conocimiento y la anuencia de las jefaturas y autoridades de esa Secretaría de Estado.

Por consiguiente, compete a ese Ministerio, a través de la pertinente subsecretaría, ponderar las circunstancias que detallan las recurrentes y resolver las medidas que estime necesarias conforme a dicha evaluación. ([Volver](#))

4.- COVID-19, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, municipalidad, aprobación o modificación de instrumentos de planificación territorial, proceso de consulta pública, modalidad remota. Dictamen N°10.084, de 17 de junio de 2020.

Hechos del caso: La División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y la Municipalidad de Macul solicitaron un pronunciamiento que determine si corresponde que el proceso de consulta pública que se debe efectuar en el marco de los procedimientos de aprobación o modificación de los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT), en particular las audiencias públicas, sea realizado a través de “medios digitales y mecanismos electrónicos de participación ciudadana”, en atención a la situación de emergencia que afecta al país por el brote del Coronavirus 2019.

Fundamento: *[E]s dable puntualizar, en primer término, que la jurisprudencia administrativa de esta Sede de Control contenida, entre otros, en el dictamen N° 3.610, de 2020, ha manifestado que el nombrado brote de COVID-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, con el objeto de resguardar a las personas que en ellos se desempeñan y a la población evitando así la extensión del virus, al tiempo de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos, esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad.*

En este contexto, y dada, por una parte, la importancia de prevenir que los procedimientos de aprobación o modificación de los IPT se paralicen indefinidamente ante la imposibilidad de llevar a cabo de manera presencial las referidas audiencias públicas o las mencionadas exposiciones a la comunidad, y por la otra, la necesidad de proteger la salud de los servidores públicos y de la población frente a la pandemia, resulta procedente que ante la singularizada contingencia, el desarrollo de dichas instancias de participación ciudadana se efectúe a distancia a través de medios tecnológicos.

Con todo, y de conformidad con la normativa precedentemente expuesta, es menester hacer presente que la forma en que se tendrán que realizar las nombradas audiencias públicas y las enunciadas exposiciones durante este período excepcional, en el ámbito comunal, deben ser reguladas, de manera transitoria, por cada municipalidad a través de la correspondiente ordenanza de participación ciudadana.

Ello, por cierto, en la medida de que luego del análisis de la realidad local practicado por el pertinente municipio -el que deberá constar en la parte considerativa del acto que corresponda- concluya que es factible que la comunidad intervenga de modo remoto en el citado procedimiento de aprobación o modificación de los IPT; que esa entidad cuenta tanto con la tecnología necesaria para la cabal ejecución de aquel como con los mecanismos idóneos para su registro electrónico; que se dé debida y oportuna publicidad a su realización -especialmente en los barrios o sectores más afectados- y que

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

quienes manifiesten interés puedan participar, y que se podrá garantizar que la información que se entregará será veraz, completa, clara y accesible (aplica criterio del dictamen N° 11.000, de 2017, de este origen).

Asimismo, deberá procurar que se asegure el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en el antedicho proceso.

Enseguida, es dable precisar que lo antes expuesto dice relación con la posibilidad de modificar temporalmente la modalidad en que se verificará la participación del caso durante la situación de emergencia, no encontrándose las corporaciones municipales autorizadas por la preceptiva aplicable para alterar los restantes requisitos contemplados en ella, como acontecería, entre otros, con la difusión del procedimiento, los organismos llamados por la ley a participar en él, la información que se debe proporcionar, el cumplimiento de las etapas del mecanismo de participación, y los plazos mínimos de duración de ellas.

Lo anterior, habida cuenta de que en el ejercicio de la facultad de las municipalidades para dictar ordenanzas, estas deben sujetarse al marco fijado por el ordenamiento jurídico en relación con la respectiva materia, no pudiendo imponer menores o mayores exigencias que las prevista en las leyes y reglamentos atinentes, pues de no ser así, significaría un actuar contrario al principio de juridicidad (aplica criterio contenido en el dictamen N°16.506, de 2018, de esta Sede de Control).

