

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°118

Semana del 6 al 12 de septiembre de 2020

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	“Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 48 del decreto ley N°3063, de 1979, Ley de Rentas Municipales.”	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°8770-2020
Resumen	El artículo 48 del decreto ley N°3063, al absorber el artículo 53, inciso tercero, del Código Tributario da un mismo e idéntico tratamiento al contribuyente moroso que al contribuyente que se ha visto expuesto a la lenidad de quien obra como acreedor, o bien ha sufrido dilaciones ante la justicia que no le son imputables, sin abrir los tribunales posibilidades para distinguir ambos casos, con lo cual se vulnera el derecho igualdad ante la ley. Como consecuencia de lo anterior, el interés que se cobra al contribuyente se torna en una sanción aplicable automáticamente y de plano, esto es, sin un justo y racional procedimiento previo, por cuanto reduce la función jurisdiccional a una labor puramente forzosa e inevitable de aplicar una pena que viene impuesta directamente por la ley, sin ninguna distinción. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	10 de septiembre de 2020.	

Caso	“Rencoret con Orellana y otro.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°30.006-2019
Resumen	El control jerárquico del alcalde no se extiende, en caso alguno, a los jueces de policía local, puesto que el ordenamiento jurídico es claro al disponer que la dependencia de estos magistrados lo es con los tribunales ordinarios que forman parte del Poder Judicial, específicamente, con la Corte de Apelaciones respectiva y con la Corte Suprema. En ese entendido, el alcalde y los directores de las unidades municipales carecen de atribuciones para controlar el cumplimiento de sus deberes a tales magistrados y, menos aún, la legalidad de sus actos, pues, como se dijo, el control disciplinario es ejercido por la Corte de Apelaciones respectiva y por la Corte Suprema. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	7 de septiembre de 2020.	

Caso	“Sciaraffia y otros con Municipalidad de Iquique.”	
------	---	--

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

Tribunal	Corte Suprema	Rol N°15.613-2020
Resumen	<p>Es manifiesto que la aplicación de las facultades establecidas en los artículos 49 bis y 49 ter de la Ley N°18.695, por parte del alcalde al dictar un reglamento, a partir de la doctrina contenida en el dictamen N°17.773 de la Contraloría General de la República, asignando a su cargo el grado 2° de la planta y rebajando en un grado a los Jueces de Policía Local, desde el grado 3° al grado 4°, resulta ilegal y arbitrario. Ello por cuanto desconoce aquella sección del citado dictamen que prohíbe su aplicación retroactiva, esto es, que impide afectar situaciones consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia del dictamen. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	7 de septiembre de 2020.	

Caso	“Gormaz con Ministerio de Salud y otros.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°24.828-2020
Resumen	<p>No deben invocarse consideraciones de orden económico por la autoridad al adoptar una decisión, cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona. En ese contexto, la negativa a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de una persona es un acto arbitrario, puesto que esa persona no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación no permite el acceso a aquel fármaco. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	8 de septiembre de 2020.	
Jurisprudencia relacionada	<p>CS, Rol N°69.806-2020, 3 de agosto de 2020; CS, Rol N°30.287-2020, 23 de junio de 2020; CS, Rol N°33.083-2019, 15 de mayo de 2020; CS, Rol N°33.189-220, 5 de mayo de 2020, CS, Rol N°25.230-2019, 10 de octubre de 2019; CS, Rol N°43.250.2017, de 29 de diciembre de 2017; CS, Rol N°2.494-2018, de 27 de febrero de 2018.</p> <p>CS, Rol N°8.523-2018, de 19 de junio de 2018.; CS, Rol N°17.043-2018, de 6 de noviembre de 2018; CS, Rol N°22.960-2018, de 28 de noviembre de 2018; CS, Rol N°11.093-2019, de 27 de mayo de 2019; CS, Rol N°8.319-2019, de 10 de junio de 2019; CS, Rol N°18.451-2019, de 13 de agosto de 2019; CS, Rol N°31.858-2019, 7 de enero de 2020</p>	

Caso	“Sinisterra con Ministerio del Interior y Seguridad Pública.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°50.696-2020
Resumen	<p>Siendo la expulsión una medida esencialmente de carácter administrativo, es claro que los actos que la dispongan deben cumplir con el estándar de fundamentación exigido por los artículos 11, inciso segundo, y 41, inciso cuarto, ambos de la Ley N°19.880. Sin perjuicio de ello, las circunstancias sobrevinientes (1) del nacimiento de un hijo de la persona cuya expulsión de decidió, quien es menor de edad a la fecha, y (2) la situación de pandemia</p>	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

	por COVID-19 que afecta a nuestro país y al mundo, manteniendo cerradas las fronteras de la mayoría de los países, ha ocasionado el decaimiento de los actos administrativos que ordenaron la medida de expulsión, esto es, su extinción. En consecuencia, es ilegal el acto administrativo que declara la validez de aquellas resoluciones respecto de las cuales se ha producido el decaimiento del acto administrativo, debido a la variación sustancial de las circunstancias de hecho tenidas a la vista al decretarlas. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	9 de septiembre de 2020.

Caso	"Cárdenas con Contraloría General de la República."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°36.586-2019
Resumen	<p>La potestad discrecional sólo puede ser ejercida con fines públicos pues, de lo contrario, se incurre en la denominada desviación de fin o poder. Asimismo, los tribunales de justicia están habilitados para realizar un control de razonabilidad de la decisión, esto es (1) que el acto cumpla con las exigencias previstas en la ley, (2) que el órgano ejerza sus atribuciones con razonabilidad y de manera fundada, (3) que la medida impuesta sea proporcional a la falta y sea establecida por la ley en forma previa a los hechos y (4) que la facultad discrecional sea ejercida con fines públicos. En particular, la motivación exigida a los actos administrativos supone la exposición clara y concreta de los motivos del mismo y debe incluir una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, indispensables para evaluar su razonabilidad y proporcionalidad. Este deber no se cumple con una mera cita de normas y hechos, sino que debe existir coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse. Considerando lo dicho antes, una resolución de la Contraloría General de la República que rechaza una solicitud de condonación total de la deuda, presentada por una funcionaria, no satisface el estándar de fundamentación exigible, en la medida que no expresa razón alguna para esa decisión. Además, dicha decisión vulnera la garantía de igualdad ante la ley, pues dicha funcionaria ha recibido un trato diferenciado respecto de otros funcionarios públicos que sí han podido acceder a la condonación de la deuda en los términos del artículo 67 de la Ley N°10.336, en los cuales se ha esgrimido el error de la Administración y la buena fe del funcionario, en cuanto este actuó en el convencimiento de que se ha procedido dentro de un ámbito de legitimidad. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	9 de septiembre de 2020.	

Caso	"Navarro con Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso."
------	--

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Tribunal	Corte Suprema	Rol N°1462-2020
Resumen	Una interpretación armónica, sistemática y finalista de los artículos 131, 132 y 133 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en relación con el artículo 30 de la Ley N°17.288 deja de manifiesto que la tramitación ante el Consejo de Monumentos Nacionales, conforme a la propia redacción de las normas citadas, sólo puede ser previa a la dictación de la resolución de término de aprobación o rechazo de una Declaración de Impacto Ambiental por parte del Servicio de Evaluación Ambiental, toda vez que precisamente en tales disposiciones el legislador ha establecido los estándares exigidos y los permisos ambientales sectoriales indispensables para la aprobación de un proyecto que se desarrolla en los alrededores de un Monumento Histórico y de una Zona Típica. No obsta a esa conclusión lo prevenido en el inciso segundo del artículo 58 del decreto supremo N°40/2012, respecto de los casos en que el Consejo de Monumentos Nacionales ya se haya pronunciado anteriormente, formulando observaciones al proyecto (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	9 de septiembre de 2020.	

Caso	“Dimitstein con Hermosilla.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°69.656-2020
Resumen	Si bien la suspensión de las funciones de una funcionaria sometida a un sumario administrativo constituye un acto trámite, en tanto fue decretada a título de medida cautelar en dicho procedimiento, el cual aún no cuenta con una decisión final, no es posible soslayar la circunstancia que tal suspensión se haya dispuesto a más de un año de iniciada la investigación, circunstancia que la torna en arbitraria e ilegal, por cuanto no es posible entender de qué forma los presupuestos que motivan la necesidad de cautela solamente se dan en esa oportunidad y no se verificaron en el largo período durante el cual se ha extendido el procedimiento. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	10 de septiembre de 2020.	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E33.654	
Órgano	Contraloría General de la República	
Resumen	En la aplicación del artículo 4°, N°12, de la Ley N°20.880 -que exige presentar una declaración de intereses y patrimonio (DIP) a los rectores y miembros de las juntas directivas de las universidades del Estado-, debe estarse al órgano colegiado de carácter ejecutivo en el pertinente centro de estudios superiores, cualquiera sea el nombre con el que se la haya denominado, sin que se advierta que el legislador haya querido dejar al margen de la	

	obligación consagrada en dicho precepto a los miembros del órgano colegiado de carácter ejecutivo de la Universidad de Chile, y no a aquellos pertenecientes a otras universidades estatales. En consecuencia, es menester concluir que, conforme a norma citada, los miembros del Consejo Universitario de la Universidad de Chile están obligados a realizar una DIP, lo que incluye por cierto a los representantes del Presidente de la República ante dicha instancia. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	4 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E33.656
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La indemnización por mayores gastos generales solo resulta procedente tratándose de aumentos de plazo que deriven de modificaciones del programa de trabajo dispuestas mediante una orden del servicio en las condiciones que se señalan en las bases administrativas tipo para la ejecución de los proyectos de construcción, habilitación o remodelación de infraestructura en salud, que apuntan al caso de que el programa de obra se impacte, sin modificación en las cantidades de obra, extendiéndose el plazo más allá de lo establecido en el programa de obra aceptado por ambas partes y visado por el inspector técnico. En consecuencia, no cabe sino concluir que en la medida que las circunstancias que se invoquen sean calificadas por el servicio como caso fortuito o fuerza mayor corresponde que se otorgue a la contratista un aumento del plazo del contrato mediante una resolución fundada, la cual, sin embargo, no da derecho al pago de la indemnización. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	4 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E33.651
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En virtud de la Ley N°20.920, los residuos, tanto peligrosos como no peligrosos, pueden ser entregados por su generador no solo para ser transportados o eliminados, sino también para ser valorizados, permitiéndose su almacenamiento, en términos generales, si se da cumplimiento a la normativa vigente que, en el caso de los residuos peligrosos, está contenida en el Decreto N°148, de 2003, del Ministerio de Salud. Asimismo, teniendo en consideración que el sistema y principios que contempla la Ley N°20.920 pretende fomentar todo tipo de valorización de residuos con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente, no corresponde que se niegue una solicitud de autorización de

