

**Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público**

**N°117**

**Semana del 30 de agosto al 5 de septiembre de 2020**

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	<b>“Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la parte final del inciso cuarto del artículo 482 del Código del Trabajo.”</b>	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°8695-2020
Resumen	<p>La parte final del inciso cuarto, del artículo 482 del Código del Trabajo contempla la posibilidad de nulidad respecto de unas sentencias, más no respecto de otras cuya única diferencia estriba en haberse incurrido por parte de quienes administran justicia en un vicio que ha invalidado una sentencia y el proceso que sirvió de antecedente. De ese modo, se da lugar a la imposibilidad de control judicial de un procedimiento y sentencia en supuesto beneficio de la administración de justicia que cometió un error y en perjuicio de quien, de no haber ocurrido lo anterior, sí tendría derecho a reclamar respecto de una sentencia que considera viciada. El anotado efecto pugna con la racionalidad y justicia procedimental garantizada en el artículo 19 N°3, inciso sexto de la Constitución.</p> <p>Por otra parte, la finalidad que persigue dicha norma es evitar la dilación excesiva de las causas por la vía de una reiteración indefinida de recursos de nulidad, sin embargo, ese riesgo desaparece cuando, de acogerse el recurso de nulidad la Corte deberá dictar una sentencia de reemplazo no susceptible de ser invalidada por la misma vía. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	3 de septiembre de 2020.	

Caso	<b>“Rojas con Voluntarias del Hospital Damas de Rojo.”</b>	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Rancagua Corte Suprema	Rol N°22.146-2019 Rol N°76.442-2020
Resumen	<p>La decisión de expulsar a una persona de una agrupación privada, adoptada por un órgano distinto de aquel que es competente para ello en virtud de sus estatutos, configura en los hechos, la imposición de una sanción por una comisión especial, vulnerando así la garantía del debido proceso. Para desvirtuar esa circunstancia, no basta afirmar que la persona afectada haya deducido reclamo ante el órgano competente, sino que es además necesario aportar antecedentes para acreditarlo.</p> <p>Por otro lado, una decisión de expulsión de esta naturaleza debe indicar con claridad los fundamentos de hecho en que se basa, no siendo admisible que</p>	

	<p>se limite a transcribir las normas invocadas, omitiendo cualquier explicación sobre las actuaciones de la persona sancionada, porque con ello se priva a la afectada de conocer los motivos para aplicar la medida disciplinaria.</p> <p>La Excma. Corte Suprema confirmó la sentencia apelada. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>
Fecha	<p>16 de junio de 2020. 3 de septiembre de 2020.</p>

Caso	"Cedel Integración Corporación Educacional con Irrázaval."	
Tribunal	Corte de Apelaciones de San Miguel Corte Suprema	Rol N°23-2020 Rol N°97.237-2020
Resumen	<p>El Artículo 6 letra d) del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1998 del Ministerio de Educación; sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales del Ministerio de Educación, que ordena contar con un reglamento interno entre el establecimiento, los alumnos y los padres y apoderados, busca evitar el arbitrio que puede provenir de la decisión unilateral de una autoridad del establecimiento, como también considerar la visión integral del alumno por parte de la comunidad educativa que está a cargo del proceso de formación. Por ello, la decisión de expulsar a un estudiante no sólo debe ser fundada, sino que la reconsideración debe formal y sustancialmente hacerse cargo de los antecedentes que el apoderado apelante pudiera hacer valer.</p> <p>En lo relativo al aumento de la sanción impuesta al establecimiento que ordenó la expulsión de uno de sus estudiantes, dispuesto por la Superintendencia de Educación, cabe precisar que, el procedimiento de reclamación de la resolución que sancionó al establecimiento se sujeta a los principios del debido proceso administrativo. En virtud de ello, los procedimientos tramitados a solicitud del interesado deberán resolverse ajustándose a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial, lo que es sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuera procedente.</p> <p>La Excma. Corte Suprema confirmó la sentencia apelada. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a>)</p>	
Fecha	<p>27 de julio de 2020 3 de septiembre de 2020.</p>	
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°26.593-2018, 17.06.2019; CS, Rol N°23.097-2019, 11.12.2019; CS, Rol N°13.325-2019, 20.12.2019.	

# ZÚÑIGA – CAMPOS

## ABOGADOS

Caso	<b>“Barros con Colegio Coya S.A.”</b>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°76.153-2020
Resumen	En virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N°20.370, se colige que los establecimientos educacionales no se encuentran facultados para aplicar, durante el año escolar, la medida de cancelación de matrícula por el no pago de los compromisos contraídos por el estudiante o por su padre o apoderado. Fuera de este período, la ley nada dice, por lo que deberá estarse a la voluntad de los contratantes, por lo que no podrá aplicarse tampoco la medida de cancelación de matrícula en ese período si no fue expresamente establecida como una sanción por el no pago de la colegiatura. Por lo demás, existiendo controversia acerca de la existencia de una deuda pendiente por concepto de colegiatura, debe discutirse en un juicio de lato conocimiento. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )	
Fecha	31 de agosto de 2020.	

Caso	<b>“Mota con Ministerio del Interior y Seguridad Pública.”</b>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°24.455-2020
Resumen	Es desproporcionada la medida de expulsión adoptada por la Administración, en contra de un extranjero, cuando de ella se sigue la separación de los niños de sus progenitores y de su familia de origen, en un caso en que mantenerse unidos no resulta perjudicial para su desarrollo, habida cuenta de la obligación contraída por el Estado de Chile de la consideración primordial que debe otorgar al interés superior del niño, niña o adolescente, conforme el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. A mayor abundamiento, una decisión como la expulsión debe tener en especial consideración las circunstancias de hecho de la persona, al momento en que ella se vaya a llevar a cabo, máxime si un cambio en ella da cuenta de una genuina resocialización y reintegración a la sociedad. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del caso</a> )	
Fecha	1 de septiembre de 2020.	

### JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	<b>Dictamen N°11.383</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La concurrencia de una de las causales de término del contrato de trabajo, previstas en el artículo 160 del Código del Trabajo requiere que aquella sea establecida a través de una breve investigación sumaria, que no se sujeta a las ritualidades de un procedimiento administrativo formal; no obstante, en tal indagación se deberá observar el derecho fundamental a un debido

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

	proceso, esto es, establecer la ocurrencia de los hechos imputados y la participación de la servidora, dándosele la posibilidad y las instancias para defenderse. El hecho que el servicio en el cual se desempeñaba la trabajadora le otorgara el plazo de un día para presentar descargos resulta atentatorio de su derecho a defensa, atendido su brevedad. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	18 de agosto de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E30.033</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>En virtud de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.845 al decreto con fuerza de ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, los sostenedores que pretendan impetrar el beneficio de la subvención deberán, entre otros requisitos, acreditar que el inmueble en que funciona el establecimiento educacional es de su propiedad y se encuentra libre de gravámenes, o lo usa a título de comodatario.</b> <b>A su vez, el artículo cuarto transitorio de la citada ley regula las situaciones de sostenedores que mantenían contratos de arrendamiento de esos inmuebles, vigentes al inicio del año escolar 2014, permitiendo incluso, bajo ciertas condiciones, celebrar nuevos contratos de esa especie. En este caso particular, es la propia norma transitoria referida, en su inciso décimo, la cual establece la oportunidad en que debe empezar a contabilizarse el plazo para que la Superintendencia de Educación emita su conformidad con el canon propuesto o sugiera uno alternativo, esto es, desde la presentación a la autoridad de la respectiva tasación por parte del sostenedor requirente. Por lo demás, en dicho plazo, la superintendencia deberá recabar todos los antecedentes que pueda requerir de conformidad con sus atribuciones. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	25 de agosto de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E30.039</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>El legislador ha distinguido entre los aranceles y las tarifas o valores con que deben concurrir los usuarios del Hospital de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, correspondiéndole a la Dirección General de Carabineros como nivel directivo superior de la institución y, por ende, al General Director, la determinación de los primeros; y en el Director de Previsión, las tarifas o valores de lo que finalmente, deberán pagar los</b>

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

	<b>beneficiarios por las citadas prestaciones médicas, de acuerdo al porcentaje de cobertura que les corresponda. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	25 de agosto de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E30.036</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p><b>El Servicio Médico Nacional de Empleados (SERMENA) tenía entre sus funciones, administrar el sistema de asistencia médica que consagraba la Ley N°16.781 y en especial, el Fondo de Asistencia Médica, debiendo recaudarse aquellos aportes por las respectivas instituciones de previsión. Sin embargo, dicha entidad no estaba habilitada para efectuar la recaudación y cobro judicial de las cotizaciones de salud, sin perjuicio que una vez recibidos los montos correspondientes, esos eran administrados por dicha repartición, constando que aquellas funciones recaían en las antiguas Cajas de Previsión, de lo que se desprende que al Fondo Nacional de Salud (FONASA), como continuador legal de SERMENA, no se le traspasaron funciones de recaudación y cobranza.</b></p> <p><b>No obstante lo anterior, con la entrada en vigor de la Ley N°19.650, que modificó el decreto ley N°2763, de 1979, en cuanto a las atribuciones de FONASA, se estableció que para los efectos de la Ley N°17.332 -que contempla normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social-, FONASA tendría las mismas atribuciones que esa ley confiere a las entidades o instituciones de previsión, aun cuando no sería considerado entidad de previsión para ningún efecto, y además, se incluyó dentro de los recursos de que se compone el Fondo a aquellos ingresos por concepto de cotizaciones de salud que corresponda efectuar a los afiliados del régimen de la Ley N°18.469. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b></p>
	25 de agosto de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E30.415</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p><b>El artículo 13 ter del decreto N°250, de 2004, de Ministerio de Hacienda, reglamento de la Ley N°19.886, establece la obligación de que las entidades licitantes, antes de elaborar las bases -en aquellas licitaciones superiores a 5.000 UTM-, obtengan y analicen información acerca de las características de los bienes y servicios requeridos, de sus precios, de los costos asociados o de cualquier otra característica que requieran para la confección de las bases. Sobre este respecto, la entidad licitante deberá referirse a cada uno de los</b></p>

	aspectos mencionados y constar por escrito para su revisión y control posterior. La regulación contenida en el citado artículo 13 ter se aviene con la naturaleza del trato directo, por lo que los organismos de la Administración se encuentran en el imperativo de realizar dicho examen cuando la determinación de los bienes o servicios a adquirir revista gran complejidad y en las contrataciones superiores a 5.000 UTM. Lo anterior, por cierto, no resulta aplicable en los casos de emergencia, urgencia o imprevistos calificados mediante resolución fundada por la respectiva autoridad. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	26 de agosto de 2020