Por su parte, en lo que atañe a las audiencias públicas y la exposición a que se refiere el artículo 28 octies de la LGUC en el marco de la aprobación o modificación de planes reguladores intercomunales, es menester hacer presente que la forma en que se podrán desarrollar dichas instancias de participación en el período de contingencia de que se trata, en los términos indicados, deberá ser regulada por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo que corresponda a través de un acto dictado al efecto, siguiendo los criterios apuntados precedentemente.

Finalmente, en lo relativo a los restantes aspectos del correspondiente procedimiento administrativo y a la posibilidad de su realización por medios electrónicos, deberá estarse a lo manifestado en lo pertinente en la jurisprudencia administrativa vigente, especialmente en los dictámenes N°s 3.610 y 6.693, ambos del presente año y de este origen. ([Volver](#))

5.- Universidad de Santiago de Chile, dirigentes gremiales, jornada de trabajo parcial, permisos gremiales mínimos. Dictamen N°10.171, de 18 de junio de 2020.

Hechos del caso: La Universidad de Santiago de Chile solicitó un pronunciamiento acerca de la forma en que debe aplicarse el artículo 31 de la ley N°19.296, que establece un permiso gremial de 22 u 11 horas semanales según se trate de dirigentes nacionales o regionales, respecto de los profesionales que desempeñan una jornada parcial, como ocurriría actualmente con un director que se encuentra contratado por 16 horas semanales.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Fundamento: *Al respecto, es menester puntualizar que el citado artículo 31 de la ley N°19.296, cuerpo legal que establece normas sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, dispone en su inciso primero, que la jefatura superior de la respectiva repartición, deberá conceder a los directores de las asociaciones los permisos necesarios para ausentarse de sus labores con objeto de cumplir sus funciones fuera del lugar de trabajo, los que no podrán ser inferiores a 22 horas semanales por cada director de una asociación de carácter nacional, ni a 11 horas por cada director de una asociación de carácter regional, provincial o comunal o que tenga como base uno o más establecimientos de salud y por cada director regional o provincial elegido conforme al inciso 2° del artículo 17.*

En relación con las horas de permiso reconocidas en ese precepto, los dictámenes N 6.171, de 2009; 43.894, de 2011 y 68.477, de 2012, entre otros, de este origen, han manifestado que constituyen el mínimo que la ley garantiza para ejercer las labores gremiales, lo que implica que si el cumplimiento de dichas tareas de representación demanda mayor tiempo, la autoridad competente, en ejercicio de sus facultades generales de administración, puede autorizar o denegar nuevos permisos.

Luego, según se advierte en la redacción del citado artículo 31 de la ley N° 19.296, la única distinción que ha formulado el legislador para determinar el número mínimo de horas de permiso a que tienen derecho los dirigentes para realizar labores gremiales, es el carácter nacional o regional de la agrupación a que pertenecen, sin que se haya establecido diferencia alguna para hacer uso de esos permisos basada en la extensión de la jornada de los directores.

En este sentido, es menester recordar, en conformidad con lo señalado en los dictámenes N 35.375, de 2011 y 21.697, de 2015, de este Órgano Fiscalizador, que el legislador estableció la prerrogativa en análisis en términos amplios para que los directores puedan "ausentarse de sus labores con el objeto de cumplir sus funciones fuera del lugar de trabajo" sin distinguir ni formular exigencias en cuanto al horario en que se presten los servicios, sea este diurno o nocturno, criterio jurisprudencial que permite concluir que los referidos permisos deben concederse prescindiendo, también, de la jornada por la cual hayan sido contratados los respectivos dirigentes.

El criterio antes expuesto resulta armónico con las reglas de interpretación de los artículos 19 y siguientes del Código Civil, especialmente con el aforismo conforme al cual "donde la ley no distingue, no le es lícito al interprete distinguir".

En consecuencia, atendido lo expuesto, es menester concluir que dado que el artículo 31 de la ley N°19.296 no ha distinguido, los dirigentes gremiales que tienen una jornada parcial tienen derecho a ejercer los permisos sindicales mínimos que establece el artículo 31 de la ley N° 19.296, en las mismas condiciones que pueden hacerlo quienes tienen una jornada completa, que serán 22 u 11 horas semanales, según corresponda. ([Volver](#))

6.- Dirección General de Aguas, facultades jefaturas, delegación de funciones directivas personal a contrata, habilitación complementaria ley de presupuestos. Dictamen N°10.282, de 22 de junio de 2020.