	almacenamiento de residuos peligrosos por la sola circunstancia de que quien realice la actividad no sea su generador, especialmente si la respectiva empresa está destinada a llevar a cabo el pretratamiento de los mismos para su valorización, pues ello implicaría, en definitiva, que por la vía de interpretar una norma de carácter reglamentario se vulnere el aludido texto legal. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	4 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E33.624
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha sostenido que la CONAF mantiene la calidad de corporación de derecho privado, sin que integre la Administración del Estado. Producto de lo anterior, no procede aplicar respecto de dicha Corporación la normativa de la Ley N°19.880, en atención a su naturaleza jurídica. Lo anterior, por cierto, a menos que una ley expresamente disponga lo contrario, como precisamente acontece con la Ley N°20.283.</p> <p>Sin embargo, en el presente dictamen el Ente Contralor adoptó un nuevo criterio en esta materia, teniendo en consideración que, desde una dimensión orgánica, CONAF integra el Sector Público por expresa disposición del artículo 2° del decreto ley N°1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado. Además, desde la perspectiva funcional, corresponde a CONAF la ejecución de acciones orientadas a la satisfacción de necesidades públicas, debiendo, en virtud de lo dispuesto en la letra i) del artículo 3° de sus Estatutos, cumplir las funciones que los diversos cuerpos normativos le hayan encomendado, entre los cuales se cuentan funciones de naturaleza pública, atribuyéndole un conjunto de potestades o prerrogativas para su cumplimiento.</p> <p>En conclusión, CONAF es una institución que ha sido creada por el Estado para la satisfacción de necesidades de la comunidad, con un reconocimiento legal que se consagra, precisamente a partir de la dictación del decreto ley N°701, de 1974. Por ello, resulta aplicable la Ley N°19.880 a los procedimientos desarrollados por esa Corporación, en su condición de órgano público de carácter técnico, incluyendo no solo a aquellos enmarcados en la ley N°20.283, sino también a los previstos en el decreto ley N°701, de 1974, en cualquier caso, con el carácter supletorio fijado por su artículo 1°. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	4 de septiembre de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Dictamen	Dictamen N°E33.625
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Acorde al principio de legalidad del gasto público, los servicios deben actuar con estricta sujeción a las atribuciones que les confiere la ley y, en el orden financiero, deben atenerse a las disposiciones que regulan el gasto público, por lo cual los recursos únicamente pueden emplearse para los objetivos y casos estrictamente contemplados en el ordenamiento jurídico vigente. Así, todo acto que involucre un gasto debe encontrarse expresamente autorizado por una norma de rango legal y consignar la ubicación presupuestaria de la fuente de financiamiento que lo respalda, imputación que además debe atender a la naturaleza del egreso, sin que puedan ser incrementados mediante una reasignación de recursos en la misma partida, sino sólo en virtud de una autorización legal expresa. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	4 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E33.633
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	El inciso primero del artículo 130 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece que los derechos municipales a pagar por permisos de subdivisión, loteos, construcción, etc., no constituyen impuesto, sino el cobro correspondiente a una labor de revisión, inspección y recepción, y se regularán conforme a la tabla que ahí se contiene. En tal sentido, la disposición contenida en el artículo 40 de la Ley N°21.094 -que exime a las universidades del Estado al pago de impuestos, tasas, tarifas, patentes y otras cargas o tributos-, no puede entenderse como una exención al pago de los derechos contemplados en el mencionado artículo 130. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	4 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E33.653
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La prohibición que establece el artículo 10, letra b), de la Ley N°19.995, en orden a que los funcionarios públicos y municipales que, en razón de sus cargos, tengan la custodia de fondos públicos no podrán efectuar apuestas en los juegos de azar desarrollados en los casinos de juegos, tiene como objetivo prevenir un eventual perjuicio patrimonial del Estado en el caso de que un funcionario a cargo de la custodia de fondos públicos, los utilice en

	<p>apuestas en los casinos de juego. Así, dicha prohibición y el deber de otorgar la caución a que se refiere el artículo 68 de la Ley N°10.336, pretenden evitar el mismo riesgo.</p> <p>En el caso particular del funcionario que se desempeñe como jefe del Departamento de Administración de Educación Municipal, cuando aquel asume el rol de sostenedor, a él le corresponde la percepción de la subvención y llevar un sistema de estados financieros consolidados, atribuciones que son, en general y esencialmente, de naturaleza financiera, caso en el cual deberá rendir la caución mencionada y se encontrará afecto a la prohibición de aposar en casinos de juego. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	4 de septiembre de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 48 del decreto ley N°3063, de 1979, Ley de Rentas Municipales. Tribunal Constitucional, Rol N°8770-2020, de 10 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: La empresa JC Decaux Comunicación Exterior S.A. fue demandada en procedimiento ejecutivo de cobro de derechos municipales, por la I. Municipalidad de Ñuñoa, exigiendo el pago de aproximadamente 1839 millones de pesos, cuyo fundamento es una supuesta deuda generada por la falta de pago de derechos municipales por exhibición de publicidad en la vía pública por los períodos semestrales que van desde febrero-junio de 2014, a enero-febrero de 2017.

Luego, habiéndose resuelto la prescripción de una parte de lo adeudado, el tribunal efectuó una liquidación del crédito, en virtud de la cual se adicionaron \$53.449.942 por concepto del 1,5% punitivo de interés. Esta liquidación fue objetada por la demandada, señalando la improcedencia de la aplicación de la tasa penal del inciso tercero, del artículo 53 del Código Tributario, siendo rechazada dicha objeción. La demandada dedujo recurso de apelación en contra de la resolución anterior, la cual constituye la gestión pendiente.

Fundamento: *DÉCIMO PRIMERO. Como se apuntó previamente, dada las características del precepto que se impugna en estos autos – norma de aplicación o reenvío – ella absorbe, in totum, el contenido de los artículos a que da aplicación. En lo pertinente, hace suyos los efectos del artículo 53, inciso tercero, que son los que el requirente pretende remediar a través de su inaplicación.*

Tal como se ha afirmado previamente (entre otras, en STC Rol N° 3440, c. 2°), en abstracto considerado, el interés fijado por el 53 podría encontrar su razón de ser en la necesidad de asegurar el pronto pago de los tributos que se adeudan al fisco. Esto es, en impedir que los contribuyentes prioricen el cumplimiento de otras deudas en desmedro de aquellas que se tienen con el Estado.

Sin embargo, como se desprende del considerando octavo, éste no sería el caso. Como se ha visto, hay una tardanza que no es imputable a la requirente, no existiendo un retardo netamente imputable en el cumplimiento de las obligaciones, sino que también un tardío cobro por parte de la autoridad.

DÉCIMO SEGUNDO. Los elementos de hecho que se han apuntado en el considerando octavo, son indiferentes de cara a la aplicación de la norma impugnada, que sin más hace aplicable el artículo 53, inciso tercero del Código Tributario, cuestión que trae aparejado como resultado que el alto interés que aquella irroga - como se ha dicho en la STC Rol N° 3440 (C. 2°) - “cristalice en una sanción; en un mal dimanado de circunstancias en que al contribuyente no le ha cabido culpa ni gobernabilidad”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

DÉCIMO TERCERO. En mérito de lo anterior, y dadas las condiciones del caso de autos, resulta necesario inaplicar la norma impugnada.

Primero, porque al absorber el precepto del artículo 53, inciso tercero, del Código Tributario, vulnera el derecho de igualdad ante la ley, al dar un mismo e idéntico tratamiento al mero contribuyente moroso que al contribuyente que se ha visto expuesto a la lenidad de quien obra como acreedor, o bien ha sufrido dilaciones ante la justicia que no le son imputables, sin abrir a los tribunales posibilidades para distinguir entre ambos casos, no obstante encontrarse en situaciones objetivamente dispares.

Segundo, porque -como consecuencia de lo anterior- el interés referido vierte en una sanción aplicable automáticamente y de plano, esto es, sin un justo y racional procedimiento previo como exige la Constitución.

En este sentido, preciso es advertir que el artículo 19, N° 2, de la Constitución consagra la igualdad ante la ley (inciso primero) y prohíbe establecer diferencias arbitrarias (inciso segundo), de donde deriva que el legislador se halla impedido de tratar a sus distintos destinatarios de manera indiscriminada (STC roles N°s 53, considerando 72°; 1502, considerando 11°; 1535, considerando 33°, y 2888, considerando 22°, entre varias).

Si la igualdad ante la ley consiste en que sus normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas, el caso es que la norma da aplicación a un precepto que precisa de una mejor distinción entre aquellos que impugnan una determinada liquidación del servicio, en contraste con morosos contumaces. Si bien es atendible aplicar a éstos una tasa como la del precepto impugnado, respecto de aquellos no lo es.

Como se apuntó previamente, la inequidad queda de manifiesto si al contribuyente contradictor incumbe un mayor costo producto de la dilación del procedimiento imputable al ente administrativo.

DÉCIMO CUARTO. Igualmente es preciso señalar que tal como lo consideró nuestra Magistratura (entre otras, en STC Rol N° 3440, c. 6°), respecto al acceso a un previo procedimiento justo y racional, asegurado en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, toca recordar que por STC Rol N° 2682 esta Magistratura reiteró que tal garantía implica que, en el Estado de Derecho chileno, no hay lugar a la imposición de sanciones sin más trámite o de plano. Ella es exigible siempre, cualquiera sea el órgano que ejerza algún poder punitivo sobre las personas (considerando 5°).

Lo anterior es relevante, pues como ha sido considerado, el interés del artículo 53, inciso tercero, del Código Tributario, que el precepto reprochado hace suyo, constituye una sanción o pena que opera por el solo ministerio de la ley y sin más trámites, lo que -a su vez- reduce la función jurisdiccional a una labor puramente forzosa e inevitable de aplicar una pena que viene impuesta directamente por la ley, sin ninguna distinción. Se le impide a los Tribunales “conocer” y “juzgar” en su propio mérito

cada diferente situación, habida cuenta de que pertenece al fuero de los jueces aplicar o modular el rigor de la ley conforme a lo suyo de cada cual (STC Rol N° 3440, c. 6°);

DÉCIMO QUINTO. Relacionado con las dos infracciones constitucionales que se han desarrollado precedentemente, no escapa a este Tribunal la inequitativa situación que genera para el requirente la aplicación del precepto impugnado -en tanto envuelve la imposición del interés del inciso tercero del artículo 53 del Código Tributario- de cara a lo que acontece con su contraparte. Como se afirmare en la STC Rol N° 1951 (c. 21°), que “si se considera que los tributos deben devolverse debidamente reajustados, de modo que se conserve su valor cuando se paguen, ello no guarda relación con el caso inverso, cuando el Estado restituye el monto de la multa enterada y a posteriori declarada improcedente, pero sólo con el interés del medio por ciento mensual por cada mes completo, tal como lo preceptúa el artículo 57 del Código Tributario, lo cual da cuenta de una situación de inequidad”.

DÉCIMO SEXTO. En el anterior entendido, el precepto propicia una notoria desigualdad entre quienes participan en el litigio y en el modo en que habrán de enfrentarlo, en cuanto a la discusión del giro o liquidación de impuestos respectivo. A una de las partes se impone la obligación de soportar un gravoso interés mientras la discusión se mantiene, el que no guarda proporción con aquel que habrá de pagar la contraria, en el evento de resultar vencida.

Siendo así, aquella parte que habrá de soportar tal carga, podrá ver condicionada, por aquello, su voluntad de acudir y mantenerse litigando frente a la justicia, o bien, ejercer todas las defensas que estima propicias a su teoría del caso, según la naturaleza del proceso en cuestión. Lo anterior, en tanto cada día de litigio provoca al particular afectado, una consecuencia que al Estado no se le irroga, lo anterior, en razón de la aplicación de un interés desigual y superior.

Se cristaliza así una situación que no resulta compatible con la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos – artículo 19, N° 3, inciso primero – y con las exigencias de racionalidad y justicia, del artículo 19 N° 3, inciso sexto, constitucional.

DÉCIMO SÉPTIMO. Cabe, en todo caso, matizar los efectos que tendría la decisión de inaplicar el precepto impugnado en el caso de autos, en lo que atañe a la regulación de los intereses en caso de mora.

Teniendo en cuenta lo razonado a propósito del artículo 53, inciso tercero, del Código Tributario, desde la STC Rol N° 1951, que declaró su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ha de reiterarse que al acogerse el presente requerimiento se llega a un justo resultado, habida cuenta que al no tener aplicación la norma especial del artículo 53 del Código Tributario, que especifica para el caso de autos qué clase de intereses deben cobrarse y su cuantía, en ese evento habrá de suplir este vacío la Ley N° 18.010 que determina la procedencia de los intereses corrientes para operaciones reajustables, y según el cual estos intereses se devengarán desde la fecha en que el capital se hizo exigible.