Dictamen	Dictamen N°E31.347
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En virtud del estado de catástrofe no se pueden restringir derechos y libertades diferentes a los que digan relación con los de locomoción, reunión y propiedad, resultando, por tanto, durante toda la pandemia, aplicables las normas de protección a la maternidad, entre las que se incluye el fuero maternal. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	28 de agosto de 2020

Dictamen	Dictamen N°E31.339
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La implementación de un sistema de turnos es una facultad otorgada a la autoridad, en línea con los principios de servicialidad del Estado y continuidad de la función administrativa, por lo que compete a ella disponer el cumplimiento de esa modalidad de trabajo cuando ello resulte necesario para la ejecución de determinadas tareas que sean indispensables para el adecuado cumplimiento de las funciones del organismo. En ese contexto, tratándose del descanso complementario que nace con ocasión del desarrollo de una jornada extraordinaria cuando hayan de cumplirse tareas impostergables, este se ejerce por el funcionario a su requerimiento, sin perjuicio de las facultades de la autoridad para resolver la pertinente solicitud. En cambio, tratándose del descanso complementario que se genera en virtud del desempeño bajo un sistema de turnos, el legislador previó la potestad de la autoridad no solo de establecer esos turnos, sino también la de fijar los correspondientes descansos complementarios ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	28 de agosto de 2020

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

Dictamen	<b>Dictamen N°E31.440</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>En aquellos casos en que se verifique la construcción de un conjunto habitacional, el cual no se ajustó a derecho, puesto que las construcciones fuera de los límites urbanos fijados en los planes reguladores comunales sólo pueden ser autorizadas, de modo excepcional y restrictivo, para los fines específicos que indicaba el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, al año 1998, es decir, en aquellos casos en que dichas obras fueran necesarias para la explotación agrícola del inmueble, o para las viviendas del propietario del mismo y sus trabajadores. En consideración a irregularidades de esa naturaleza -esto es, que no concurre la hipótesis de hecho referida en la norma citada-, no se advierte el sustento normativo para que la Dirección de Obras Municipales emita un permiso autorizando la ampliación de una de las viviendas que componen el conjunto habitacional cuestionado, por encontrarse fuera de los límites urbanos establecidos en el plan regulador. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	31 de agosto de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E31.874</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>Las relaciones entre la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) y sus funcionarios se rigen por un estatuto especial, el cual contempla dos tipos de contratos, que tienen atributos específicos y que difieren de la regulación de carácter general en la materia. Teniendo en consideración este antecedente, aquellas leyes de aplicación general como la Ley N°20.948 -que prevé un mecanismo destinado a mejorar las condiciones laborales de quienes han prestado servicios a honorarios bajo ciertas condiciones- han sido concebidas para aplicarse a las categorías de contratación contempladas para la generalidad de las relaciones laborales de la Administración con el personal de los servicios que la integran, y no las dispuestas en sistemas especiales que presentan características particulares, como ocurre con el Estatuto de Personal de la CMF. Sin embargo, ello no implica que los servidores a honorarios pertenecientes a dotaciones de organismos regulados por sus propios regímenes estén imposibilitados de acceder a la modificación de su vínculo laboral, sino que resulta necesario determinar qué calidad jurídica de las que ellos contemplan armoniza con la que el legislador tuvo a la vista al momento de establecer el beneficio de que se trata y a la cual corresponde que sean traspasados.</b>



ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

	Atendido lo dicho precedentemente, para el caso de ser procedente el cambio de la calidad jurídica de servidor a honorarios a contrata, corresponde que el traspaso se realice a la contrata a plazo fijo contemplada en la Ley N°21.000, pues es el resultado que más se aviene al efecto buscado por el legislador al momento de aprobar los textos normativos que permitieron los traspasos de que se trata. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	1 de septiembre de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

**1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la parte final del inciso cuarto del artículo 482 del Código del Trabajo. Tribunal Constitucional, Rol N°8695-2020, de 3 de septiembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona interpuso denuncia en tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales en contra del Servicio de Salud de Chiloé, la cual fue conocida por el Juzgado del Trabajo de Castro, el cual dictó sentencia definitiva acogiendo la excepción de caducidad opuesta. La demandante interpuso recurso de nulidad, por la causal de infracción de ley que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, contemplada en artículo 477, en relación con el artículo 486, inciso final, del Código, y, en agosto de 2019, la Corte de Apelaciones del Puerto Montt acogió el recurso de nulidad, invalidando la sentencia y ordenado que se retrotrajera la causa al estado de citar a las partes una nueva audiencia preparatoria, ante Juez no inhabilitado.

Realizado el nuevo juicio, el Juzgado de Letras del Trabajo de Castro, dictó sentencia rechazando en el fondo la denuncia de tutela. Ante ello, la actora dedujo un nuevo recurso de nulidad, esta vez, por la causal del artículo 477, en relación con el artículo 493 del Código; y también por la causal del artículo 478 letra b). El tribunal a quo negó lugar al recurso, por lo que la demandante interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio, denegando el tribunal la primera y ordenando elevar los autos a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt para el conocimiento de la apelación, el cual se encuentra pendiente de resolución. Así, la recurrente y denunciante de autos interpuso requerimiento de inaplicabilidad.

**Fundamento:** QUINTO. *El precepto impugnado contempla la posibilidad de nulidad respecto de unas sentencias (regla general), mas no respecto de otras cuya única diferencia estriba en haberse incurrido por parte de quienes administran justicia en un vicio que ha invalidado una sentencia y el proceso que sirvió de antecedente. El diseño legislativo, en su aplicación a este caso, da lugar a la imposibilidad de control judicial de un procedimiento y sentencia en supuesto beneficio de la administración de justicia que cometió un error, y en perjuicio de quien, de no haber ocurrido lo anterior, sí tendría derecho a reclamar (por primera vez, dada la invalidación previa) respecto de una sentencia que considera viciada (y por una causa diversa).*

SEXTO. *De acuerdo con el artículo 477, inciso segundo, del Código del Trabajo, el efecto de una sentencia que acoge un recurso de nulidad es la invalidación de la sentencia definitiva y, eventualmente, también el procedimiento (en su integridad o parcialmente). En este caso, la sentencia de la Corte de Apelaciones que acogió el mencionado recurso invalidó el primer juicio de manera casi íntegra (desde la etapa probatoria -incluida- hasta la sentencia).*

*SÉPTIMO. En el segundo recurso de nulidad interpuesto por el demandante en el juicio laboral (y que es requirente en esta causa) se invoca dentro de las causales de nulidad un vicio diferente de aquel que motivó la invalidación del primer juicio: “infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a la sana crítica” (artículo 478 b) del Código del Trabajo). Es decir, de no existir la norma impugnada, esta sería la primera vez en que se podría revisar, en sede de nulidad, el vicio alegado. La Corte de Apelaciones que invalidó el primer juicio no ha efectuado revisión alguna sobre la forma en que se ha ponderado la prueba (ni antes, ni ahora).*

*OCTAVO. La finalidad buscada por la norma legal impugnada (de acuerdo con lo señalado en la historia de la ley y por la doctrina) es evitar la dilación excesiva de las causas por la vía de una reiteración indefinida de recursos de nulidad. Sin embargo, en este caso, no hay riesgo de repetición indefinida, ya que, de acogerse el recurso de nulidad (para lo cual resulta indispensable, en primer lugar, que éste no sea declarado improcedente por aplicación del precepto legal impugnado) la Corte deberá dictar una sentencia de reemplazo (art. 478, inciso segundo)<sup>1</sup> no susceptible de ser invalidada por la misma vía.*

*NOVENO. Finalmente, la eventual existencia de resguardos procesales equivalentes, como podría ser el recurso de queja (al que habitualmente se alude como garantía suficiente) no constituye explicación de por qué hay racionalidad en la exclusión en casos como el analizado. En efecto, si cabe recurso de queja ¿por qué no podría haber el recurso de nulidad? Y, además, si lo que se pretende con la norma impugnada es evitar dilaciones innecesarias la invocación sobre la posibilidad de queja no mejora la situación que se intentaría evitar con la exclusión consagrada en el precepto impugnado. Hay que recordar, además, que ante una situación como la que pretende ser revisada en sede de nulidad, no cabe ni el recurso de reposición, ni el recurso de apelación (ver artículos 475, 476 y 477 del Código del Trabajo) ([Volver](#))*

**2.- Rojas con Voluntarias del Hospital Damas de Rojo. Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°22.146-2019, de 16 de junio de 2020. Corte Suprema, Rol N°76.442-2020, de 3 de septiembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona interpuso una acción de protección de las Voluntarias del Hospital Damas de Rojo, denunciando que se le remitió una carta emitida por el Directorio de las Damas de Rojo, Filial Rancagua, comunicándole su expulsión de la Institución por las causales del artículo 10 y 56 de los Estatutos de las Damas de Rojo, sin haberle dado la posibilidad de defenderse y por actos que no cometió, documento en el que se transcriben dichas normas pero sin especificar los supuestos hechos ni entregar ningún argumento para aclarar las supuestas faltas. Sin embargo, la carta no especifica que conducta desplegada por la recurrente se enmarca en dichas faltas, siendo vaga e incompleta, siendo una simple transcripción de normas.