Hechos del caso: La Dirección General de Aguas solicitó se reconsidere el dictamen N°18.288 de 2019, y se determine que las jefaturas de ese servicio se encuentran facultadas para delegar funciones directivas a su personal a contrata, en los términos que indica el artículo 67 del decreto con fuerza de ley N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas - en adelante DFL N° 850, de 1997.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe indicar que el artículo 23 del DFL N° 850, de 1997, dispone que, a la Dirección General de Aguas, servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, le corresponde todas las funciones y atribuciones que le confiere el Código de Aguas, particularmente las expuestas en los artículos 298 al 307.*

Agrega, que también le corresponde a ese servicio las funciones y atribuciones establecidas en el decreto con fuerza de ley N° 1.115, de 1969, del Ministerio de Obras Públicas, con exclusión de aquellas materias que trata el Código mencionado.

Al respecto, es útil recordar que este último decreto con fuerza de ley fue dictado en virtud de lo dispuesto en el artículo 271 de la ley N° 16.640, texto normativo que, en su oportunidad, facultó al Presidente de la República a fijar las disposiciones de la ley N°15.840 -actualmente refundida en el citado DFL N° 850, de 1997- y de otras leyes relacionadas con el Ministerio de Obras Públicas, o con la Dirección General de Obras Públicas, por las que se regirá la Dirección General de Aguas, así como su forma de aplicación.

Por lo anterior, el mencionado decreto con fuerza de ley N° 1.115, de 1969, determinó aplicables a la Dirección General de Aguas las disposiciones que enuncia de la ley N°15.840, con sus modificaciones vigentes, y de la ley N° 16.827.

En esa línea, su artículo 18 hizo aplicable al referido servicio el artículo 42 de la ley N° 15.840 -recogido en el actual artículo 67 del DFL N° 850, de 1997-, determinando que los jefes de departamento, con aprobación del Director General de Aguas, podrán delegar en funcionarios de su dependencia, algunas de las facultades que le corresponden, de acuerdo a la ley o la organización del servicio, agregando que la delegación se hará bajo responsabilidad del delegante, sin perjuicio de la que corresponda al delegado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de este decreto.

Esta última disposición, en su inciso tercero, indica que “cuando la delegación de facultades recaiga en el personal a contrata, la responsabilidad derivada al ejercerlas será solidaria entre delegante y delegado”, replicando lo señalado en el artículo único de la ley N°16.827, que interpretó el citado artículo 42 de la ley N° 15.840, lo cual fue también recogido por el posterior texto del artículo 67 del DFL N° 850, de 1997.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Luego, cabe mencionar que en el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°15.840, contenido en el decreto N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas (predecesor del DFL N°850, de 1997), el referido artículo 42 de la ley N° 15.840 pasó a ser el artículo 68 y el inciso a que se ha hecho antes referencia, pasó a ser el inciso sexto.

Posteriormente, el artículo 1°, N° 5, de la ley N° 19.474, intercaló en ese inciso, a continuación de la coma que sigue a la expresión "a contrata", la frase "la que comprenderá también el ejercicio de las funciones directivas que se le encomienden", seguida de una coma, lo cual, según da cuenta la historia de la ley, fue con el objeto de habilitar por vía legal y de manera explícita a los empleados a contrata para ejercer labores directivas, puesto que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Entidad de Control tales funcionarios solo pueden realizar tareas de esa índole cuando exista una autorización legal expresa que lo indique.

Ahora bien, de una interpretación sistemática de toda la normativa expuesta, es posible concluir que el citado artículo 67 del DFL N° 850, de 1997, es plenamente aplicable a la Dirección General de Aguas, incluida la referida habilitación legal para que el personal a contrata ejerza labores directivas, puesto que el decreto con fuerza de ley N° 1.115, de 1969, del Ministerio de Obras Públicas, determinó aplicable a ese servicio la regulación sobre delegación de facultades contenida en el artículo 42 de la ley N° 15.840, debiendo entenderse que le resultan también aplicables las modificaciones posteriores que tuvo aquella disposición en la materia.