DÉCIMO OCTAVO. Cabe además agregar que no es óbice para la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto impugnado, el estado en que se encuentra la gestión pendiente, toda vez que el carácter de decisivo del precepto impugnado ya fue enjuiciado por la Sala respectiva al momento de analizar su admisibilidad, decisión que quienes conformamos esta mayoría compartimos, debiendo además señalarse que la competencia del Tribunal que conoce de la gestión pendiente y su misión no se vincula sólo con aplicar el derecho sino que también con administrar justicia (artículo 77 de la Constitución), lo que le autoriza, para - en su caso- declarar la improcedencia de los intereses cuestionados. En el evento de inaplicarse el precepto legal que sirve de título habilitante para su cobro, aquellos – entonces - pierden su justificación normativa. El acto de liquidación, por consiguiente, habrá de reflejar lo anterior. ([Volver](#))

2.- Rencoret con Orellana y otro. Corte Suprema, Rol N°30.006-2019, de 7 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra del alcalde subrogante y del director de la Unidad de Control, de la Municipalidad de Coinco, por diversas actuaciones cometidas entre el mes de noviembre de 2018 y el 8 de agosto de 2019, que afectan su condición de Juez Titular del Juzgado de Policía Local de Coinco y, con ello, lesionan su independencia e imparcialidad

Fundamento: *Séptimo: Que, tal y como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, “tratándose de los jueces de policía local el diseño de su independencia es particularmente delicado, toda vez que son funcionarios municipales (artículo 5° Ley N° 15.231), nombrados por el municipio a propuesta de la Corte de Apelaciones respectiva, previo concurso (artículo 4°)”.*

“Sin embargo, la ley se preocupa de establecer una serie de instrumentos destinados a lograr dicha independencia. Por de pronto, son independientes de toda autoridad municipal en el desempeño de sus funciones (artículo 8°). Enseguida, no pueden ser removidos ni separados por la municipalidad (artículo 8°). Asimismo, la municipalidad debe proporcionar todos los elementos de trabajo, los medios de movilización para su funcionamiento (artículo 56). Del mismo modo, están directamente sometidos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la respectiva Corte de Apelaciones (artículo 8°). Dicha Corte los califica (artículo 8°), pondera e1 informe de la municipalidad respecto a la eficiencia, celo y moralidad en el desempeño del cargo (artículo 8°). Además, la Corte de Apelaciones debe enviar antecedentes a la Corte Suprema para que, cuando proceda, formule declaración de mal comportamiento (artículo 8°). También, dicha Corte fija los días y horas de funcionamiento, previo informe del municipio (artículo 53) (...) como se observa, los jueces de policía local, si bien están insertos en la estructura municipal, tienen un control vía Corte de Apelaciones y Corte Suprema. Pero, ni uno de esos controles ni su inserción orgánica en el municipio, puede afectar ni comprometer su independencia” (STC Rol N° 2961-16-CAA y acumuladas, considerandos 21° y 22°).

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Octavo: Que, en estos autos, no existe discusión en cuanto a que el artículo 61 letra a) de la Ley N°18.883 contempla como obligación especial del alcalde y de los jefes de las unidades municipales, la de “ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”.

Sin embargo, es evidente que el control jerárquico del alcalde no se extiende, en caso alguno, a los jueces de policía local, puesto que el ordenamiento jurídico es claro al disponer que la dependencia de estos magistrados lo es con los tribunales ordinarios que forman parte del Poder Judicial de la República; específicamente, con la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 8° de la Ley N° 15.231) y con esta Corte Suprema (artículos 80 y 82 de la Carta Fundamental).

Noveno: Que, así las cosas, el conflicto planteado en esta sede cautelar se ha originado debido a la errada interpretación de los recurridos, acerca de lo que debe entenderse por “control jerárquico” de los jueces de policía local, toda vez que el alcalde y los directores de las unidades municipales carecen de atribuciones para “exigir explicaciones” a tales magistrados o para controlar el cumplimiento de sus deberes y, menos aún, la legalidad de sus actos, por la sencilla razón de que el control disciplinario es ejercido por la Corte de Apelaciones respectiva y por esta Corte Suprema. Entender lo contrario, supondría afectar severamente la independencia e imparcialidad con la que deben obrar los jueces de policía local y, con ello, lesionar uno de los fines esenciales de un Estado Constitucional de Derecho, como lo es la independencia e imparcialidad de los órganos que ejercen la función jurisdiccional.

Décimo: Que, en estas condiciones, fluye con nitidez que el acto impugnado, consistente en solicitar el recurrido señor Orellana explicaciones a la recurrente por su comportamiento y cumplimiento de sus deberes, como si la actora fuese una funcionaria de su dependencia y, por lo tanto, sometida a su control jerárquico y disciplinario, constituye un acto ilegal y arbitrario, que afecta la garantía de la igualdad ante la ley, y amenaza la independencia e imparcialidad con que debe desempeñarse la recurrente en el cumplimiento de la función jurisdiccional. ([Volver](#))

3.- Sciaraffia y otros con Municipalidad de Iquique. Corte Suprema, Rol N°15.613-2020, de 7 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Tres personas, jueces del 1°, 2° y 3° Juzgado de Policía Local de Iquique, dedujeron acción de protección en contra de la Municipalidad de Iquique, por la dictación por esa Entidad Edilicia del Reglamento N°1, de 19 de diciembre de 2019, que, en ejercicio de las atribuciones que al alcalde confieren los artículos 49 bis y 49 ter de la Ley N° 18.695, Crea Nueva Planta de Personal de la Ilustre Municipalidad de Iquique. En lo que importa para los presente autos, dicho reglamento modificó la planta municipal y encasilló a los actores en el grado 4° de la Planta Directiva, desconociendo que son titulares de un grado 3° de la referida planta desde sus respectivos nombramientos como jueces titulares de los Juzgados de Policía Local de Iquique ya individualizados.

Fundamento: Quinto: *Que la cuestión a dilucidar consiste, no en determinar si el alcalde tiene la facultad para fijar la planta municipal y encasillar a los funcionarios, o la naturaleza de esta potestad (completamente reglada o con elementos discrecionales), sino en cómo armonizar lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 16 de la Ley N°18.695, que obliga a mantener una diferencia de dos grados entre el alcalde y el cargo más alto de la planta directiva, y el inciso 3° del artículo 7 de la Ley N°18.883, en relación al artículo 4 literal VIII del Decreto Supremo N° 1695 de 2016, que prohíben no sólo la disminución de remuneraciones, sino también de grado respecto de los miembros de los diferentes escalafones del Municipio.*

Sexto: *Que, sobre el particular, conviene tener en cuenta que la Contraloría General de la República emitió el Dictamen N° 17.773, de 13 de julio de 2018, y posteriormente, mediante su Oficio N° 6.554 de 2019, actualizó las instrucciones impartidas a las municipalidades del país a través de ese dictamen N°17.773, en relación con el ejercicio de la facultad para fijar o modificar las plantas del personal municipal. En dichos pronunciamientos consideró que no puede existir solo un grado de diferencia entre el alcalde y el Juez de Policía Local en la planta municipal respectiva, de manera que entre ambos funcionarios debe haber, a lo menos, una diferencia de dos grados.*

El primer dictamen citado fue objeto de impugnación a través de un recurso de protección, siendo en definitiva rechazado el arbitrio por esta Corte Suprema en causa Rol N° 31.365-2018, por sentencia de 20 de marzo de 2019, básicamente por tres razones: a) El Contralor General se limitó a ejercer una potestad de la que se encuentra legal y constitucionalmente investido; b) La materia debatida, por su propia naturaleza, excede los márgenes de la acción de protección; y c) El dictamen señaló explícitamente que no operaba con efecto retroactivo, por lo que no puede afectar situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Séptimo: *Que, sin perjuicio de lo anterior, existe una diferencia fundamental entre el recurso de protección Rol N° 31.365-2018 y los presentes autos: mientras que en el primero se impugnó un dictamen del Contralor General de la República relativo a la interpretación de las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.922; en el caso de marras lo atacado es un reglamento dictado por el alcalde de la Municipalidad de Iquique que pretende fijar la planta de dicha corporación, y que en cumplimiento del Dictamen N°17.773 asigna al alcalde el grado 2° de la planta, rebajando en un grado a los Jueces de Policía Local de Iquique, quien pasarían del grado 3° que actualmente ostentan, al grado 4° que se prevé en la nueva reglamentación.*

Octavo: *Que, asentado lo anterior, es manifiesto que el acto impugnado es ilegal y arbitrario en la parte que amenaza con la reducción de grado de los Jueces de Policía Local de Iquique, puesto que pretende aplicar las facultades establecidas en los artículos 49 bis y 49 ter de la Ley N° 18.695 a partir de la doctrina contenida en el Dictamen N° 17.773 del Contralor General de la República, pero desconociendo aquella sección en que se prohíbe su aplicación retroactiva, esto es, que impide afectar*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia del dictamen, cuyo es el caso de los recurrentes.

Asimismo, el reglamento cuestionado no se hace cargo de la prohibición de modificación de grado establecida en el inciso tercero del artículo 7º de la Ley N° 18.883, que como se dijo también fue reformado por la Ley N° 20.922, y en el Decreto Supremo N° 1.675 de 2016, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública –que aprobó el reglamento que regula el procedimiento para establecer la categoría en que se ubicarán las municipalidades del país para efectos de determinar el rango de grados que corresponde asignar al cargo de alcalde dentro de la planta municipal respectiva–. El literal VIII del artículo 4º de este reglamento contempla idéntica prohibición, al señalar que: “La aplicación del mecanismo señalado en este artículo al fijar o modificar la planta de una municipalidad, no podrá significar una disminución de remuneraciones o grado al alcalde, o a algún miembro de cualquier escalafón de la municipalidad.”.

Por consiguiente, el acto impugnado carece de suficiente fundamentación, infringiendo -en esa parte- lo dispuesto en los artículos 11 inciso segundo y 41 inciso cuarto de la Ley N° 19.880, que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. En efecto, el primer precepto que acabamos de citar señala que: “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”. En tanto, el inciso cuarto del artículo 41 –ubicado en el Párrafo 4º, “Finalización del procedimiento”– indica, en lo que interesa que: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada.”, precepto que guarda armonía con el artículo 8º de la misma Ley N° 19.880, que regula el principio conclusivo, indicando que: “Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad.”.

Noveno: Que, en lo relativo al argumento de que el reglamento cuestionado fue tomado razón por la Contraloría General de la República y publicado en el Diario Oficial con fecha 31 de diciembre de 2019, es evidente que ello no obsta, en caso alguno, al ejercicio de las facultades conservadoras de derechos fundamentales de las que se encuentran investidos los Tribunales Superiores de Justicia, en especial esta Corte, por expreso mandato del artículo 20 de la Constitución Política de la República, siempre que se den los presupuestos allí establecidos y que le permitan adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, cuestión que acontece en el caso de marras. ([Volver](#))

4.- Gormaz con Ministerio de Salud y otros. Corte Suprema, Rol N°24.828-2020, de 8 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra del Ministerio de Salud, del Servicio de Salud Metropolitano Occidente y del Hospital San Juan de Dios,

por negarle el financiamiento del medicamento Palbociclib prescrito para el tratamiento del cáncer de mama etapa IV que padece.

Fundamento: Séptimo: *Que, al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N°43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos, que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos.*

Octavo: Que, en el indicado contexto, la negativa a proporcionar a la recurrente el acceso al fármaco fundamental para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión y en la etapa diagnosticada es frecuentemente mortal.

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

Décimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de la recurrente, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la actora no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que ella sufre y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Palbociclib, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento.

Undécimo: Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones

propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal.