**Fundamento:** *TERCERO: Que en el Título VI del Reglamento de las Voluntarias de Hospital Damas de Rojo, documento que fue acompañado por la recurrente al momento de deducir su recurso, se establece que habrá un Tribunal de Disciplina que de acuerdo al artículo 47 de los Estatutos, se encargará de mantener el orden y la disciplina de los grupos, señalando que las medidas disciplinarias que podrá aplicar dicho tribunal son: la amonestación verbal, la censura por escrito, la petición de renuncia y la pérdida de calidad de voluntaria. Por su parte, es el Estatuto de la misma institución el que establece el procedimiento sancionador, indicando el artículo 48 que el Tribunal de Disciplina deberá conocer de las faltas que cometan las voluntarias y de las denuncias por infracción a sus deberes, tribunal que conocerá y resolverá en conciencia, en la forma que autónomamente determine.*

*CUARTO: Que del tenor de la carta de expulsión recibida por la recurrente se aprecia que la medida de expulsión no fue adoptada por el órgano competente para ello, toda vez que fue suscrita por el Directorio de la institución y no por el Tribunal de Disciplina, el que es el único que puede conocer de las faltas y denuncias, pudiendo aplicar las medidas disciplinarias, constituyéndose como una verdadera comisión especial, prohibida por la Constitución Política de la República.*

*QUINTO: Que en relación a este punto, si bien en el informe la recurrida indicó que la decisión fue reclamada por la actora ante el Tribunal de Disciplina, ejerciendo mediante esa vía sus descargos, siendo dicho órgano el que en definitiva resolvió su expulsión, no existe antecedente alguno que permita acreditar dicha aseveración, pese a que se le requirió un informe en dicho sentido a la recurrida, el que nunca fue emitido.*

*SEXTO: Que a mayor abundamiento, se observa al tenor de la carta de expulsión recibida, que la misma no indica con claridad cuáles son los fundamentos de hecho en que se basa la decisión adoptada, ya que se limita a transcribir las causales invocadas, pero no explica en qué consisten las actuaciones de la voluntaria que se enmarcan en dicha normativa, por lo que además la decisión adoptada carece de total fundamentación, encontrándose desprovista de un sustento fáctico que permita a la afectada conocer los motivos que se tuvieron con consideración para aplicar la medida disciplinaria más gravosa contemplado en el Reglamento y el Estatuto.*

*SÉPTIMO: Que, en consecuencia, la sanción así adoptada deviene en un acto arbitrario, que conculca la garantía de la igualdad ante la ley y afecta la garantía del debido proceso, en cuanto a la prohibición de no ser juzgado por comisiones especiales, reconocidos en el artículo 19 N° 2 y N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, ya que se le aplicó una medida por un órgano incompetente y en un procedimiento diverso al establecido para los demás voluntarios, afectación que debe terminar acogiendo el presente recurso.*

La Corte Suprema, conociendo de recurso de apelación deducido en contra de esta sentencia, confirmó la sentencia apelada. ([Volver](#))

**3.- Cedel Integración Corporación Educacional con Irrázaval. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°23-2020, de 27 de julio de 2020. Corte Suprema, Rol N°97.237-2020, de 4 de septiembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Cedel Integración Corporación Educacional, en su calidad de sostenedora del establecimiento educacional Escuela Especial Particular Cedel, dedujo recurso de reclamación del artículo 85 de la Ley N°20.529 contra de Resolución Exenta PA N° 00392 del 20 de marzo de 2020, dictada por don Mauricio Irrázaval Cerpa, Fiscal de la Superintendencia de Educación, por cuanto la misma rechazó la solicitud de reconsideración de la Corporación a fin de que se deje sin efecto la sanción de privación de la subvención general de 1% por una sola vez, y además, modificó la sanción, estableciendo una privación temporal y parcial de la subvención general de un 4% por un mes.

**Fundamento:** *Cuarto: Que precisados los requisitos que la norma impone al establecimiento para proceder a tan radical y extrema medida, analizando el primer gran capítulo de impugnación, los antecedentes aportados en esta sede por el reclamante corresponden a los mismos que tuvo en consideración el fiscal instructor al tiempo de resolver la denuncia formulada por el apoderado del escolar expulsado.*

*Las partes en este proceso están contestes en que la medida de no renovación de la matrícula adoptada en octubre de 2017, fue notificada al apoderado, quién de ella apeló, siendo desestimada el 14 de noviembre de 2017. Luego, la existencia de una línea de correos electrónicos en los que una funcionaria de la superintendencia - requiriendo información por otro motivo se comunica con autoridades del colegio reclamante - recibe del establecimiento antecedentes del proceso de cancelación de matrícula del escolar, no logran sustituir la comunicación formal a la que está obligada conforme la regla ya citada. No es posible sustituir tal perentoria exigencia de comunicación formal con la información aportada en razón de otro ingreso administrativo, aun cuando se refiriera al mismo colegial.*

*En el mismo capítulo relativo a los hechos por los que se le formuló cargos, tampoco resulta cabalmente tramitado el reclamo del apoderado luego de notificada la expulsión, en lo relativo al aval del consejo de profesores. La forma en que está redactada la regla en comentario busca, tanto evitar el arbitrio que puede provenir de la decisión unilateral de una autoridad del establecimiento, como también considerar la visión integral del alumno por parte de la comunidad educativa que está a cargo del delicado proceso de formación. Por ello es que no solo debe ser fundada la decisión, sino que la reconsideración debe formal y sustancialmente hacerse cargo de los antecedentes que el apoderado apelante pudiere hacer valer, pues de lo contrario la apelación expresamente contemplada carecería de sentido. La insistencia del apoderado de la reclamante en su defensa oral del recurso al tiempo de la vista de la causa, en orden a que el consejo de profesores en octubre había ya validado la decisión de no renovación de la matrícula del alumno por haber agotado las instancias internas para conseguir la*

*adecuación del estudiante a las condiciones impuestas por el colegio, y el riesgo para otros alumnos, no sustituye la exigencia impuesta por la ley, recordando los irreversibles efectos que produce en la vida de un niño la expulsión y la carga que ello supone en el proceso de escolarización en la fecha en que la medida finalmente se formalizó, comunicándolo tardíamente a la superintendencia correspondiente.*

*Por el primer capítulo de hechos denunciados, el reclamo no prosperará.*

*Quinto: En lo relativo al aumento de la sanción alegado de modo subsidiario, efectivamente teniendo en cuenta que el ejercicio de las potestades públicas se encuadra tanto en lo prevenido por la Ley 18.575, y aquellas reglas que establece la ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, tanto el conocimiento como la resolución de la reclamación deducida conforme el artículo 84 de la ley N°20.529 se sujeta a los principios del debido proceso administrativo. Todo en razón de que la sanción que se imponga al administrado surja de un racional y justo proceso que resguarde el derecho de defensa y el ejercicio adecuado de las atribuciones del órgano sancionador, permitiéndose el control jurisdiccional de aquellos actos que se aparten de aquellos principios.*

*Luego, el artículo 41 en su inciso 3° de la ley 19.880 precisa que en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente.*

*Sexto: Que asentado aquello, al disponerse en la resolución de la reclamación administrativa elevar la sanción de privación temporal parcial de 1% de la subvención general mensual a percibir como sostenedora a un 4%, aduciendo que la sanción no resultaba adecuada ni proporcional a la entidad de la falta o transgresión acreditada, se aparta de tan clara regla, lo que habilita a acoger la petición subsidiaria presentada, por estimar que la competencia del órgano administrativo contencioso de revisión conforme el artículo 84 ya citado no le otorgaba facultades de ir más allá de lo pedido, y en perjuicio del reclamante.*

*En este orden de ideas se adscribe a los pronunciamientos que sobre el mismo punto ya ha formulado la Excma. Corte Suprema, como en contenido en la sentencia del 17 de junio de 2019 recaída en el Rol N°26.593-2018 que asienta “Que, dentro del proceso lógico que debe realizar la Administración una vez incoado el reclamo por el culpable de una infracción administrativa, es indudable que la determinación de la competencia otorgada a la Superintendencia de Educación para el conocimiento del asunto, se encuentra restringida en su pronunciamiento a lo planteado por la reclamante en su respectivo reclamo, lo que significa que puede conocer de todo aquello que es solicitado en el recurso, sin que pueda, en consecuencia, reformar la sentencia en perjuicio de una parte si ello no ha sido pedido en el arbitrio de alguna de las partes, principio conocido como prohibición de la reformatio in peus”.*

*De esta manera y sólo por los motivos precedentemente referidos corresponde admitir el reclamo formulado.*

La Corte Suprema, conociendo de recurso de apelación deducido en contra de esta sentencia, *confirmó la sentencia apelada.* ([Volver](#))

**4.- Barros con Colegio Coya S.A. Corte Suprema, Rol N°76.153-2020, de 31 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona interpuso una acción de protección en representación de sus dos hijos, de 7 y 8 años de edad respectivamente, en contra del Colegio Coya S.A., por cuanto éste impidió la matrícula de los dos alumnos para el año escolar 2020, por no encontrarse al día en el pago de la escolaridad del año 2019.

**Fundamento:** *Cuarto: Que, para resolver adecuadamente el asunto, es necesario considerar que el establecimiento educacional recurrido es particular pagado. Al respecto, la Circular N°2 de la Superintendencia de Educación Escolar sobre establecimientos particulares pagados, hace referencia a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley N°2 del año 2009 del Ministerio de Educación –que Fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 de la misma Secretaría de Estado–, que establece que “El no pago de los compromisos contraídos por el alumno o por el padre o apoderado no podrá servir de fundamento para la aplicación de ningún tipo de sanción a los alumnos durante el año escolar y nunca podrá servir de fundamento para la retención de su documentación académica, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos por parte del sostenedor o de la institución educacional, en particular, los referidos al cobro de arancel o matrícula, o ambos, que el padre o apoderado hubiere comprometido.”.*

*Quinto: Que, de la normativa transcrita en el motivo anterior, se colige que el establecimiento educacional recurrido no se encuentra facultado para aplicar, durante el año escolar, la medida de cancelación de matrícula por el no pago de los compromisos contraídos por el estudiante o por su padre o apoderado. Fuera de este período, la ley nada dice, por lo que deberá estarse a la voluntad de los contratantes que en este caso se encuentra contenida en el contrato que fue suscrito entre las partes, el que en este caso únicamente contempla como sanción por el no pago de la colegiatura, el cobro compulsivo de la deuda y no como sostiene la recurrida, la cancelación de la matrícula. De esta forma, existiendo controversia sobre la decisión de la recurrida de no renovar la matrícula para el período de 2020, por la existencia de deuda pendiente, la decisión no puede quedar entregada a la voluntad de sólo una de las partes, debiendo discutirse esta materia en un juicio de lato conocimiento.*

*Sexto: Que, de lo señalado precedentemente, queda de manifiesto que la recurrida en estos autos incurrió en un acto arbitrario e ilegal al condicionar la matrícula de los estudiantes para el año 2020, al pago previo de la deuda, sin perseguir el cobro de la deuda en la forma establecida en el respectivo*

*contrato, y sin que en este se le haya facultado para hacerlo, manteniendo hasta la fecha a los niños alejados del sistema educacional, provocando privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales cauteladas por el artículo 19 en su N<sup>o</sup>s. 2 y 24 de la Constitución Política de la República, por lo que el recurso de protección ha de ser acogido.*