En consecuencia, las jefaturas de la Dirección General de Aguas se encuentran facultadas para delegar funciones directivas a su personal a contrata, en los términos que indica el artículo 67 del decreto con fuerza de ley N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, debiendo, por tanto, reconsiderarse en lo que se refiere a este servicio lo expuesto en el dictamen N° 18.288, de 2019, de este origen.

Finalmente, la habilitación legal establecida en la ley N° 21.192 -Ley de Presupuestos del Sector Público año 2020-, en la partida 12, capítulo 04, programa 01, correspondiente a la Dirección General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas, específicamente en su glosa N°05, debe entenderse complementaria a lo anteriormente expuesto, en cuanto limita a 13 funcionarios la referida autorización que dispone ese servicio para otorgar funciones directivas a su personal a contrata.
([Volver](#))

7.- Dirección de presupuestos, funcionarios públicos, autoridades, integración consejos, juntas directivas, directorios, limitación percepción dieta, remuneración. Dictamen N°10.289, de 22 de junio de 2020.

Hechos del caso: La Dirección de Presupuestos solicitó un pronunciamiento respecto del alcance de la limitación de percepción de dieta o remuneración establecida en el artículo 26 de la ley N° 21.192, de Presupuesto para el Sector Público para el año 2020.

Fundamento: *Al respecto, cabe recordar que el precepto mencionado dispone que “Los funcionarios públicos regulados por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; el Presidente de la República, ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y jefes superiores de los servicios públicos regidos por el Título II de la ley N° 18.575, no tendrán derecho a percibir dieta o remuneración que provenga del hecho de integrar consejos o juntas directivas, presidencias, vicepresidencias, directorios, comités u otros equivalentes con cualquier nomenclatura, de empresas o entidades públicas que incrementen la remuneración correspondiente a los cargos regulados por las leyes señaladas”.*

Como puede advertirse, la norma recuerda a los funcionarios y autoridades que señala que no corresponde que reciban dieta o remuneración por integrar, en razón de sus cargos, las entidades que indica, pues el legislador entiende que hacerlo supone cumplir con sus obligaciones en el ejercicio de la función pública que desempeñan y, por lo tanto, ya se encuentra retribuido con la remuneración asociada a su empleo.

A su turno, la letra c) del artículo 87 de la ley N°18.834, señala que, no obstante las incompatibilidades reguladas en el artículo anterior, los cargos de ese estatuto serán compatibles con el ejercicio de un máximo de dos cargos de miembro de consejo o juntas directivas de organismos estatales.

A su vez, el artículo 88 de ese estatuto indica que la compatibilidad referida no libera al funcionario de las obligaciones propias de su cargo, debiendo prolongar su jornada para compensar las horas que no haya podido trabajar por causa del desempeño de los empleos compatibles.

Como puede apreciarse, el artículo 87 de la ley N° 18.834 reconoce la compatibilidad “de cargos”, por lo que supone que el desempeño como miembro de consejos o juntas directivas de organismos estatales, constituye un cargo distinto de aquel que ejerce bajo las normas de la ley N°18.834, y en consecuencia, no se ve afectado por lo previsto en el citado artículo 26 de la ley N° 21.192.

En consecuencia, se debe distinguir entre la situación de aquellos funcionarios o autoridades que, de conformidad con las normas que rigen el respectivo empleo, deben integrar consejos o juntas directivas, presidencias, vicepresidencias, directorios, comités u otros equivalentes, caso en el cual debe entenderse que ello se encuentra dentro de las obligaciones propias del cargo y, por tanto, remuneradas conforme a este, por lo que no corresponde que sus estipendios se vean incrementados con dietas u otro tipo de remuneración.

Distinta es la condición de quienes, sin estar obligados a ello en razón de sus cargos, son designados para cumplir tales funciones, pues en este caso corresponde que se les remunere por tales tareas, ya que en tal situación no se está frente al incremento de los estipendios propios del cargo, debiendo los

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

involucrados cumplir con la exigencia de prolongar su jornada para compensar las horas que por tal motivo no hayan podido trabajar. ([Volver](#))