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

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

Duodécimo: Que, por último, es preciso subrayar que tampoco se estima aceptable la alegación de los recurridos consistente en que el derecho a la vida, materia de estos autos, sólo puede ser vulnerado por actos positivos que amenacen, amaguen o ataquen directamente la vida de una persona, puesto que, como se desprende del propio texto del artículo 20 de la Carta Fundamental, la “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” a que allí se alude puede derivar tanto de “actos u omisiones”, sean éstos arbitrarios o ilegales. En esta perspectiva, aparece con nitidez que la indicada defensa carece de todo sustento normativo, de modo que no puede ser sino rechazada. ([Volver](#))

5.- Sinisterra con Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Corte Suprema, Rol N°50.696-2020, de 9 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona, por sí y en representación de su hijo menor de edad, dedujo acción de protección en contra del Departamento de Extranjería y Migración dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por la dictación de la Resolución Exenta N°147.104 de 31 de mayo de 2019, que rechazó su solicitud de regularización migratoria y otorga validez a la Resolución Afecta N°132 de 8 de abril de 2011 y a la Resolución Afecta N°62 de 16 de marzo de 2015, que ordenaron su expulsión del territorio nacional por infracción al Decreto Ley N°1094 de 1975.

Fundamento: *Cuarto: Que, asimismo, se hace necesario destacar que la expulsión no tiene en sí misma la naturaleza de una sanción penal (aunque podría tenerla y, de hecho, la tiene en el caso del artículo 34 de la Ley N° 18.216), sino que se trata de un acto de carácter administrativo. Además, los Estados gozan respecto de la expulsión de un importante margen de discrecionalidad. Sin embargo,*

es incuestionable que la facultad de expulsar extranjeros está sometida a limitaciones que emergen tanto del derecho interno como del derecho internacional.

Quinto: Que, tratándose del derecho internacional, algunos de esos límites dicen relación con “la prohibición del abuso de derecho, el principio de la buena fe, la prohibición de adoptar medidas arbitrarias, y el trato mínimo debido a los extranjeros. Igualmente, se ha afirmado que el derecho de expulsar debe ser ejercitado en los límites de su función y propósito, y que está sometido al requerimiento de justificación, aunque el Estado goce de un cierto margen de apreciación al respecto” (Fernando Arlettaz, La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Volumen 49, Issue 2016, página 17).

Otras limitaciones emanan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, el artículo 22 N° 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe en su artículo 13 que “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

Sexto: Que, en el derecho interno, los extranjeros gozan de todos los derechos garantizados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en igualdad de condiciones que los nacionales, salvo las distinciones expresamente establecidas por la ley. Interesa destacar, para los efectos del presente recurso, el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía un racional y justo procedimiento, previstos en los incisos 1° y 6° del numeral 3 del mencionado artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Desde el punto de vista legal, además de las disposiciones contenidas en el Decreto Ley de Extranjería, y siendo la expulsión una medida esencialmente de carácter administrativo, es claro que los actos que la dispongan deben cumplir con el estándar de fundamentación exigido por los artículos 11, inciso segundo, y 41, inciso cuarto, ambos de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado. Se debe reconocer, incluso, que el estándar de motivación es especialmente intenso cuando se refiere a la expulsión de extranjeros, no sólo porque se trata de un acto de contenido desfavorable para el administrado, sino, especialmente, debido a la normativa internacional que otorga protección a los migrantes.

Séptimo: Que, atendidos los contornos de la controversia, en la especie se ha producido lo que en doctrina se conoce como decaimiento del acto administrativo, respecto de las Resoluciones Afectas N°132 de 2011 y N° 62 de 2015, que en su momento ordenaron la expulsión de la recurrente del territorio nacional por infracción a lo dispuesto en el artículo 69 del Decreto Ley de Extranjería. Sobre el tópico, esta Corte ha sostenido que el decaimiento consiste en “(...) la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho, que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo” (CS Rol N° 7554-2015).

En el caso de marras tales circunstancias sobrevinientes son, indudablemente, el nacimiento del hijo de la actora, que sólo tiene dos años, por lo depende completamente de ella; y la situación de pandemia por COVID-19 que afecta a nuestro país y al mundo, manteniéndose cerradas las fronteras de la mayoría de los países, salvo casos excepcionales.

Octavo: Que, además, el fundamento esgrimido en la Resolución Exenta N° 147104 de 31 de mayo de 2019 para rechazar la solicitud de regularización migratoria de la recurrente, radica en la no presentación dentro de plazo del certificado de antecedentes penales de su país de origen, debidamente apostillado, por cuanto la invocación de los artículos 15 N° 17, 16 N° 2 y 69, todos del Decreto Ley de Extranjería, ya no resulta procedente, por haber operado a su respecto el decaimiento de los actos administrativos que le sirven de fundamento.

En este orden de consideraciones, consta en autos que la actora acompañó el certificado de antecedentes penales de su país de origen debidamente apostillado, por lo que corresponde que la Administración pondere el valor de dicho instrumento conforme a derecho, en el contexto del procedimiento de regularización migratoria antes mencionado, el que deberá reabrirse a fin de continuar su tramitación hasta su término, conforme con el principio conclusivo que orienta la sustanciación de los procedimientos administrativos de acuerdo con el artículo 8 de la Ley N° 19.880.

Noveno: Que, en ese contexto jurídico, resulta que el acto impugnado es ilegal, por cuanto declara la validez de dos resoluciones respecto de las cuales se ha producido el decaimiento del acto administrativo, debido a la variación sustancial de las circunstancias de hecho tenidas a la vista al decretarlas. En cualquier caso, el acto censurado es contrario a derecho en lo que atañe a la Resolución

Exenta N° 132 de 2011, desde que los efectos jurídicos de este acto administrativo se agotaron una vez que la recurrente salió del territorio nacional el año 2015, siendo irrelevante si el abandono del país lo fue de manera voluntaria o involuntaria.

Asimismo, el acto impugnado es arbitrario, toda vez que el plazo otorgado a la recurrente para acompañar el certificado de antecedentes penales de su país de origen es manifiestamente exiguo, siendo del caso añadir que la actora acompañó dicho instrumento, en los presentes autos, apareciendo datado el 10 de julio de 2019 y debidamente apostillado.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Décimo: Que las transgresiones constatadas vulneran la garantía de igualdad ante la ley, por cuanto la recurrida ha dado a la actora un trato diferenciado en relación a otros solicitantes, al declarar la vigencia e imperio de actos administrativos que han perdido su eficacia; y, por otro lado, ha otorgado un exiguo plazo a la protegida para acompañar antecedentes cuya obtención no resulta ágil ni expedita, por lo que se acogerá el recurso, pero no en los extremos decididos en el fallo en alzada, sino en la forma que se dirá en lo resolutivo. ([Volver](#))

6.- Cárdenas con Contraloría General de la República. Corte Suprema, Rol N°36.586-2019, de 9 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de la Contraloría General de la República, por la dictación de la Resolución N° 141 de 7 de mayo de 2019, que ordenó realizar descuentos en sus remuneraciones por la suma de 165,7218 U.T.M. pagaderas en 63 cuotas mensuales, iguales y sucesivas de 2,6305 U.T.M. cada una, además de un 12% de interés anual a favor del Fisco. Este acto administrativo fue dejado sin efecto por medio de la Resolución Exenta N° 371 de 5 de septiembre de 2019, que declaró la prescripción extintiva respecto de todas las asignaciones percibidas por la recurrente entre el 15 de septiembre de 2007 hasta el 25 de julio de 2013, ordenando la recurrida al Hospital Barros Luco Trudeau calcular el monto de las asignaciones percibidas fuera de ese período, para los efectos de su cobro.

Fundamento: *Sexto: Que, atendidos los contornos de la controversia, lo primero que se ha de precisar es que no existe discusión respecto de que la actora carecía del derecho a percibir la asignación de turno regulada en los artículos 94 y siguientes del D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, puesto que ingresó el Hospital Barros Luco Trudeau en septiembre de 2007 y conforme a lo dispuesto en el artículo 13 transitorio de la Ley N° 19.937, sólo los funcionarios que se encontraron en servicio al 24 de febrero de 2004, tenían derecho a percibir dicho emolumento. Tampoco hay controversia en cuanto a que el órgano contralor cuenta con las atribuciones legales y constitucionales para ordenar el reintegro de asignaciones percibidas indebidamente, facultad que ejerció en la especie respecto de la actora; y que, conforme al artículo 67 de la Ley N° 10.336, la Contraloría General detenta la potestad de condonación de obligaciones o, en subsidio, para reducir el monto de la deuda y otorgar parcialidades para su pago.*

Séptimo: Que, asentado lo anterior, el conflicto queda reducido a los siguientes tópicos: a) plazo de prescripción extintiva de la asignación de turno; b) buena fe de la recurrente; c) confianza legítima de que el pago de la referida asignación se encontraba ajustado a derecho; y d) si el ejercicio de la potestad discrecional establecida en el artículo 67 de la Ley N° 10.336 ha sido adecuadamente fundado, conforme a las exigencias contenidas en los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

Octavo: Que, en cuanto a la alegación relativa al plazo de prescripción extintiva, no cabe duda que se trata de una materia ajena a la naturaleza cautelar, excepcional y de urgencia inherente a la presente acción constitucional, no advirtiéndose, en cualquier caso, ilegalidad o arbitrariedad por parte del recurrido al acoger parcialmente la prescripción extintiva, circunscribiéndola al período de 5 años establecido en el artículo 2515 del Código Civil, pues dicho discernimiento resulta concordante con su jurisprudencia administrativa (Véase dictámenes N°1347 de 1993; N° 37.242 de 2012; N° 65.437 de 2016; y N°91.271 de 2016, entre otros).

Noveno: Que, en relación con la buena fe y confianza legítima invocadas como fundamento para percibir la asignación de turno, se debe precisar que la recurrida no las ha desconocido, ni en su informe como tampoco en las resoluciones atacadas, por lo que se debe entender que la funcionaria efectivamente ha procedido de buena fe y con la confianza legítima de que el pago de la asignación de turno era procedente conforme a derecho, más aun considerando el largo período en que las percibió sin que hubiese reparo u objeción alguna de la entidad de control.

Décimo: Que, en consecuencia, lo que esta Corte debe resolver es si la negativa de la recurrida a condonar la deuda no prescrita se encuentra ajustada a derecho, reconociendo que se trata de una potestad discrecional conforme se desprende del texto del artículo 67 de la Ley N° 10.336 que, en lo que interesa, establece:

“Salvo el caso de que la obligación derive de una sentencia judicial, el Contralor podrá, por resolución fundada, liberar total o parcialmente de la restitución o del pago de las remuneraciones a que se alude en los incisos anteriores, cuando, a su juicio, hubiere habido buena fe o justa causa de error.

Cuando en uso de sus facultades el Contralor General libere total o parcialmente a los funcionarios o ex funcionarios de la restitución de los valores que hubiesen percibido indebidamente, pero de buena fe, esta liberación alcanzará también a quienes hayan ordenado o efectuado el pago, salvo que el Contralor disponga lo contrario, atendidas las circunstancias especiales que en cada caso concurran”.

Undécimo: Que esta Corte ha sostenido reiteradamente que la potestad discrecional sólo puede ser ejercida con fines públicos, pues de lo contrario se incurre en la denominada desviación de fin o poder. Asimismo, los tribunales de justicia están habilitados para realizar un control de razonabilidad de la decisión, toda vez que no es admisible que una autoridad ejerza la facultad acudiendo al sólo capricho.

De esta manera, el control judicial del ejercicio de la facultad discrecional se proyecta en varios sentidos: a) que el acto cumpla con las exigencias previstas en la ley, cuestión que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza; b) que el órgano ejerza sus atribuciones con razonabilidad y de manera fundada; c) que la medida impuesta sea proporcional a la falta y sea establecida por la ley en forma previa a los hechos (proporcionalidad, legalidad y tipicidad); y d) que la facultad discrecional sea ejercida con fines públicos, sin incurrir en la desviación de fin o poder.