*Séptimo: Que, además de lo antes mencionado, resulta de gran relevancia considerar en este caso que los estudiantes se encuentran actualmente sin asistir a un establecimiento educacional, circunstancia que se ve agravada por la emergencia sanitaria de carácter mundial producida por el Covid-19 que mantiene, hasta la fecha, las escuelas y colegios cerrados, prestando sus servicios a través de la modalidad remota según instrucciones impartidas por la Superintendencia de Educación y que se detallan en el Ordinario N<sup>o</sup>540 de 17 de marzo de 2020, por lo que resulta evidente que trasladarlos actualmente a otro establecimiento y/o mantenerlos indefinidamente fuera del sistema educacional provocará una mayor vulneración de sus derechos, dejándolos sin duda en una situación de desventaja con respecto a sus pares. ([Volver](#))*

**5.- Mota con Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Corte Suprema, Rol N<sup>o</sup>24.455-2020, de 1 de septiembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona de nacionalidad dominicana, por sí y en representación de sus hijos menores de edad, dedujo una acción de protección en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por haber dispuesto la expulsión del territorio nacional del primero, luego de ser condenado -en procedimiento abreviado- a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, multa de dos unidades tributarias mensuales y accesoria del artículo 29 del Código Penal, por su responsabilidad como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en los artículos 1<sup>o</sup> y 3 de la Ley N<sup>o</sup> 20.000, sanción que se encuentra cumpliendo desde el año 2019 bajo la modalidad de pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

**Fundamento:** *Sexto: Que, para resolver el asunto en examen, se debe considerar, en primer término, que la sola circunstancia de ingresar un ciudadano extranjero de manera clandestina al territorio nacional constituye un injusto penal, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 69 de la Ley de Extranjería:*

*“Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.*

*Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.*

*Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*



## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”.*

*A nivel reglamentario, el aludido precepto legal es secundado por el Decreto Supremo N° 597 de 1984 del Ministerio del Interior -Reglamento de Extranjería, cuyo artículo 146 dispone: “Los extranjeros que ingresaren al país o intenten egresar de él, clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burle en cualquier forma el control policial de entrada.*

*Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.*

*Si ingresaren al país por lugares no habilitados o clandestinos, existiendo, además, a su respecto causal de impedimento o prohibición de ingreso dispuesto por las autoridades competentes, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

*Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158°, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional”.*

*Por último, el inciso primero del artículo 143 prescribe que “La resolución que rechace la solicitud o revoque un permiso de residencia de algún extranjero que se encuentre procesado por crimen o simple delito, deberá disponer que el plazo que se fije para abandonar voluntariamente el país, empezará a regir desde el momento de notificación de la sentencia firme o ejecutoriada, cuando ella sea absoluta o del término del cumplimiento de la pena, si fuese condenatoria”.*

*Séptimo: Que, sin embargo, en la actualidad el recurrente mantiene un empleo estable en una peluquería de su propiedad ubicada en la comuna de Peñalolén, habita una casa junto a su pareja e hijos en calidad de arrendatarios, evita conductas de riesgos, manteniéndose receptivo y con una adecuada motivación, todo lo cual consta en uno de los informes trimestrales remitidos al Sexto Juzgado de Garantía de Santiago por el Centro de Reinserción Social de Santiago, dependiente de Gendarmería de Chile.*

*Octavo: Que, además, no resulta posible soslayar el arraigo con el que cuentan los menores protegidos, quienes tienen la nacionalidad chilena y dependen completamente de sus progenitores atendida su corta edad (1 y 2 años), por lo que de materializarse el acto impugnado se vulneraría su interés superior reconocido por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, en particular, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga al Estado a la adopción de las medidas necesarias para evitar la separación de los niños de sus progenitores y de su familia de origen, salvo que ello fuere perjudicial para su desarrollo, circunstancia esta última que no se encuentra acreditada en estos autos.*

*De lo anterior se infiere que la medida de expulsión adoptada por la Administración resulta ser desproporcionada, en atención a la consideración primordial que el Estado de Chile debe otorgar al interés superior del niño, niña o adolescente, conforme con lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y, además, inoportuna, considerando que fue decretada en noviembre del año 2014, cuando las circunstancias de hecho del recurrente señor Mota Santos eran completamente diversas de las que mantiene en la actualidad y que dan cuenta de una genuina resocialización y reintegración a la sociedad. ([Volver](#))*

## II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

**1.- Facultades CGR, toma de razón, término contrato de trabajo, probidad, investigación sumaria, debido proceso, derecho a defensa, reapertura sumario. Dictamen N°11.383, de 18 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** La Contraloría General de la República representó la resolución N°3, de 2020, del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la cual se pone término al contrato de trabajo a funcionaria de la Embajada de Chile en Estados Unidos de América por aplicación de la causal contemplada en el artículo 160, N° 1, letra a) del Código del Trabajo, esto es, falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones, por cuanto el acto administrativo en cuestión, y el procedimiento que le sirve fundamento, no se ajustan a derecho.

**Fundamento:** *Al respecto, es necesario reiterar, conforme con lo señalado en la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes N 65.116, de 2010; 36.163, de 2011 y 25.278, de 2017, entre otros, de este origen, que la concurrencia de una de las causales de término previstas en el artículo 160 del Código del Trabajo, como ocurre en la especie, requiere que aquella sea establecida a través de una breve investigación sumaria, que no se sujeta a las ritualidades de un proceso administrativo formal; no obstante, en tal indagación se deberá observar el derecho fundamental a un debido proceso, esto es, establecer la ocurrencia de los hechos imputados y la participación de la servidora, dándosele la posibilidad y las instancias para defenderse.*

*Pues bien, de los antecedentes tenidos a la vista, consta que los cargos formulados a la funcionaria fueron notificados el día 8 de enero de 2020, otorgándosele a la inculpada el plazo de un día para presentar sus descargos, el cual, atendido su brevedad, resulta atentatorio de su derecho a defensa.*

*Además, cabe anotar que en la situación en estudio, se advierte que el Ministro de Relaciones Exteriores no dictó la resolución exenta en que determina la medida que estima pertinente aplicar a la afectada y en contra de la cual, luego de su notificación, se podrían interponer los medios de impugnación que establece la normativa, no siendo válida para esos efectos la carta enviada a la*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*afectada por el Embajador de Chile en Estados Unidos de América, de fecha 10 de febrero de 2020, en la cual le comunicó que pondría término a su contrato de trabajo.*

*De tal forma, dicha omisión ha significado también una vulneración del derecho a defensa de la inculpada, criterio concordante con lo informado en el oficio N° 24.791, de 2018, de este origen.*

*Finalmente, es dable expresar que tampoco resulta procedente que se haya dispuesto el término del contrato de trabajo a contar del 10 de febrero de 2020, por cuanto aquel solo puede tener efectos una vez que se le notifique a la afectada la resolución que así lo disponga, tomada razón por parte de esta Entidad Fiscalizadora, tal como se ha sostenido en el dictamen N° 50.671, de 2010, de este origen, entre otros. ([Volver](#))*

### **2.- Educación, sostenedores, beneficio subvención, arrendamiento inmueble, canon superior al legal, autorización, plazo pronunciamiento. Dictamen N°E30.033, de 25 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona, en representación de la fundación sostenedora de un colegio consultó acerca de la legalidad de la resolución exenta N°197, de 2018, de la Superintendencia de Educación, en cuanto en ella se señala que el plazo fijado por la ley N°20.845 para que dicho organismo resuelva la solicitud de aprobación de un canon de arrendamiento superior a los definidos en ese cuerpo legal, se cuenta una vez que se notifica al interesado el resultado del examen de admisibilidad sustancial de esa petición, y no desde la presentación respectiva.

**Fundamento:** *De manera preliminar se debe anotar que el artículo 2° de la ley N° 20.845 -de inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado-, agrega en su numeral 5), letra e), un nuevo literal a) quáter al artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del MINEDUC, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales.*

*Conforme a esta nueva disposición, los sostenedores que pretendan impetrar el beneficio de la subvención deberán, entre otros requisitos, acreditar “que el inmueble en que funciona el establecimiento educacional es de su propiedad y se encuentra libre de gravámenes”, o lo usa a título de comodatario en conformidad a las reglas que allí se indican.*

*No obstante, el artículo cuarto transitorio de ese cuerpo legal regula diversas situaciones de sostenedores que mantenían contratos de arrendamiento de esos inmuebles, vigentes al inicio del año escolar 2014, permitiendo incluso, bajo ciertas condiciones -entre ellas, algunas relativas al máximo de renta que se puede pactar-, celebrar nuevos contratos de esa especie.*

*En ese contexto, el inciso noveno de la citada disposición transitoria establece, en lo pertinente, que el sostenedor podrá pactar un canon de arrendamiento superior a los definidos en los incisos anteriores,*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*siempre que el contrato que lo contemple tenga por único fin la prestación del servicio educativo y que se ajuste a lo ahí señalado.*

*Agrega que para que dicho acuerdo sea procedente, el sostenedor deberá presentar el respectivo contrato a dicha superintendencia en conjunto con una tasación bancaria o una tasación efectuada por un perito tasador o profesional competente, que incorpore tanto el valor comercial del inmueble, como su correspondiente valor de arrendamiento.*

*Su inciso décimo determina que “Dentro de los noventa días siguientes a la presentación de la tasación, la Superintendencia de Educación, basada en los antecedentes de que disponga que haya obtenido en el marco de sus atribuciones, podrá aceptar la tasación y el canon propuesto o definir uno alternativo”. Su parte final añade que “Si transcurrido el plazo ya referido la Superintendencia de Educación no se hubiere pronunciado, se aplicará lo establecido en el artículo 64 de la ley N° 19.880”, disposición esta última que regula el silencio positivo.*

*A su turno, la cuestionada resolución exenta N° 197, de 2018 -que aprueba el procedimiento de autorización de canon de arrendamiento en que funciona un local escolar, de acuerdo a lo establecido en artículo 2, N° 2, letra c), de la ley N° 21.052, que modificó el artículo cuarto transitorio de la ley N° 20.845-, contempla y detalla, dentro de su Etapa I, una fase de admisibilidad formal y una sustancial.*

*Así, en su Etapa I, N° 1, iii), a cargo de la pertinente Dirección Regional, sobre admisibilidad formal de la solicitud que presente un sostenedor para la autorización de que se trata, la Superintendencia de Educación requiere, entre otra documentación, acompañar una tasación bancaria, que debe cumplir las exigencias ahí descritas.*

*Luego, su N° 2, sobre admisibilidad sustancial, establece que una vez verificado que la documentación acompañada cumple lo dispuesto en el numeral anterior, la Fiscalía de la Dirección Nacional se pronunciará respecto de las condiciones básicas de la operación de arrendamiento, principalmente acerca de si el inmueble objeto del contrato “es el mismo donde funciona el establecimiento educacional y si dicho local se encuentra reconocido oficialmente en su totalidad”, para lo cual podrá solicitar nuevos antecedentes al propio sostenedor o a las instituciones que componen el Sistema de Aseguramiento de la Calidad, así como a otras entidades públicas.*