Duodécimo: Que, si se examina con detenimiento la Resolución Exenta N° 371 de 5 de septiembre de 2019 (que dejó sin efecto la Resolución N° 141 y acogió parcialmente la alegación de prescripción extintiva), se constata que en ella no existe ningún fundamento o razonamiento relativo a la buena fe y confianza legítima que ampara a la funcionaria recurrente, como tampoco al error en que incurrió la Administración al pagar indebidamente, durante más de diez años, la asignación de turno en su favor.

De hecho, la resolución impugnada se limita a expresar que “acoge parcialmente la solicitud de condonación”, sólo en atención a que la deuda se encontraba prescrita en el período comprendido entre el 15 de septiembre de 2007 y el 25 de junio de 2013; pero ello no constituye propiamente una “condonación”, sino antes bien, la estricta aplicación del derecho, pues de acuerdo al artículo 1567 del Código Civil la prescripción extintiva y la condonación son dos modos diferentes de extinguir obligaciones.

Décimo tercero: Que esta Corte ha sostenido invariablemente que la motivación del acto administrativo, por expreso mandato de los principios constitucionales y legales de publicidad y transparencia, supone la exposición clara y concreta de los motivos del acto administrativo.

En efecto, la motivación del acto administrativo, entendido como una resolución fundada, implica un examen riguroso de las razones que motivan el mismo, cuestión que supone analizar las razones concretas esgrimidas por la Administración. Además, la motivación debe incluir una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, indispensables para evaluar su razonabilidad y proporcionalidad.

Décimo cuarto: Que lo anterior significa que el acto administrativo debe basarse en motivos que han de ser explicitados, más allá de una mera cita de normas y hechos, mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, que exista coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse.

Décimo quinto: Que, bajo estos parámetros, es manifiesto que la Resolución Exenta N° 371 no satisface el estándar de fundamentación exigido por los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, siendo, por tanto, ilegal y arbitraria, al no expresar razón alguna por la cual se rechazó la solicitud de condonación total presentada por la recurrente, pese a que el artículo 67 de la Ley N° 10.336 dispone expresamente que el Contralor debe emitir un acto fundado, cuyo no ha sido el caso.

Décimo sexto: Que el acto ilegal y arbitrario constatado, vulnera la garantía de igualdad ante la ley y amenaza el derecho de propiedad de la recurrente, desde que, al carecer de fundamentación, la recurrida ha dado a la actora un trato diferenciado respecto de otros funcionarios públicos que sí han podido acceder a la condonación de la deuda en los términos del artículo 67 de la Ley N° 10.336, pudiendo citarse -a vía puramente ejemplar- los Dictámenes N°s 37.502 de 1998 y N° 28.193 de

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

2003, entre otros, en los cuales la Contraloría General de la República no ha exigido la devolución de sumas percibidas indebidamente, esgrimiendo en esos casos el error de la Administración y la buena fe del funcionario, en cuanto éste actuó en el convencimiento de que se ha procedido dentro de un ámbito de legitimidad. ([Volver](#))

7.- Navarro con Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso. Corte Suprema, Rol N°1462-2020, de 9 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona, por sí y en representación de las personas naturales y jurídicas que indica, dedujo acción de protección en contra del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso, por haber dictado la Resolución N° 23 de 3 de septiembre de 2019 que aprobó la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Edificio Estacionamiento Subterráneo Plaza Los Andes”, cuyo titular es Concesiones Los Andes S.A.

Fundamento: Sexto: *Que, en cuanto al motivo de ilegalidad denunciado en el recurso, se debe tener presente que el artículo 10 literal p) de la Ley N° 19.300 expresa: “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”.*

A su turno, el artículo 11 literal c) de aquella ley prescribe: “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: [...] c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. Por último, el literal f) de la misma disposición se refiere a la “f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”.

Séptimo: Que, por su parte, el artículo 131 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contenido en el D.S. N° 40/2012, inserto en el párrafo 3° -De los permisos ambientales sectoriales mixtos- dispone, en lo que interesa, que: “El permiso para realizar trabajos de conservación, reparación o restauración de Monumentos Históricos; para remover objetos que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico; para destruir, transformar o reparar un Monumento Histórico, o hacer construcciones en sus alrededores; o para excavar o edificar si el Monumento Histórico fuere un lugar o sitio eriazado, será el establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288, sobre monumentos nacionales”. El inciso tercero agrega: “El requisito para su otorgamiento consiste en proteger y/o conservar el patrimonio cultural de la categoría monumento histórico resguardando los valores por los que fue declarado”, detallando el inciso cuarto los contenidos técnicos y formales que deben presentarse para acreditar su cumplimiento.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

El artículo 132, en lo que importa, agrega: “El permiso para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico, será el establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 17.288 sobre monumentos nacionales. El requisito para su otorgamiento consiste en proteger y/o conservar el patrimonio cultural de la categoría monumento arqueológico, incluidos aquellos con valor antropológico o paleontológico”. Finalmente, el artículo 133 preceptúa: “El permiso para hacer construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, será el establecido en el artículo 30 N° 1 de la Ley N° 17.288, sobre monumentos nacionales. El requisito para su otorgamiento consiste en que la obra guarde relación con el estilo arquitectónico general de las zonas típicas o pintorescas que se afectarán, manteniéndose el valor ambiental por el cual fueron declaradas”.

Octavo: Que, para resolver, es preciso considerar que en el Oficio N° 3648 de 20 de agosto de 2019, el Consejo de Monumentos Nacionales no dio por superadas las observaciones relativas al “componente arquitectónico” del proyecto presentado por Concesiones Los Andes S.A., establecido en el artículo 131 del D.S. N° 40/2012; y, en cuanto al componente “intervención en sitio arqueológico”, a que se refiere el artículo 132, así como el relativo a la “intervención en zona típica” previsto en su artículo 133, si bien señaló su conformidad con los antecedentes presentados por el titular, en definitiva sujetó su tramitación a una decisión del Consejo de Monumentos Nacionales posterior a la autorización del Servicio de Evaluación Ambiental.

Noveno: Que, contrario a lo desarrollado por los jueces de primer grado, de la interpretación armónica, sistemática y finalista de los preceptos legales y reglamentarios transcritos en las motivaciones que anteceden, especialmente de los artículos 131, 132 y 133 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en relación con el artículo 30 de la Ley N°17.288, es manifiesto que la tramitación ante el Consejo de Monumentos Nacionales, conforme a la propia redacción de las normas citadas, sólo puede ser previa a la dictación de la resolución de término de aprobación o rechazo de una Declaración de Impacto Ambiental por parte del Servicio de Evaluación Ambiental, toda vez que precisamente en tales disposiciones el legislador ha establecido los estándares exigidos y los permisos ambientales sectoriales indispensables para la aprobación de un proyecto que se desarrolla en los alrededores de un Monumento Histórico y de una Zona Típica, como ocurre en la especie, en que las obras del proyecto se encuentran a 7,5 metros del edificio de la Gobernación Provincial de Los Andes, y en el Centro Histórico de la misma ciudad.

Décimo: Que no obsta a la conclusión anterior lo prevenido en el inciso segundo del artículo 58 del D.S. N° 40/2012, en cuanto dispone que: “En caso que la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo, según corresponda, no pueda pronunciarse sobre la Declaración de Impacto Ambiental en razón de la falta de otorgamiento de algún permiso o pronunciamiento sectorial ambiental, requerirá al organismo de la Administración del Estado responsable para que, en el plazo de diez días, emita el permiso o pronunciamiento. Vencido este plazo, el permiso faltante se tendrá por otorgado

favorablemente”, toda vez que en la especie el Consejo de Monumentos Nacionales ya se había pronunciado en varias oportunidades, formulando diversas y serias observaciones al proyecto, por lo que la regla en comento no resulta aplicable al caso de marras. Por el contrario, dada la relevancia de las observaciones planteadas por el CMN, lo razonable era esperar el pronunciamiento final de este último organismo, conclusión que guarda armonía con el precepto contenido en el artículo 30 de la Ley N° 17.288 y con los artículos 131, 132 y 133 del mismo D.S N° 40/2012, atendido el carácter especial de estos últimos.

Undécimo: Que, por lo demás, la interpretación anterior es la única que concreta los principios preventivo y precautorio en materia ambiental, ampliamente reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de esta Corte Suprema (Roles N° 3141-2012, 197-2019 y N° 5888-2019, entre otros). Como es sabido, el principio preventivo está definido en el Mensaje de la Ley N° 19.300 como aquel que “[...] pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales”, agregando el Mensaje que “[...] no es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”. Por su parte, el principio precautorio, si bien no se encuentra definido en la Ley N°19.300, sí aparece en la Declaración de Río de Janeiro, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, sobre la base de tres elementos fundamentales: a) peligro de daño grave e irreversible; b) falta de certeza científica absoluta; y c) proporcionalidad (principio N° 15). Si bien este último instrumento internacional forma parte de lo que en doctrina se conoce como soft law y, por lo tanto, su aplicación directa y fuerza vinculante resulta discutible, no cabe duda que sirve como guía u orientación respecto de la interpretación y aplicación de la normativa ambiental interna.

Duodécimo: Que, de la manera en que se reflexiona, al no haber esperado el Servicio de Evaluación Ambiental el informe final del Consejo de Monumentos Nacionales, pese al número y entidad de las observaciones formuladas por dicha repartición pública a la Declaración de Impacto Ambiental presentada por Concesiones Los Andes S.A., considerando la posible afectación de un Monumento Histórico y de una Zona Típica, la omisión deviene en ilegal, resultando lesivo para el derecho de la parte recurrente de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental. ([Volver](#))

8.- Dimitstein con Hermosilla. Corte Suprema, Rol N°69.656-2020, de 10 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de otra, en su calidad de funcionaria de la Municipalidad de Arica y fiscal designada en un sumario administrativo seguido en su contra, impugnando la Resolución N°02/2020, de fecha 23 de marzo último, mediante la cual fue suspendida de sus funciones, a fin de evitar malos tratos y acoso laboral a sus funcionarios, el que, además, estimaba que la otra alternativa concedida por el artículo 134 del Estatuto Administrativo – esto es, destinarla a otras labores

– no resultaba factible atendido el cargo de Directora de Obras Municipales que desempeñaba.

Fundamento: Quinto: *[L]a acción de protección constituye la adjetivación del principio cautelar o principio protector que tiene rango constitucional, en cuya virtud la Administración del Justicia tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias que permitan a las personas ejercer sus derechos en plenitud, para lo cual se les permite adoptar decisiones extraordinarias que posibiliten restablecer el equilibrio, cuando el ejercicio de dichos derechos se vea amenazado, perturbado o amagado por acciones u omisiones de terceros. Tenemos así que, al constituir el mencionado, un principio deber, impone una obligación a esta Corte de disponer todo aquello que sea conducente, cuando se dan las circunstancias fácticas que así lo exigen.*

Sexto: *Que dicho presupuesto se presenta de manera excepcionalísima en el presente caso, por cuanto, si bien la suspensión de las funciones de la actora constituye un acto trámite, en tanto fue decretada a título de medida cautelar, en el marco de un sumario administrativo que se sigue en su contra y que aún no cuenta con una decisión final, no es posible soslayar que tal suspensión se dispuso a casi un año y medio de iniciada la investigación, circunstancia que la torna en arbitraria e ilegal, por cuanto no es posible entender de qué forma los presupuestos que motivan la necesidad de cautela solamente se dan en esta oportunidad y no se verificaron en el largo período durante el cual se ha extendido el procedimiento.*

En otras palabras, el carácter prolongado del sumario administrativo unido a la circunstancia de que solamente luego de haberse excedido con creces un término razonable para la duración de la investigación se hubiere decretado una medida cautelar, esgrimiendo para ello un estado de cosas que se viene presentando hace más de un año, torna a la suspensión en vulneratoria del derecho fundamental de la actora de igualdad ante la ley, por cuanto la deja en una situación desmejorada en relación a otros funcionarios que han podido ser juzgados en un plazo razonable.

Séptimo: *Que, en consecuencia y atendido lo expuesto precedentemente, corresponde el acogimiento del recurso, conjuntamente con la pronta conclusión del tantas veces referido sumario administrativo.*

En este contexto, no pierde esta Corte de vista que parte de aquella demora está motivada por la circunstancia de haberse acumulado a la presente, otras investigaciones por hechos ocurridos con posterioridad, razón por la cual, de verificarse nuevamente dicha situación, la indagatoria respectiva deberá tramitarse separadamente. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- Universidad de Chile, declaración de intereses y patrimonio, integrantes consejo universitario. Dictamen N°E33.654, de 4 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: El rector de la Universidad de Chile pidió un pronunciamiento sobre la aplicación del artículo 4°, N° 12, de la ley N° 20.880 -que exige presentar una declaración de intereses y patrimonio (DIP) a los rectores y miembros de las juntas directivas de las universidades del Estado-, respecto de los integrantes del Consejo Universitario de esa casa de estudios, y en particular, a los representantes de la Presidencia de la República ante dicha instancia.

Fundamento: *Sobre el particular, es necesario hacer presente que conforme lo dispone el número 12 del artículo 4° de la ley N° 20.880, están obligados a efectuar DIP, los rectores y miembros de las juntas directivas de las universidades del Estado, norma que en idéntico tenor se encuentra en el artículo 2, N° 12, del reglamento de esa ley, aprobado mediante el decreto N° 2, de 2016, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.*

Luego, el artículo 5° de la recién citada ley prescribe que la DIP deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes de la fecha de asunción del cargo y, además, deberá ser actualizada anualmente, durante el mes de marzo, y dentro de los treinta días posteriores a concluir sus funciones.

A continuación, el inciso primero de su artículo 11 prescribe que si la persona obligada a efectuar o actualizar la DIP no la realiza dentro del plazo dispuesto para ello o la efectúa de manera incompleta o inexacta, esta Entidad Fiscalizadora, de oficio o a petición fundada de cualquier interesado, deberá apercibir al infractor para que la realice o rectifique dentro del plazo que indica.

Seguidamente, el mismo inciso se refiere a la formulación de cargos por la Contraloría General si se mantuviera el incumplimiento tras el apercibimiento y a la eventual aplicación de una multa como sanción.

Por su parte, el inciso primero del artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 3, de 2006, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto N° 153, de 1981, que establece los Estatutos de la Universidad de Chile, dispone que el Rector, el Consejo Universitario y el Senado Universitario son los órganos superiores de esa casa de estudios, encargados de dirigir, gestionar, normar y proyectar la entidad, estableciendo las políticas generales en procura del cumplimiento de su misión, recayendo en los dos primeros, además, la responsabilidad de ejercer las funciones ejecutivas.

Enseguida, el artículo 22 de dicho texto legal señala, en lo que interesa, que el Consejo Universitario es el órgano colegiado de carácter ejecutivo de la Universidad de Chile. Agrega que será integrado por el Rector, el Prorector, los Decanos y dos representantes del Presidente de la República.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Asimismo, se debe recordar que a través del artículo único, letras a) y b), del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1989, del entonces Ministerio de Educación Pública, se modificaron los estatutos de la Universidad de Chile vigentes a dicha época -aprobados por el aludido decreto con fuerza de ley N°153, de 1981-, sustituyendo su Junta Directiva por un Consejo Universitario.

Por otro lado, cabe precisar, en armonía con el criterio contenido en el dictamen N° 22.647, de 1990, de este origen, que el legislador ha contemplado para las universidades estatales un sistema especial de organización y funcionamiento que aparece fundamentado en la naturaleza y autonomía que es propia de esas entidades, y que uno de los elementos básicos de ese sistema es la existencia de un régimen de cogobierno que se ejerce por una autoridad unipersonal central, que es el Rector, y por uno o más órganos superiores colegiados, entre los cuales se contempla un órgano de carácter ejecutivo integrado entre otros, por miembros que representan al Poder Ejecutivo.

Añade dicho pronunciamiento que a este órgano pluripersonal le compete, en la forma y de acuerdo a los procedimientos que los respectivos estatutos prevén, participar, en conjunto con el Rector, en la adopción de las decisiones de mayor importancia para la pertinente corporación.

En tal contexto, cabe advertir que para la aplicación del citado artículo 4°, N° 12, de la ley N° 20.880, debe estarse al órgano colegiado de carácter ejecutivo en el pertinente centro de estudios superiores, cualquiera sea el nombre con el que se la haya denominado, sin que se advierta, como lo alega el recurrente, que el legislador haya querido dejar al margen de la obligación consagrada en dicho precepto a los miembros del órgano colegiado de carácter ejecutivo de la Universidad de Chile, y no a aquellos pertenecientes a otras universidades estatales.

En tal sentido, es que mediante los oficios Nos 31.503; 31.504; 31.505 y 31.506, todos de 2019, esta Contraloría General apercibió a doña Cecilia Albala Brevis, don Sergio Bitar Chacra, doña María Loreto Cox Alcaíno y don Álvaro Fischer Abeliuk, para que realizaran sus DIP dentro del plazo que indica en virtud del artículo 4°, N° 12, de la ley N° 20.880, considerando su actualización periódica y la asunción o el alejamiento del cargo de miembro del Consejo Universitario de la Universidad de Chile, según corresponda, en la calidad de representante del Presidente de la República, sin que conste que estos hayan regularizado dicha situación, según lo ha informado la Unidad de Análisis de DIP de esta Entidad de Control.

Además, se advierte que a través de los oficios Nos 31.498; 31.499; 31.500; 31.501 y 31.502, todos de 2019, de este origen, se apercibió a don Víctor Cifuentes Guzmán, Manuel Agosin Trumper, Patricio Aceituno Gutiérrez, Davor Harasic Yaksic e Irene Morales Bozo, para que realizaran sus DIP dentro del plazo que indica en virtud del artículo 4°, N° 12, de la ley N° 20.880, considerando la asunción o el alejamiento del cargo de miembro del Consejo Universitario de la anotada universidad, en la calidad de Decanos de las pertinentes Facultades, quienes dieron cumplimiento a dicho apercibimiento, salvo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

el caso del señor Agosin Trumper, quien lo habría realizado parcialmente, según lo ha informado la mencionada Unidad de Análisis de DIP.

En consecuencia, es menester concluir que conforme a lo mandado por el N° 12 del artículo 4° de la ley N° 20.880, los miembros del Consejo Universitario de la Universidad de Chile están obligados a realizar una DIP, lo que incluye por cierto a los representantes del Presidente de la República ante dicha instancia. ([Volver](#))

2.- COVID-19, Servicio de Salud, obras públicas, caso fortuito o fuerza mayor, aumento plazo, procedencia pago indemnización por mayores gastos generales, requisitos. Dictamen N°E33.656, de 4 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: El Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente consultó acerca de la procedencia de pagar una indemnización por mayores gastos generales en razón del aumento del plazo del convenio que pudiere otorgar por dichas circunstancias. Ello en el contexto del programa de trabajo del contrato “Construcción SAR Nueva Extremadura, La Pintana” el cual se habría visto afectado, ya que la obra tiene a la fecha un 30% de los trabajadores positivo por COVID-19 y parte importante del equipo directivo se encontraría en cuarentena.

Fundamento: *En ese contexto, resulta menester advertir que el convenio de la especie -adjudicado a través de la resolución exenta N° 3.477, de 2019, del organismo recurrente, a la unión temporal de proveedores que indica- se rige por las bases administrativas tipo para la ejecución de los proyectos de construcción, habilitación, reposición o remodelación de infraestructura en salud, aprobadas mediante la resolución N° 1, de 2013, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales.*

De este modo, y en relación con la materia, ese pliego rector previene, en su N° 7.2 “Aspectos básicos del contrato”, acápite “Plazo para la ejecución de la Obra”, que “Este plazo podrá ser prorrogado por resolución fundada del Servicio, incluyéndose como causales el caso fortuito o fuerza mayor”, agregando, a continuación, que “Cuando el mejor cumplimiento de las finalidades institucionales lo aconsejen, el Servicio, a recomendación de la Inspección Técnica, podrá modificar el programa de trabajo, indemnizando al contratista -sólo en este caso y si procediere- los mayores gastos generales proporcionales al aumento de plazo en que se incurra”.

Por otra parte, es del caso consignar que el acápite “Pago de indemnización diaria” del mismo numeral 7.2 dispone, en lo que importa, que “En el caso de que derivado de una orden del Servicio, el programa de obra se impacte, sin modificación en las cantidades de obra, extendiéndose el plazo más allá de lo establecido en el programa de obra aceptado por ambas partes y visado por el ITO, el Contratista tendrá derecho al pago de una indemnización, que se calculará por día, y será equivalente al cociente que resulte de dividir los Gastos Generales establecidos en la oferta presentada para la licitación (anexo N° 9) por el Plazo de Ejecución de la Obra”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Pues bien, de la normativa citada es posible colegir, en primer término, que frente a una situación de fuerza mayor o caso fortuito que afecte la ejecución de los trabajos, ese servicio se encuentra facultado para prorrogar el plazo contractual.

Asimismo, que la indemnización por mayores gastos generales solo resulta procedente tratándose de aumentos de plazo que deriven de modificaciones del programa de trabajo dispuestas mediante una orden del servicio en las condiciones que se señalan, de modo que las prórrogas derivadas de otras circunstancias no dan derecho a esa compensación.

En consecuencia, y en relación con la consulta que se formula, no cabe sino concluir que en la medida que las circunstancias expuestas sean calificadas por esa repartición como caso fortuito o fuerza mayor, corresponde que se otorgue a la contratista un aumento del plazo del contrato mediante una resolución fundada, el cual, sin embargo, no da derecho al pago de la indemnización señalada.

[\(Volver\)](#)

3.- Secretaría Regional Ministerial de Salud, autorización almacenamiento transitorio residuos peligrosos, cumplimiento requisitos. Dictamen N°E33.651 de 4 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona reclamó en contra de la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Salud de Coquimbo, por negarse a otorgar la autorización necesaria para que su empresa pueda almacenar de manera transitoria residuos peligrosos -para realizar operaciones de pretratamiento para su valorización-, pese a que, según afirma, dio cumplimiento a los requisitos exigidos al efecto y ya se han entregado permisos de ese tipo a otras empresas del rubro.

Fundamento: *Sobre el particular, conviene recordar que de acuerdo con el artículo 67 del Código Sanitario -aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 725, de 1967, del entonces Ministerio de Salud Pública-, corresponde al Servicio Nacional de Salud -actualmente las SEREMIS de Salud- velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes en conformidad a sus disposiciones y sus reglamentos.*

Agrega ese cuerpo normativo, en su artículo 78, que el reglamento fijará las condiciones de saneamiento y seguridad relativas a la acumulación, selección, industrialización, comercio o disposición final de basuras y desperdicios; y en su artículo 80, que corresponde a las SEREMIS de Salud autorizar la instalación y vigilar el funcionamiento de todo lugar destinado a tales fines.

Asimismo, el artículo 90 del referido Código Sanitario dispone que el reglamento fijará las condiciones en que podrá realizarse la producción, importación, expendio, tenencia, transporte, distribución, utilización y eliminación de las sustancias tóxicas y productos peligrosos de carácter corrosivo o

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

irritante, inflamable o comburente; explosivos de uso pirotécnico y demás sustancias que signifiquen un riesgo para la salud, la seguridad o el bienestar de los seres humanos y animales.