*Añade que si la solicitud cumple con lo anterior, se comunicará al sostenedor que su solicitud fue ingresada para la evaluación del canon de arriendo propuesto, y que “A partir de la notificación de este oficio la Superintendencia de Educación tendrá 90 días hábiles administrativos para pronunciarse sobre si acepta el canon de arriendo formulado por el sostenedor o si propone uno alternativo”.*

*Expuesto todo lo anterior es necesario destacar que el inciso décimo del citado artículo cuarto transitorio establece de modo expreso la oportunidad en que debe empezar a contabilizarse el plazo*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*para que la referida repartición pública emita su conformidad con el canon propuesto o sugiera uno alternativo, esto es, desde la presentación a la autoridad de la respectiva tasación por parte del sostenedor requirente, y no desde la notificación a que hace alusión el cuestionado acto administrativo exento.*

*Más aún, de dicha norma legal se advierte que dentro del señalado plazo deben recabarse por parte de la superintendencia los antecedentes que pueda requerir de conformidad con sus atribuciones, y no de la forma como se consigna en la reseñada resolución exenta, en que dichos antecedentes pueden ser solicitados en la llamada etapa de admisibilidad sustancial, que se configura como previa a aquella oportunidad en que el mismo documento hace correr el plazo por el que se pregunta.*

*En este contexto, de advertir la superintendencia que no se ha acompañado toda la documentación que se ha fijado como necesaria para efectuar el análisis, corresponde que, conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la ley N° 19.880, se requiera al sostenedor para que la complete en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de su petición.*

*Asimismo, analizada la mencionada resolución exenta en el ámbito consultado, es útil puntualizar que el consignado N° 1, iii), sólo contempla la posibilidad de presentar una tasación bancaria, en circunstancias que el artículo cuarto transitorio en examen también permite acompañar una tasación efectuada por los peritos o profesionales que indica, aspecto que se ha omitido establecer en dicho acápite.*

*Consecuente con lo expuesto, la Superintendencia de Educación debe adoptar, a la brevedad, las medidas necesarias para modificar la reseñada resolución exenta N° 197 en los aspectos antes observados, por cuanto aquélla debe emitir un pronunciamiento acerca de la pertinente solicitud presentada por un sostenedor -en base a la disposición transitoria en estudio- “Dentro de los noventa días siguientes a la presentación de la tasación”, ya sea aceptando la misma y el canon sugerido o proponer uno alternativo, sin perjuicio de la eventual aplicación del aludido artículo 31 de la ley N° 19.880. ([Volver](#))*

**3.- Hospital DIPRECA, alza de aranceles, facultad Director General de Carabineros, alza tarifas usuarios, facultad Director de Previsión, acto administrativo. Dictamen N°E30.039 de 25 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** La Dirección de Previsión de Carabineros de Chile solicitó la reconsideración del dictamen N°1200, de 2019, de la Contraloría General de la República, por medio del cual se informó que los aranceles del Hospital de esa entidad debían ser fijados por el General Director de Carabineros y las correspondientes coberturas por el Director de la citada institución de previsión.

**Fundamento:** [E]l legislador ha distinguido entre los aranceles y las tarifas o valores con que deben concurrir los usuarios de dicho establecimiento de salud, correspondiéndole a la Dirección General de

*Carabineros como nivel directivo superior de la institución y, por ende, al General Director, la determinación de los primeros; y en el Director de Previsión, las tarifas o valores de lo que finalmente, deberán pagar los beneficiarios por las citadas prestaciones médicas, de acuerdo al porcentaje de cobertura que les corresponda.*

*Al respecto, es dable recordar que conforme con el artículo 3° de la ley N° 19.880, las decisiones escritas que adopte la Administración en las cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública, deben expresarse por medio de actos administrativos, toda vez que se trata de actos dictados por una autoridad dotada de poder de decisión, sobre asuntos propios de su competencia (aplica criterio contenido en el dictamen N° 4.322, de 2017).*

*Siendo ello así, resulta procedente desestimar la reconsideración solicitada, debiendo la DIPRECA ajustarse a lo indicado precedentemente, en cuanto a las formalidades y exigencias para fijar los aranceles, sin que sea procedente realizarlo a través de oficios, como aparece en los vistos y considerando de la resolución exenta N° 1.547, de 2016, de la citada entidad, debiendo regularizar la situación en examen a la brevedad e informar de ello al Departamento de Fuerzas Armadas, Seguridad, Presidencia, Hacienda y Relaciones Exteriores de esta Contraloría General, dentro del plazo de 30 días hábiles contado desde la notificación del presente pronunciamiento. ([Volver](#))*

**4.- FONASA, facultades, cobro cotizaciones de salud, recepción montos. Dictamen N°E30.036 de 25 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** El Fondo Nacional de Saludo (FONASA) solicitó un pronunciamiento que incide en la determinación del organismo público al que le corresponde llevar a cabo el cobro judicial de las cotizaciones de salud que no fueron enteradas antes de la vigencia de la Ley N°19.650. Lo anterior, en el contexto de la finalización de convenios entre esa entidad y el Instituto de Previsión Social, IPS, en uno de los cuales esta última repartición le estaría traspasando información histórica sobre cotizaciones de salud impagas que abarcan períodos anteriores a la entrada en vigor de la Ley N°19.650.

**Fundamento:** *En cuanto a las atribuciones de los organismos vinculados a la consulta, cabe señalar, en primer término, que el IPS se creó en el artículo 53 de la ley N° 20.255, que establece Reforma Previsional, como un servicio público descentralizado que tiene por objeto especialmente la administración del sistema de pensiones solidarias y de los regímenes previsionales que administraba el INP, al que, además, de acuerdo al artículo 54 de esa ley, se le traspasaron todas las funciones y atribuciones de este último, con excepción de aquellas referidas a la ley N°16.744, considerándose “para todos los efectos, sucesor y continuador legal del Instituto de Normalización Previsional, con todos sus derechos, obligaciones, funciones y atribuciones”.*

*En ese contexto, conviene tener presente que según lo preceptuado en el artículo 1° del decreto ley N°3.502, de 1980, el INP se creó como un organismo autónomo con personalidad jurídica y*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*patrimonio propio, el que conforme a su artículo 2° estaba autorizado expresamente para celebrar convenios de recaudación de cotizaciones; compensación de asignaciones familiares; control de pagos de imposiciones; la cobranza prejudicial y judicial de éstas y el pago de beneficios y subsidios, con las administradoras de fondos de pensiones; cajas de compensación de asignación familiar; mutualidades de empleadores; instituciones de salud previsional; municipalidades o con cualquier otro organismo previsional privado.*

*Cabe añadir que, de acuerdo al artículo 2° de la ley N° 18.689, de enero de 1988, en el INP se fusionaron las antiguas Cajas de Previsión que se detallan en su artículo 1°, siendo para todos los efectos legales, el sucesor y continuador de éstas, las que realizaban la recaudación y cobro judicial de las cotizaciones previsionales y de salud, en su calidad de entidades previsionales, habilitadas para accionar en el contexto de la ley N° 17.322, que establece, entre otros, las normas para la cobranza judicial de cotizaciones.*

*En tanto su artículo 5° -redacción incorporada por el artículo 7° de la ley 18.737, de 1988- , facultó al Presidente de la República para que dentro del plazo de un año, a contar de la vigencia de esa ley, y mediante uno o más decretos expedidos por intermedio del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, asignar una o más de las funciones de recaudación de cotizaciones, compensación de asignaciones familiares, control de pagos de imposiciones y cobranza prejudicial y judicial de éstas, pago de beneficios y subsidios, y la emisión de bonos de reconocimiento, del INP a otros ministerios o servicios de la administración del Estado, que por la naturaleza de sus atribuciones estén en condiciones de asumirlas, conjuntamente con el traspaso de bienes, funcionarios y recursos financieros, decretos de los que no se tiene antecedentes de su emisión.*

*En segundo término, cabe indicar que el FONASA fue creado por el decreto ley N° 2.763, de 1979, como un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, continuador legal del Servicio Médico Nacional de Empleados, SERMENA, con sus mismos derechos y obligaciones, según lo prescrito expresamente en el artículo 26, inciso tercero, y 28 de ese decreto ley.*

*En relación al SERMENA, cabe indicar que a través del decreto con fuerza de ley N° 286, de 1960, del Ministerio de Hacienda, se fijó su texto legal orgánico, el que de acuerdo a sus artículos 2°; 3°; 13° y 14°, tenía a su cargo exclusivo la atención de Medicina Preventiva y el otorgamiento de las prestaciones de medicina preventiva de las entidades y de los imponentes señalados en esa normativa; debiendo las instituciones de previsión y los organismos referidos en ese cuerpo normativo, entre los que se incluyen las ex Cajas de Previsión, depositar mensualmente en la Tesorería del SERMENA tales fondos, de lo que se desprende que aquellas eran las encargadas de recaudar y cobrar tales aportes para enterarlos en el SERMENA.*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*En ese contexto, la ley N° 16.781, publicada el 2 de mayo de 1968, que otorga asistencia médica y dental a los imponentes que indica, estableció en sus artículos 2°, 4° y 12° que, además, al SERMENA le correspondería administrar el sistema de asistencia médica que consagraba esa la ley y en especial, el Fondo de Asistencia Médica, debiendo recaudarse aquellos aportes por las respectivas instituciones de previsión, debiendo estas integrarlos al SERMENA dentro de los 15 días posteriores a su percepción.*

*Pues bien, analizado el marco normativo aplicable a SERMENA, aparece que esa entidad no estaba habilitada para efectuar la recaudación y cobro judicial de las cotizaciones de salud, sin perjuicio que una vez recibidos los montos correspondientes, esos eran administrados por dicha repartición, constando que aquellas funciones recaían en las antiguas Cajas de Previsión, de lo que se desprende que a FONASA, como continuador legal de SERMENA, no se le traspasaron funciones de recaudación y cobranza.*

*Ahora bien, en cuanto a las atribuciones de FONASA establecidas en el decreto ley N°2.763, de 1979, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 27, letra a), -actual artículo 50-, de ese ordenamiento normativo, a ésta se le confirió, entre otras labores, llevar a cabo la recaudación, administración y distribución de los recursos señalados en el artículo 33 de dicha normativa -actual artículo 55-, dentro de los cuales no se encontraban las cotizaciones de salud.*