En este contexto se dictó el decreto N° 148, de 2003, del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos, el cual establece las condiciones sanitarias y de seguridad mínimas a que debe someterse la generación, tenencia, almacenamiento, transporte, tratamiento, reuso, reciclaje, disposición final y otras formas de eliminación de los residuos peligrosos.

El artículo 3° de dicho reglamento define el “Manejo” como “todas las operaciones a las que se somete un residuo peligroso luego de su generación, incluyendo, entre otras, su almacenamiento, transporte y eliminación”; mientras que su artículo 27, citado por la respectiva SEREMI de Salud como fundamento para negar la autorización por la que se reclama, contempla las acciones que son de responsabilidad del generador afecto a un plan de manejo de residuos peligrosos que encomiende a terceros su transporte y/o eliminación.

Por su parte, el Título IV de ese texto reglamentario regula el almacenamiento de los residuos de que se trata -que de conformidad con el citado artículo 3° se refiere a la conservación de los mismos en un sitio y por un lapso determinado-. Dispone así, en su artículo 29, que todo sitio destinado al almacenamiento de residuos peligrosos deberá contar con la correspondiente autorización sanitaria de instalación, a menos que este se encuentre incluido en la autorización sanitaria de la actividad principal; en su artículo 31, que el período de almacenamiento no podrá exceder de 6 meses; y en su artículo 33, las condiciones que deben cumplir los sitios donde se realice el almacenamiento.

Luego, si bien las disposiciones del aludido reglamento prevén que el generador puede encargar a terceros el transporte o la eliminación de los respectivos residuos, sin aludir a su almacenamiento, la regulación que contiene en relación con esta última actividad es de carácter general, sin distinciones.

Ahora bien, la ley N° 20.920, según señala su artículo 1°, fue dictada con el objeto de disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor y otros instrumentos de gestión de residuos, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente, siendo uno de los principios que la inspiran, de conformidad con su artículo 2°, letra d) -en relación con su artículo 4°-, el de jerarquía en el manejo de residuos, que establece un orden de preferencia que considera como primera alternativa la prevención en la generación de residuos, luego la reutilización, el reciclaje de los mismos o de uno o más de sus componentes y la valorización energética de aquellos, dejando como última opción su eliminación.

En este orden de ideas, el artículo 3° de dicho cuerpo normativo incorpora en su numeral 30) el concepto de “Valorización”, como el “Conjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y, o el poder calorífico de los mismos. La valorización

comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética”. Define también ese precepto, en lo que interesa, las nociones de “Preparación para la reutilización”, “Pretratamiento”, “Reciclaje”, “Recolección” y “Tratamiento”, entendiéndose por este último las “Operaciones de valorización y eliminación de residuos”.

Por su parte, el artículo 5° del texto legal que se analiza, establece que todo generador de residuos deberá entregarlos a un gestor autorizado para su tratamiento, de acuerdo con la normativa vigente, salvo que proceda a manejarlos por sí mismo en conformidad al artículo siguiente. Agrega que el almacenamiento de tales residuos deberá igualmente cumplir con la normativa vigente.

Como es posible advertir, en virtud de la ley N° 20.920, los residuos, tanto peligrosos como no peligrosos, pueden ser entregados por su generador no solo para ser transportados o eliminados, sino también para ser valorizados, permitiéndose su almacenamiento, en términos generales, si se da cumplimiento a la normativa vigente, que en el caso de los residuos peligrosos está contenida en el decreto N° 148, de 2003, del Ministerio de Salud, a que se ha hecho referencia precedentemente.

Luego, y teniendo en consideración que, según se ha señalado, el sistema y principios que contempla la citada ley N° 20.920, pretende fomentar todo tipo de valorización de residuos con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente, no corresponde que se niegue una solicitud de autorización de almacenamiento de residuos peligrosos por la sola circunstancia de que quien realice la actividad no sea su generador, especialmente si la respectiva empresa está destinada a llevar a cabo el pretratamiento de los mismos para su valorización, pues ello implicaría, en definitiva, que por la vía de interpretar una norma de carácter reglamentario se vulnere el aludido texto legal.

En consecuencia, resulta procedente otorgar la autorización para el almacenamiento transitorio de residuos peligrosos que son generados por terceros o empresas externas, si quien la solicita da cumplimiento a los requisitos que al efecto contempla el mencionado decreto N° 148, de 2003.

La circunstancia de que el artículo 35 de la citada ley N° 20.920 encargue a un reglamento la regulación específica de un procedimiento simplificado, los plazos, las condiciones y los requisitos para la autorización sanitaria de las labores de recolección y las instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos, peligrosos y no peligrosos, de productos prioritarios, desarrolladas por un gestor autorizado y registrado acorde con dicho texto legal, no obsta a lo señalado, si se considera que tal encargo se refiere únicamente a la regulación del procedimiento respectivo y que, por lo demás, su dictación y las eventuales modificaciones que se realicen al aludido decreto N° 148, de 2003, no pueden condicionar el cumplimiento de la ley cuando esta no ha limitado su vigencia (aplica criterio contenido en el dictamen N° 3.888, de 2004). ([Volver](#))

4.- CONAF, naturaleza jurídica, potestades públicas, financiamiento presupuesto público, normativa aplicable, principios constitucionales aplicables. Dictamen N°E33.624 de 4 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: El Prosecretario de la Cámara de Diputados remitió una consulta efectuada por un diputado respecto de la jurisprudencia administrativa de este origen en materia de publicidad y plazos relativos a los planes de manejo y planes de trabajo contemplados en la ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, y los planes de manejo regulados en el decreto ley N° 701, de 1974, sobre Fomento Forestal, en relación con la aplicación supletoria de la ley N° 19.880.

Fundamento: *Al respecto, la ley N° 20.283 en su artículo 2º, N° 18, define el plan de manejo como el instrumento que, reuniendo los requisitos exigidos, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos. En tanto, la definición de plan de trabajo se encuentra contemplada en el artículo 1º, letra j), del reglamento general de dicho cuerpo legal, contenido en el decreto N° 93, de 2008, del Ministerio de Agricultura, estableciendo que es el instrumento que regula la corta, destrucción o despejado de las formaciones xerofíticas de un terreno determinado, procurando el resguardo de la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos.*

A su vez, el artículo 5º de la ley señala que “Toda acción de corta de bosque nativo, cualquiera sea el tipo de terreno en que éste se encuentre, deberá hacerse previo plan de manejo aprobado por la Corporación. Deberá cumplir, además, con lo prescrito en el decreto ley N° 701, de 1974. Los planes de manejo aprobados deberán ser de carácter público y estar disponibles en la página web de la Corporación para quien lo solicite”. El plazo de que dispone esa Corporación para pronunciarse sobre un plan de manejo, así como el efecto de la falta de pronunciamiento se encuentran consignados en el artículo 8º de la citada ley.

En materia de publicidad, el artículo 9º del mismo cuerpo normativo prescribe que la CONAF deberá llevar una nómina o sistema de información, consolidado por provincias, ambos de carácter público, en los que consten los planes de manejo aprobados, y certificará su existencia respecto de un determinado predio a quien lo solicite. La información que debe contener este registro, se encuentra establecida en el artículo 29 del citado reglamento.

Por su parte, el artículo 60 de la ley preceptúa que la corta, destrucción o despejado de formaciones xerofíticas requerirán de un plan de trabajo previamente aprobado por la CONAF, que deberá considerar las normas de protección ambiental ahí señaladas. A su vez, el artículo 6º del reglamento aludido establece que la CONAF deberá pronunciarse sobre la aprobación o rechazo de la solicitud de planes de trabajo, en un plazo no superior a los 45 días hábiles, contado desde la fecha de ingreso de la solicitud a la Corporación.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Finalmente, el artículo 62 de ese cuerpo legal precisa que en todas aquellas materias que no se encuentren expresamente reguladas en el mismo, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la ley N° 19.880.

A su turno, el artículo 2° del decreto ley N° 701, de 1974 -cuyo texto fue sustituido por el decreto ley N° 2.565, de 1979- define el plan de manejo como el instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, regula el uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables de un terreno determinado, con el fin de obtener el máximo beneficio de ellos, asegurando al mismo tiempo la preservación, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de dichos recursos y su ecosistema. Por su parte, sus artículos 8° y siguientes se dedican a regular los plazos del pronunciamiento y la consecuencia de su omisión dentro de dichos lapsos.

A diferencia de la ley N° 20.283, el decreto ley N° 701 de 1974, no considera su integración mediante las disposiciones de la ley N° 19.880.

En relación con este último texto legal, el inciso primero de su artículo 1° prevé su aplicación supletoria en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales. Luego, el inciso primero del artículo 2° fija su ámbito subjetivo de aplicación, al señalar que “Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades”.

En ese contexto normativo, la jurisprudencia administrativa de esta proveniencia - contenida, entre otros, en los dictámenes Nos 13.203 y 53.157, de 1975; 12.726, de 1995; 15.851, de 2006; 75.374, de 2013; 5.326, de 2018- ha venido sosteniendo que la CONAF mantiene la calidad de corporación de derecho privado, sin que integre la Administración del Estado. Producto de lo anterior, mediante sus dictámenes Nos 24.058, de 2007 y 77.837, de 2015, esta Contraloría General ha manifestado que no procede aplicar respecto de dicha Corporación la normativa de la ley N° 19.880, en atención a su naturaleza jurídica. Lo anterior, por cierto, a menos que una ley expresamente disponga lo contrario, como precisamente acontece con la ley N° 20.283, tal como se indicara en el dictamen N° 44.125, de 2009.

Sin embargo, se ha estimado pertinente efectuar un reestudio de la materia, teniendo en consideración la necesaria aplicación del principio de realidad que debe orientar la labor interpretativa del Derecho Administrativo y la búsqueda de soluciones interpretativas que armonicen y uniformen el actuar de las entidades a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones.

En efecto, desde la dimensión orgánica, cabe recordar que CONAF integra el denominado Sector Público por expresa disposición del artículo 2° del decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado. De igual modo, cuenta con una planta de personal fijada por

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

el decreto con fuerza de ley N° 1.181, de 1977, del Ministerio de Hacienda. Sus vehículos se rigen por el decreto ley N° 799, de 1974, que establece normas que regulan el uso y circulación de vehículos estatales. Por último, sus recursos se contienen anualmente en la respectiva Ley de Presupuestos del Sector Público.

Desde la perspectiva funcional, en tanto, corresponde a CONAF la ejecución de acciones orientadas a la satisfacción de necesidades públicas, debiendo, en virtud de lo dispuesto en la letra i) del artículo 3° de sus Estatutos, cumplir las funciones que los diversos cuerpos normativos le hayan encomendado. Entre ellas, el legislador ha asignado a dicha Corporación funciones de naturaleza pública, atribuyéndole un conjunto de potestades o prerrogativas para su cumplimiento. Esto es precisamente lo que sucede con la ley N°20.283 y con el decreto ley N° 701, de 1974.

En esos términos ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 1.024, de 2008 -acerca del proyecto de ley aprobado sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal-, la que en sus considerandos octavo a vigesimotercero, analiza la naturaleza jurídica de CONAF, concluyendo que dicha Corporación es un organismo técnico que ejerce funciones públicas -tal como lo ha señalado reiteradamente la Contraloría General de la República-, declarando la constitucionalidad de las disposiciones que le asignan funciones cuyo cumplimiento envuelve ciertamente el ejercicio de potestades públicas.