*En efecto, el aludido artículo 33 de la preceptiva en comento enumeró los recursos de que se componía el Fondo Nacional de Salud, y que de acuerdo con el antedicho artículo 27, debían ser recaudados por ese organismo, contemplando, en lo que interesa -y hasta antes de la dictación de la ley N° 19.650-, solo aquellos “destinados al financiamiento del Servicio Nacional de Salud y del Servicio Médico Nacional de Empleados, de acuerdo con el artículo 65 de la ley N° 10.383, y el artículo 13 del decreto con fuerza de ley N° 286, de 1960, y con las demás normas legales y reglamentarias”.*

*Posteriormente, la ley N° 19.650, publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1999, introdujo una serie de modificaciones, entre otros cuerpos legales, al citado decreto ley N°2.763, de 1979.*

*Así, dicho cuerpo normativo sustituyó el artículo 27 del señalado decreto ley, pero mantuvo, en iguales términos su letra a), que le imponía a FONASA la aludida función de recaudación; incorporándole un inciso final a ese precepto en el que se estableció que para efectos de lo dispuesto en la ley N° 17.322 -que contempla normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social-, FONASA tendría las mismas atribuciones que esa ley confiere a las entidades o instituciones de previsión, aun cuando no sería considerado entidad de previsión para ningún efecto.*

*Asimismo, y en lo que interesa, la mencionada normativa introdujo una nueva letra b) al artículo 33 del señalado decreto ley N° 2.763, de 1979, que incluyó entre los recursos de FONASA “Los ingresos*



# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*por concepto de cotizaciones de salud que corresponda efectuar a los afiliados del régimen de la ley N°18.469”.*

*Además, el artículo 1°, N° 5, letra c) de la ley N° 19.650 sustituyó la letra j) del artículo 30 por la siguiente: “j) Determinar, de entre los funcionarios del Fondo Nacional de Salud, los encargados de realizar labores de fiscalización de la recaudación de cotizaciones, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 17 de la ley N° 17.322 y en el artículo 2° del decreto ley N° 1.526, de 1976, quienes, para estos efectos, estarán investidos de la calidad de ministros de fe”.*

*En ese orden, resulta útil señalar que la historia fidedigna del establecimiento de la anotada ley N°19.650, específicamente en su mensaje, se manifestaba en cuanto a la administración de los ingresos, que con esa ley se buscaba facultar a FONASA para velar por el correcto y oportuno entero de las cotizaciones de salud, y con este fin se le confiaron atribuciones para controlar y fiscalizar la morosidad y la evasión en el pago de las obligaciones previsionales.*

*Pues bien, de lo expuesto se advierte que, en virtud de lo establecido en los artículos 27, letra a), y 33, letra b), del decreto ley N° 2.763, de 1979, sólo a contar de la entrada en vigencia de la citada ley N°19.650, a FONASA le correspondió la recaudación, administración y distribución de las cotizaciones de salud que debían efectuar los afiliados al régimen establecido por la ley N° 18.469.*

*Además, a través de esa ley N° 19.650 se le entregaron las atribuciones referidas a la fiscalización de la recaudación de las mismas, así como también, desde igual data, se le habilita expresamente para intervenir en el proceso de cobranza judicial regulada expresamente en la ley N° 17.322, para lo que se le otorga la calidad de entidad previsional únicamente para esos efectos, de lo que se desprende la imposibilidad de intervenir en esa área con anterioridad a la vigencia del primer texto legal señalado.*

*En consecuencia, con el mérito de lo expuesto, se puede concluir que, con anterioridad a la vigencia de la ley N° 19.650, FONASA no era el titular de las acciones de cobro de las cotizaciones de salud, sin perjuicio de estar habilitado para recibir los montos correspondientes que en ese contexto recaudaban otras entidades previsionales habilitadas en los términos de la ley N° 17.322. ([Volver](#))*

### **5.- Contratos administrativos, licitaciones, trato directo, elaboración bases, obligación análisis técnico y económico bienes y servicios, excepciones. Dictamen N°E30.415 de 26 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** Se presentaron diversas consultas relacionadas con la forma en que debe cumplirse la obligación de efectuar un análisis técnico y económico prevista en el artículo 13 ter del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, reglamento de la ley N°19.886, y si esa exigencia resulta aplicable a las contrataciones efectuadas vía trato directo.

**Fundamento:** *[L]os organismos de la Administración del Estado deben propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones, lo que resulta exigible cualquiera sea la modalidad que*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*empleen para ello, esto es, licitación pública, licitación privada o trato directo. Para lograr tal objetivo, deben, en lo que importa, efectuar una planificación de sus compras.*

*En este contexto, es del caso anotar que el artículo 13 bis del citado decreto N° 250 prevé que las entidades licitantes podrán efectuar, antes de la elaboración de las bases de licitación, procesos formales de consultas o reuniones con proveedores, mediante llamados públicos y abiertos, convocados a través del Sistema de Información, con el objeto de obtener información acerca de los precios, características de los bienes o servicios requeridos, tiempos de preparación de las ofertas, o cualquier otra que requieran para la confección de las bases.*

*Por su parte, el artículo 13 ter de ese reglamento previene que en las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad y en aquellas superiores a 5.000 UTM, con anterioridad a la elaboración de las bases, las entidades licitantes deberán obtener y analizar información acerca de las características de los bienes o servicios requeridos, de sus precios, de los costos asociados o de cualquier otra característica que requieran para la confección de las bases, pudiendo para ello utilizar procesos formales de consultas al mercado en la forma regulada en el artículo anterior u otro mecanismo que estimen pertinente.*

*Como puede apreciarse, este último precepto -a diferencia de lo señalado en el artículo 13 bis, que solo alude a una facultad de las entidades- establece la obligación de estas de - antes de elaborar las bases- obtener y analizar información acerca de las características de los bienes o servicios requeridos, de sus precios, de los costos asociados o de cualquier otra característica que requieran para la confección de las bases.*

*Sobre el particular, es necesario puntualizar que el análisis respectivo deberá referirse a cada uno de los aspectos antes referidos y constar por escrito, para efectos de su revisión y control posterior.*

*Enseguida, en lo que se refiere a la segunda consulta, es preciso consignar que el artículo 52 del decreto N° 250, de 2004, dispone que “Las normas aplicables a la Licitación Pública y a la Licitación Privada se aplicarán al Trato o Contratación Directa, en todo aquello que atendida la naturaleza del Trato o Contratación Directa sea procedente”.*

*Luego, considerando que el análisis técnico y económico a que alude el artículo 13 ter tiene por objeto contar con los elementos de juicio indispensables para llevar a cabo la respectiva contratación, la regulación contenida en el mismo se aviene con la naturaleza del trato directo, por lo que los organismos de la Administración se encuentran en el imperativo de realizar dicho examen cuando la determinación de los bienes o servicios a adquirir revista gran complejidad y en las contrataciones superiores a 5.000 UTM. Lo anterior, por cierto, no resulta aplicable en los casos de emergencia, urgencia o imprevistos calificados mediante resolución fundada por la respectiva autoridad.*

*Al respecto, es preciso consignar que el antedicho análisis deberá ser acompañado a los respectivos acuerdos de voluntades y a los actos administrativos que los aprueben.*

*En consecuencia, en mérito de lo expuesto, es menester concluir que el análisis a que alude el artículo 13 ter del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, debe constar por escrito y referirse a todos los aspectos que menciona dicho precepto, y que dicha exigencia también resulta aplicable a las adquisiciones efectuadas vía trato o contratación directa. ([Volver](#))*

**6.- COVID-19, seguridad social, fuero maternal, personal contratado campañas sanitarias, facultades autoridad sanitaria. Dictamen N°E31.347 de 28 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** La Subsecretaría de Salud Pública consultó por la eventual incidencia de la situación de emergencia que afecta al país por el brote del COVID-19 en la aplicación de los derechos de protección a la maternidad, en específico, respecto del fuero maternal del personal que se ha contratado excepcionalmente de conformidad al artículo 10° del Código Sanitario, acorde con lo dispuesto en la alerta sanitaria publicada en el Diario Oficial el día 8 de febrero de 2020.

**Fundamento:** *Ahora bien, del marco normativo expuesto se advierte que en el panorama actual, ocasionado por la pandemia del COVID-19, se han adoptado una serie de medidas, entre ellas, decretar una alerta sanitaria y declarar el estado de catástrofe. Por este último, no se pueden restringir derechos y libertades diferentes a los que digan relación con los de locomoción, reunión y propiedad, resultando, por tanto, durante la pandemia, aplicables las normas de protección a la maternidad, entre las que se incluye el fuero maternal.*

*Además, en cuanto a la alerta sanitaria, cabe precisar que por esta se pueden adoptar medidas administrativas extraordinarias que se circunscriben al contexto de evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia, tales como contratar personal bajo el artículo 10° del Código Sanitario, pero ello no implica que tales contrataciones estén exentas de la observancia de la normativa protectora laboral que constituye el fuero maternal.*

*En conclusión, la autoridad sanitaria debe dar observancia en la contratación de personal a las garantías laborales que se encuentran vigentes, de igual modo, durante la pandemia del COVID-19. ([Volver](#))*

**7.- COVID-19, Dirección General de Aeronáutica Civil, funcionarios en sistema de turnos, descanso complementario, potestad autoridad, requisitos. Dictamen N°E31.339 de 28 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** La Asociación Nacional de Funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil impugnó lo instruido por ese organismo, que importaría obligar a su personal a hacer uso de sus horas de descanso complementario para justificar las ausencias con ocasión del caso fortuito generado por la disminución de operaciones aéreas y la

reducción de los horarios de funcionamiento de las unidades, a consecuencia de la crisis sanitaria por el COVID-19.

**Fundamento:** *En primer término, conviene recordar que esta Entidad de Control resolvió en su dictamen N° 3.610, de 2020, que, en el contexto de la pandemia por COVID-19, calificada como un caso fortuito, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población, por lo que sus jefaturas superiores se encuentran facultadas para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores que en ellos se desempeñan cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía.*

*Añade ese pronunciamiento 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, con las precisiones que allí se consignan.*

*Finalmente, y en lo que interesa destacar a la luz de lo reclamado, el referido dictamen precisa que “no corresponde que por causa de la pandemia de que se trata, se exija a los funcionarios o prestadores de servicios a honorarios solicitar los feriados o permisos a que tengan derecho de conformidad con las normas de sus respectivos estatutos o las cláusulas de sus contratos, para justificar la inasistencia a su lugar de trabajo. En efecto, el contexto de caso fortuito antes referido no permite obligar al servidor a hacer uso de aquellos derechos que están concebidos para que su ejercicio opere solo a requerimiento del interesado, sin perjuicio de las facultades que el ordenamiento jurídico -o el convenio, según sea el caso- contemple para la autoridad respectiva una vez que el funcionario ha solicitado hacer uso de algunos de esos beneficios”.*

*Luego, es útil consignar que el inciso primero del artículo 65 del anotado Estatuto Administrativo, prescribe que la jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios será de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias.*

*Su artículo 66 previene, en lo que importa destacar, que podrán ordenarse trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables y que los trabajos extraordinarios se compensarán con descanso complementario, y si ello no fuere posible por razones de buen servicio, aquéllos serán compensados con un recargo en las remuneraciones.*

*Asimismo, el artículo 70 de dicha preceptiva señala que el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*corresponda, ordenarán los turnos pertinentes entre su personal y fijarán los descansos complementarios que correspondan.*

*Al respecto conviene recordar, en primer término, que esta Entidad de Fiscalización ha resuelto, entre otros, en su dictamen N° 76.031, de 2011, que conforme a la preceptiva antes reseñada, los trabajos extraordinarios se compensan con descanso complementario y, solo si esto no es posible por razones de buen servicio, se hará con un recargo en las remuneraciones, de lo cual se desprende que el primer mecanismo de compensación señalado, constituye la opción preferente indicada en la ley.*

*Luego, se debe hacer presente, en armonía con lo resuelto por esta Contraloría General en su dictamen N° 2.786, de 2019, que la implementación de un sistema de turnos es una facultad otorgada a la autoridad, en línea con los principios de servicialidad del Estado y continuidad de la función administrativa, por lo que compete a ella disponer el cumplimiento de esa modalidad de trabajo cuando ello resulte necesario para la ejecución de determinadas tareas que sean indispensables para el adecuado cumplimiento de las funciones del organismo.*

*Agrega dicho pronunciamiento que el mencionado sistema de turnos tiene su fundamento en las características propias de la labor específica que debe realizar el servicio, la que puede exigir su desarrollo más allá de los límites de la distribución general de la jornada ordinaria dispuesta para su personal, situación diversa de aquella que justifica que la jornada ordinaria deba en ocasiones extenderse, como ocurre con los trabajos extraordinarios e imposterables a que hace mención el aludido artículo 66 del Estatuto Administrativo.*

*En tal sentido, se puede apreciar una diferencia en el tratamiento dado al descanso complementario que se regula en los artículos 66 y 70 del señalado texto estatutario, ya que solo en este último - esto es, en la hipótesis del descanso complementario que se genera con ocasión del desempeño de turnos- se faculta a la autoridad a fijar aquellos descansos.*

*Ello fuerza a concluir que, tratándose del descanso complementario que nace con ocasión del desarrollo de una jornada extraordinaria cuando hayan de cumplirse tareas imposterables, ya sea a continuación de la ordinaria, o en horario nocturno o días sábado, domingo y festivos, el derecho al descanso complementario se ejerce por el funcionario a su requerimiento, sin perjuicio de las facultades de la autoridad para resolver la pertinente solicitud.*

*En cambio, tratándose del descanso complementario que se genera en virtud del desempeño bajo un sistema de turnos, el legislador previó la potestad de la autoridad no solo de establecer esos turnos, sino también la de fijar los correspondientes descansos complementarios -por cierto, en aquellos casos en que este derecho no haya sido reemplazado por el pago de las remuneraciones con el pertinente recargo-.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Lo anterior tiene su fundamento en el hecho que tratándose de unidades que, por la naturaleza de las actividades que realizan, deben operar bajo un sistema de turnos, reviste mayor trascendencia la ausencia de quienes se desempeñan en ellas, toda vez que la falta del personal necesario para cubrir esos turnos puede generar una falta de servicio por parte del pertinente órgano. De esta manera, se entiende que con la fijación de los descansos complementarios, la autoridad puede administrar de mejor manera al personal de esas unidades, evitando poner en peligro la continuidad de la prestación de los servicios respectivos.*

*En consecuencia, la DGAC solo puede disponer el uso del descanso complementario por parte de sus funcionarios que se desempeñan bajo el sistema de turnos, conforme a lo establecido en el artículo 70 del Estatuto Administrativo, esto es, con el exclusivo objeto de evitar que el ejercicio de ese derecho provoque una dificultad en la cobertura de los turnos, con el consecuentemente peligro en la continuidad de los servicios, condición que, a la luz de lo señalado por la DGAC en su informe, producto de la disminución de las operaciones aéreas, no se presenta en el caso que genera la consulta.*

*Por tanto, la DGAC deberá adoptar las medidas necesarias para ajustar su actuación al presente pronunciamiento, respetando el derecho de los funcionarios a disfrutar de los descansos compensatorios obtenidos en su oportunidad, y ejerciendo la atribución de fijación de los aludidos descansos de acuerdo con la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico. ([Volver](#))*

### **8.- Municipales, permiso de edificación, conjunto habitacional fuera límite urbano, infracciones normativa, copropiedad inmobiliaria, ampliación vivienda, resolución conflictos. Dictamen N°E31.440 de 31 de agosto de 2020.**

**Hechos del caso:** Dos personas requirieron la reconsideración del oficio N°2276, de 2019, de la Contraloría Regional de Tarapacá que determinó que correspondía que la Municipalidad de Iquique adoptara medidas en relación a las obras autorizadas mediante el permiso de edificación N°78, de 2018, de la Dirección de Obras del referido municipio -concerniente a la ampliación de la vivienda ubicada en Calle Norte N°356, del conjunto habitacional Playa La Portada I Etapa, en la citada comuna-, toda vez que acorde con lo consignado en el informe D-DUI N°11, de 2019, de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Tarapacá (SEREMI), existían hechos constitutivos de infracción a las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) -contenida en el decreto con fuerza de ley N°458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo- que hacían ilegal el otorgamiento del referido permiso.

**Fundamento:** *Sobre el particular, es menester señalar que el artículo 55 de la LGUC prescribía -a la fecha de requerimiento de los permisos N°s 305, de 1997 y 338, de 1998, concernientes a la edificación del singularizado conjunto habitacional- en su primer inciso, que “Fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones, salvo aquellas que fueren necesarias para la explotación*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*agrícola del inmueble, o para las viviendas del propietario del mismo y sus trabajadores”. Es dable hacer presente que dicho precepto también admite, en la actualidad, “la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado”.*

*A su vez, el segundo inciso del anotado artículo 55 manifestaba -a la data antes referida- que “Corresponderá a la Secretaría Regional de la Vivienda y Urbanismo respectiva cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional”.*

*Asimismo, su inciso tercero consignaba que cuando sea necesario subdividir y urbanizar terrenos rurales para los fines que indica, “la autorización que otorgue la Secretaría Regional del Ministerio de Agricultura requerirá del informe previo favorable de la Secretaría Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo”. En tanto, su inciso final establecía que “Igualmente, las construcciones industriales, de equipamiento, turismo y poblaciones, fuera de los límites urbanos, requerirán, previamente a la aprobación correspondiente de la Dirección de Obras Municipales, del informe favorable de la Secretaría Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y del Servicio Agrícola que correspondan”.*

*Por su parte, cabe puntualizar que la ley N° 19.537, según preceptúa el inciso primero de su artículo 1°, regula un régimen especial de propiedad inmobiliaria, con el objeto de establecer condominios integrados por inmuebles divididos en unidades sobre las cuales se pueda constituir dominio exclusivo a favor de distintos propietarios, manteniendo uno o más bienes en el dominio común de todos ellos.*

*Luego, el inciso tercero del mismo artículo prevé que “Podrán acogerse al régimen de copropiedad inmobiliaria que consagra esta ley, las construcciones o los terrenos con construcciones o con proyectos de construcción aprobados, emplazados en áreas normadas por planes reguladores o que cuenten con límite urbano, o que correspondan a proyectos autorizados conforme al artículo 55 del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, y que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley”.*

*Enseguida, es menester mencionar que la jurisprudencia administrativa de esta Sede de Control contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 25.972, de 1997, 52.120, de 2002 y 9.312, de 2004, ha manifestado que las únicas excepciones que consagra el anotado artículo 55, a la norma general prohibitiva de abrir calles, subdividir para formar poblaciones, y levantar construcciones fuera de los límites urbanos establecidos por los planos reguladores, son las determinadas expresamente por la misma.*

*Precisado lo anterior, es del caso manifestar que de los antecedentes tenidos a la vista se aprecia que en relación al apuntado conjunto habitacional se emitieron los permisos de edificación N°s 305, de 1997 y 338, de 1998, ambos de la DOM, para la construcción de 104 viviendas de 2 pisos, y de dos*

*edificios de 4 pisos y dos de 6 pisos -los que suman un total de 40 departamentos-, siendo recepcionadas parcialmente las atingentes obras mediante los certificados N° 256, de 1998 y 46, 78, 104, 114 y 119, de 1999 y, totalmente, mediante el certificado N° 132, de 1999.*

*A su vez, es dable indicar que la DOM emitió los certificados de copropiedad N°s 1.221, 1.237, 1.254, 1.269, 1.274 y 1.277, todos de 1999, los que señalan que “cumpliendo dichas propiedades con las normas exigidas por la Ley 19.537, Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza, por los instrumentos de planificación territorial y por las normas que regulan el área de emplazamiento, según plano, lo declara acogido al régimen de COPROPIEDAD INMOBILIARIA”.*

*Adicionalmente, cabe hacer presente que dicho proyecto está emplazado fuera del límite urbano del Plan Regulador Comunal de Iquique -aprobado por el decreto N° 233, de 1981, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo- y que esa localidad no cuenta con Plan Regulador Intercomunal.*

*Por último, que a través del mencionado permiso de edificación N° 78, la DOM autorizó la ampliación de la referida vivienda ubicada en Calle Norte N° 356 -de 60,99 metros cuadrados construidos-, en 248,47 metros cuadrados, lo que deriva en una superficie total de 309,46 metros cuadrados construidos en una superficie de terreno de 300 metros cuadrados, de dos niveles de 7,24 metros de altura, obras que fueron recepcionadas parcial y totalmente, respectivamente, mediante los certificados de recepción definitiva N°s 74 y 81, de 2019, de la aludida unidad municipal.*

*En este contexto, es menester expresar, en primer término, que de los documentos tenidos a la vista se advierte que la construcción del conjunto habitacional del caso, en su oportunidad, no se ajustó a derecho, toda vez que tal como lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General señalada anteriormente, la construcción de viviendas fuera de los límites urbanos fijados en los Planes Reguladores, sólo procede de modo excepcional y restrictivo para los fines específicos que la normativa indica, entre los cuales no se encontraba el condominio de que se trata.*

*Corrobora lo anterior, la circunstancia de que de los antecedentes examinados no aparece que los pertinentes permisos hubiesen contado con los informes favorables de las instituciones a las que se refiere el enunciado artículo 55, lo que, además, es ratificado por la SEREMI en su informe a esta Entidad.*

*De esta forma, dadas las irregularidades precedentemente expuestas que afectan a la totalidad del atingente condominio, no se advierte el sustento normativo para que la DOM emitiera el citado permiso N° 78, autorizando la ampliación de una de las viviendas que componen dicho conjunto habitacional, máxime si se considera que la ampliación en examen, implica quintuplicar la superficie edificada de la vivienda de que se trata, en un área donde, actualmente, tampoco se encuentra permitido emplazar conjuntos habitacionales de las características de aquel al que pertenece.*



# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*En este contexto, ese municipio deberá arbitrar las medidas que en derecho correspondan a fin de ajustar sus actuaciones a los criterios anteriormente apuntados, informando de ello a la antes referida Contraloría Regional en el plazo de 15 días contados desde la recepción del presente oficio.*

*Por otro lado, y en atención a lo manifestado previamente, no resulta del caso emitir un pronunciamiento acerca de la eventual infracción por parte del anotado permiso N° 78, a las normas de adosamiento contenidas en la OGUC.*

*Siendo así, y con las precisiones antes expresadas, se complementa el referido oficio N°2.276.*

*Por su parte, en lo que atañe a lo también reclamado respecto a la juridicidad de lo consignado en el mencionado informe D-DUI N° 11 acerca de que la “modificación del inmueble denunciado jamás fue autorizada por una asamblea extraordinaria, ni ordinaria de copropietarios, ni por ninguna forma establecida por la ley” cumple con señalar que acorde con el artículo 33 de la citada ley N° 19.537, corresponde a los juzgados de policía local el conocimiento y resolución de los conflictos que pudieren existir entre los copropietarios, o entre estos y el administrador, acerca de la administración del respectivo condominio, por lo que este Órgano Fiscalizador debe abstenerse de emitir el pronunciamiento requerido (aplica criterio contenido en el dictamen N° 76.649, de 2012, de este origen). ([Volver](#))*

### **9.- Comisión para el Mercado Financiero, personal a honorarios, traspaso a contrata a plazo fijo, cambio calidad jurídica, proceso voluntario. Dictamen N°E31.874 de 1 de septiembre de 2020.**

**Hechos del caso:** El presidente de la Comisión para el Mercado Financiero solicitó un pronunciamiento que determine el tipo de contrata -indefinida o a plazo fijo- en que deben ser designados los prestadores de servicios a honorarios que pueden acceder a aquella calidad, en virtud de la ley N° 20.948 o de la Ley de Presupuestos que indica.

**Fundamento:** *Como cuestión preliminar, cabe anotar que el inciso primero del artículo 18 de la ley N°20.948 prescribe que, durante el año en que se produzcan vacantes de empleos a contrata afectos a la dotación máxima de personal fijada en la Ley de Presupuestos del Sector Público, por la dejación voluntaria de los cargos que realicen los funcionarios a contrata que se acojan a dicha ley de incentivo al retiro, tales vacantes solo podrán reponerse modificando la calidad jurídica del personal de honorario a contrata, reduciéndose por el solo ministerio de la ley el número de honorarios fijados en las glosas presupuestarias del respectivo servicio, en igual cantidad.*

*Luego, su inciso segundo previene que solo podrán pasar a la modalidad de contrata, los servidores a honorarios que reúnan las siguientes condiciones: 1) Que cumplan con los requisitos de ingreso a la Administración Pública establecidos en la ley N° 18.575 y en el estatuto de personal que rija al respectivo servicio; 2) Que cumplan con los requisitos específicos establecidos en la planta del servicio respecto del cargo en el que serán contratados; 3) Que tengan una antigüedad continua en el*

## ZÚÑIGA – CAMPOS

---

### ABOGADOS

*organismo de a lo menos un año, contada al 1 de enero del año en que se produzca la vacante, a jornada completa, y que tengan un contrato a honorarios vigente al momento del traspaso a la contrata y 4) Que el servicio prestado sea un cometido específico de naturaleza habitual en la institución.*

*Enseguida, cabe consignar que las sucesivas leyes de presupuestos del sector público, a partir de la ley N° 20.882, del año 2016, incluidas las leyes Nos 21.125 y 21.192, de los años 2019 y 2020, respectivamente y que atañen al asunto en análisis, han fijado un número máximo de personas que pueden modificar su calidad jurídica de honorario a suma alzada a contrata, asimilándose al grado de la planta legal del estamento que le corresponda, cuya remuneración total le permita mantener su remuneración bruta.*

*Al respecto, el Ministerio de Hacienda emitió los oficios circulares Nos 9, de 2019, y 14, de 2020, que impartieron instrucciones para la aplicación de las respectivas leyes de presupuestos en este punto, estableciendo que los servidores a honorarios que pueden ser traspasados a la contrata deben reunir ciertas condiciones, que resultan casi idénticas a las previstas por el citado artículo 18 de la ley N° 20.948.*

*Por otra parte, corresponde señalar que el personal de la CMF se rige por las normas contenidas en la ley N° 21.000 -que creó el mencionado organismo público- y por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2018, del Ministerio de Hacienda, que fijó su Estatuto de Personal de Carácter Especial.*

*El artículo 4° de ese último texto normativo dispone que el citado personal desempeñará sus funciones en calidad de planta o contrata, añadiendo, su inciso cuarto, que los empleos a contrata podrán tener una duración indefinida o a plazo fijo.*

*Su inciso quinto agrega que los trabajadores de la Comisión ingresarán a la contrata de duración indefinida previo concurso público.*

*El inciso sexto del anotado precepto prevé que “Cuando las circunstancias fundadas lo justifiquen en razón de necesidades de la Comisión, el Presidente estará facultado para contratar directamente trabajadores a contrata de plazo fijo sin sujeción a las normas establecidas en el inciso anterior. Las contrataciones de plazo fijo durarán, como máximo, solo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga del empleo con treinta días de anticipación a lo menos. Con todo, solo podrá renovarse hasta tres veces sucesivamente la contrata a plazo fijo”.*

*Por último, su inciso séptimo añade que “El número de funcionarios a contrata de plazo fijo, según lo dispuesto en el inciso anterior, no podrá exceder el 30% de la dotación máxima de personal de la Comisión”.*

*Como puede apreciarse, las relaciones entre la CMF y sus funcionarios se rigen por un estatuto especial, el cual contempla dos tipos de contrata, que tienen atributos específicos y que difieren de la regulación de carácter general en la materia.*

*En este punto, es dable anotar que el legislador, mediante leyes de aplicación general, como son la aludida ley N° 20.948 y las leyes de presupuestos del sector público desde el año 2016 a la fecha, ha previsto un mecanismo destinado a mejorar las condiciones laborales de quienes han prestado servicios a honorarios bajo ciertas condiciones, para así disminuir las contrataciones en esta última calidad y aumentar la dotación de funcionarios a contrata en toda la Administración del Estado.*

*De ello se desprende que, al concebir el anotado procedimiento de traspaso, el legislador consideró las categorías de contratación contempladas en el régimen estatutario que regula, en general, las relaciones laborales de la Administración del Estado con el personal de los servicios que la integran, esto es, el Estatuto Administrativo, y no las dispuestas en sistemas especiales que presentan características particulares como ocurre con el Estatuto de Personal de la CMF y los distintos tipos de contrata que consagra.*

*Lo anterior no implica que los servidores a honorarios pertenecientes a dotaciones de organismos regulados por sus propios regímenes estén imposibilitados de acceder a la modificación de su vínculo laboral, sino que resulta necesario determinar qué calidad jurídica de las que ellos contemplan armoniza con la que el legislador tuvo a la vista al momento de establecer el beneficio de que se trata y a la cual corresponde que sean traspasados.*

*En tal orden de ideas, es pertinente recordar que el Estatuto Administrativo prevé un solo tipo de empleo a contrata, el que, de conformidad con la letra c) de su artículo 3°, es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución y que dura, como máximo, solo hasta el 31 de diciembre de cada año, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con 30 días de anticipación a lo menos, según lo dispone el inciso primero de su artículo 10.*

*Luego el inciso segundo de este último precepto establece que “El número de funcionarios a contrata de una institución no podrá exceder de una cantidad equivalente al veinte por ciento del total de los cargos de la planta”.*

*Así las cosas, cabe advertir que la modalidad de contrata indefinida que consagra el Estatuto de Personal de la CMF difiere sustancialmente de la contrata contemplada en la ley N° 18.834, tanto en cuanto a su duración como en que para ser contratado en dicha calidad se requiere haber sido seleccionado mediante un concurso público, condición esta última que podría verse vulnerada si se permitiera acceder a ella mediante el traspaso de un servidor que anteriormente se encontraba a honorarios, régimen que no prevé ese modo de ingreso, según lo establecido en los artículos 27 de la apuntada ley N° 21.000 y 4°, inciso noveno, del texto estatutario especial en estudio.*

*Por otro lado, de la normativa reseñada se colige que, salvo el límite fijado para sus renovaciones, la contrata a plazo fijo presenta elementos comunes con la figura jurídica del Estatuto Administrativo, tales como su transitoriedad, duración y procedimiento de prórroga, por lo que guarda mayor similitud con esta.*

*De este modo, en caso de ser procedente el cambio de calidad jurídica en comento, corresponde que el traspaso se realice a la contrata a plazo fijo, pues es el resultado que más se aviene al efecto buscado por el legislador al momento de aprobar los textos normativos que permitieron los traspasos de que se trata.*

*Finalmente, en cuanto al hecho de que, al ser traspasados a dicha contrata, los servidores afectados verían reducidas sus posibilidades de permanencia en la institución -dado que la ley no admite más de tres renovaciones en tal modalidad de designación-, resulta conveniente aclarar que el cambio de calidad jurídica del régimen de honorarios a la contrata es un proceso voluntario para el prestador, de modo que, cumpliendo con los requisitos que prevé la normativa pertinente, este podrá optar por permanecer en el régimen a honorarios en que se encontraba hasta ese momento o ser traspasado a la contrata a plazo fijo. ([Volver](#))*