En suma, se trata de una institución que, aunque formada bajo el derecho privado, ha sido creada por el Estado para la satisfacción de necesidades de la comunidad, con un reconocimiento legal que se consagra, precisamente a partir de la dictación del decreto ley N° 701, de 1974, para cuyo efecto le han sido atribuidas potestades públicas, siendo financiada a través de los recursos que se consultan anualmente en la Ley de Presupuestos del Sector Público. De esta manera, y no desarrollando CONAF actividades económicas que justifiquen la exclusión del Derecho Administrativo, procede concluir que esa entidad se enmarca en el concepto de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Como consecuencia de lo anterior, resulta aplicable la ley N° 19.880 a los procedimientos desarrollados por esa Corporación, en su condición de órgano público de carácter técnico, incluyendo no solo a aquellos enmarcados en la ley N° 20.283, sino también a los previstos en el decreto ley N°701, de 1974, en cualquier caso, con el carácter supletorio fijado por su artículo 1°. Entender lo contrario, es decir, que los primeros se sujetarían a la citada ley N° 19.880, mientras que los segundos no, atentaría contra la unidad del régimen de actuación de CONAF, frustrando los fines de la regulación del procedimiento administrativo en cuanto garantía de los derechos de los interesados y como mecanismo para la obtención de decisiones públicas acertadas.

Por las razones antedichas cabe también concluir que los principios constitucionales de transparencia y publicidad, como también el de probidad administrativa, previstos en el artículo 8° de la

Constitución Política, resultan aplicables a la Corporación Nacional Forestal (aplica criterio contenido en los dictámenes Nos 5.665, de 2014; 328, de 2016; y 13.699, de 2018, entre otros). (Volver)

5.- Ministerio del Medio Ambiente, dieta integrantes Consejo Directivo administración Área Marina Costera Protegida de Múltiples usos Rapa Nui, arriendo oficina, falta de autorización legal, principio de legalidad del gasto público. Dictamen N°E33.625 de 4 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: El Subsecretario del Medio Ambiente consultó sobre la procedencia de financiar una dieta y oficina, y con cargo a qué glosa, para ciertos integrantes del Consejo Directivo para la administración del Área Marina Costera Protegida de Múltiples Usos Rapa Nui (AMCP-MU), lo cual se le solicitó por aquellos en su calidad de Secretaría Técnica del Consejo Directivo de tal área, según lo establecido en acta de la 1° reunión de ese cuerpo colegiado.

Fundamento: *Sobre el particular, el artículo 70 de la ley N° 19.300 -Sobre Bases Generales del Medio Ambiente- prevé en sus letras c), l), v) y z), que corresponderá al Ministerio del Medio Ambiente (MMA) proponer las políticas, planes, programas, normas y supervigilar las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos; participar en la elaboración de los presupuestos ambientales sectoriales, promoviendo su coherencia con la política ambiental nacional; financiar proyectos y actividades orientados a la protección del medio ambiente, el desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza, la conservación del patrimonio ambiental, la educación ambiental y la participación ciudadana; y asumir todas las demás funciones y atribuciones que la ley le encomiende, respectivamente.*

Luego, la letra c) del artículo 71 establece que será función del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad proponer al Presidente de la República la creación de las Áreas Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza y de las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos.

En este contexto, el artículo 1° del decreto N° 10, de 2018, del MMA, creó la anotada AMCP-MU en el mar territorial y la zona económica exclusiva de la Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez, Provincia de Isla de Pascua, Región de Valparaíso. Enseguida, su artículo 4° puntualiza que aquella quedará bajo la administración de un Consejo Directivo compuesto por seis representantes elegidos por el pueblo Rapa Nui y cinco representantes del Estado. Los representantes del Estado pertenecerán al MMA; al MDN; al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, representado por la Gobernación Provincial de Isla de Pascua; al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y un comisionado electo de la CODEIPA.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

A su turno, tal como quedó plasmado en la letra c) del punto N° 5 del Acta de la Reunión de Constitución del Consejo Directivo del AMCP-MU Rapa Nui, celebrada el 3 de octubre de 2018 en la Gobernación de la Isla de Pascua, se designó, por su rol técnico y de coordinación, al MMA en la Secretaría Técnica de ese órgano pluripersonal.

Ahora bien, acerca de los desembolsos consultados, es dable recordar que acorde al principio de legalidad del gasto público consagrado en los artículos 6°, 7° y 100 de la Constitución Política de la República; 2° y 5° de la ley N° 18.575; 56 de la ley N° 10.336 y en el decreto ley N° 1.263, de 1975, los servicios deben actuar con estricta sujeción a las atribuciones que les confiere la ley y, en el orden financiero, deben atenerse a las disposiciones que regulan el gasto público, por lo cual los recursos únicamente pueden emplearse para los objetivos y casos estrictamente contemplados en el ordenamiento jurídico vigente (aplica criterio de los dictámenes Nos 16.682, de 2010 y 7.147, de 2020).

En efecto, en base a dicho principio, todo acto que involucre un gasto debe encontrarse expresamente autorizado por una norma de rango legal y consignar la ubicación presupuestaria de la fuente de financiamiento que lo respalda, imputación que además debe atender a la naturaleza del egreso, sin que puedan ser incrementados mediante una reasignación de recursos en la misma partida, sino sólo en virtud de una autorización legal expresa.

En cuanto a la posibilidad de solventar tales egresos con cargo al Subtítulo 22, Glosa 08, letra c), de esa Subsecretaría, contemplado en la ley N° 21.125, de Presupuestos del Sector Público para el año 2019, que dispuso haberes “para la elaboración de estudios y programas destinados a las Áreas Marinas Protegidas” -aludida por aquella-, cabe señalar que esta tenía una finalidad distinta de la planteada, por lo que no habría resultado procedente invocarla para estos efectos. Con todo, es menester precisar que la ley N°21.192 -de Presupuestos del Sector Público para el año 2020-, no establece dicha glosa y ninguna otra destinada a gastos relacionados con los aspectos consultados.

De tal modo, no advirtiéndose fuente normativa que permita financiar una dieta ni el arrendamiento o habilitación de oficinas para algunos miembros del referido Consejo creado por un acto administrativo, es improcedente la hipótesis planteada por la apuntada Secretaría Técnica, habida consideración del principio de legalidad del gasto público, lo cual es sin perjuicio de la posibilidad de que el Ministerio del Medio Ambiente solicite su incorporación en la próxima Ley de Presupuestos.
([Volver](#))

6.- Universidades, derechos municipales, permisos de urbanización y construcción, exenciones. Dictamen N°E33.633 de 4 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: La Municipalidad de Punta Arenas consultó si a la Universidad de Magallanes le corresponde eximirse del pago de derechos municipales por permisos de urbanización y construcción, atendido lo previsto en el artículo 40 de la ley N° 21.094, en

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

relación con el artículo 40 del decreto ley N° 3.063, de 1979, y el artículo 130 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones -aprobada por el decreto con fuerza de ley N°458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo-.

Fundamento: *[S]egún el artículo 40 de la ley N° 21.094, “Las universidades del Estado estarán exentas de cualquier impuesto, contribución, tasa, tarifa, patente y otras cargas o tributos. Lo anterior, sin perjuicio de determinarse previamente las sumas afectas a impuestos que resulten exentas”.*

Por su parte, el decreto ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, en su artículo 40, señala “Llámanse derechos municipales las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades, las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o permiso o que reciban un servicio de las mismas, salvo exención contemplada en un texto legal expreso”.

Luego, el artículo 130 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, prevé, en su inciso primero, que “Los derechos municipales a cancelar por permisos de subdivisión, loteos, construcción, etc. no constituyen impuesto, sino el cobro correspondiente al ejercicio de una labor de revisión, inspección y recepción”; agregando su inciso final, que “se entienden derogadas todas las exenciones, totales y parciales, contenidas en leyes generales o especiales, reglamentos, decretos y todo otro texto legal o reglamentario, que digan relación con los derechos municipales por permisos de urbanización o de construcción. Lo anterior se aplicará aun en los casos en que las disposiciones legales o reglamentarias otorguen exenciones reales o personales de toda clase de impuestos, contribuciones o derechos, presentes o futuros, y cualquiera que sea la exigencia especial que la norma legal o reglamentaria que las concedió, haya señalado para su derogación. Exclusivamente se exceptúan de esta disposición las exenciones o franquicias que se conceden subordinadas a reciprocidad, en virtud de normas o principios reconocidos por el derecho internacional”.

En este contexto, es del caso recordar que la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Fiscalización contenida en el dictamen N° 7.615, de 2017, ha señalado que el inciso primero del precitado artículo 130 establece que los derechos municipales a pagar por permisos de subdivisión, loteos, construcción, etc., no constituyen impuesto, sino el cobro correspondiente al ejercicio de una labor de revisión, inspección y recepción, y se regularán conforme a la tabla que ahí se contiene.

En tal sentido la disposición contenida en el artículo 40 de la ley N° 21.094, no puede entenderse como una exención al pago de los derechos contemplados en el mencionado artículo 130.

Además, es del caso aclarar que de conformidad con los dictámenes N°s. 28.997, de 1983; 26.002, de 2001; y, 79.485, de 2016, la derogación de exenciones a que refiere el inciso final del artículo 130, comprende los pagos de derechos municipales por permisos de urbanización o de construcción, abarcando incluso las exenciones reales o personales de toda clase de impuestos, contribuciones o

derechos, presentes o futuros, y cualquiera que sea la exigencia especial que la norma legal o reglamentaria que las concedió.

Finalmente, cabe hacer presente que revisada la historia fidedigna de la ley N° 21.094, no se aprecia la existencia de una particular voluntad del legislador de alterar, a ese respecto, la normativa preexistente a la que refiere el presente pronunciamiento.

En consecuencia, el artículo 40 de la ley N° 21.094 no exime a las universidades estatales del pago de los derechos municipales individualizados en el artículo 130 de la ley general de urbanismo y construcciones. ([Volver](#))

7.- Casinos de juego, prohibición apuestas, funcionarios municipales, jefe DAEM, custodia fondos públicos. Dictamen N°E33.653 de 4 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Un diputado solicitó un pronunciamiento que determine si a quien ejerce el cargo de jefe de Departamento de Administración de Educación Municipal -en adelante jefe de DAEM-, le afecta la prohibición contenida en el artículo 10, letra b), de la ley N°19.995, en cuanto impide, en lo que interesa, a los funcionarios municipales que custodien fondos públicos, realizar apuestas en casinos de juego.

Fundamento: [L]a jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control contenida en el dictamen N° 63.012, de 2011, ha señalado que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española la acepción custodiar significa “guardar c o n cuidado y vigilancia”, debiendo entenderse, por tanto, que la normativa de que se trata se aplica a aquellos empleados que en razón de las funciones que ejercen, tienen a su cargo la conservación de los bienes y recursos del erario público que se encuentran bajo su esfera de protección.

Ese mismo pronunciamiento precisa que la “administración” de un bien importa la gestión normal y corriente de este, tendiente a preservarlo, valorizarlo, explotarlo y hacerlo fructificar conforme a su naturaleza, por lo que el deber de administrar un bien conlleva su custodia e impone no solo la obligación de preservarlo, sino también la de emplearlo o ejecutarlo de acuerdo a su naturaleza.

Por su parte, el artículo 68 de la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, dispone que todo funcionario que tenga a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, de cualquiera naturaleza, deberá rendir caución para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa de este origen, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 2.268, de 2014, y 46.371, de 2015, ha señalado que la finalidad de tales cauciones es resguardar eficientemente el patrimonio del Estado, precaviendo eventuales perjuicios que aquel pueda sufrir durante el desempeño de un empleado a quien, en razón de sus labores, se le ha asignado la custodia, administración o recaudación de los fondos que lo conforman.

Como se puede desprender de la normativa y jurisprudencia anotadas, la prohibición de que se trata tiene como objetivo prevenir un eventual perjuicio patrimonial del Estado en el caso de que un funcionario a cargo de la custodia de fondos públicos, los utilice en apuestas en los casinos de juego. Así, dicha prohibición y el deber de otorgar la referida caución pretenden evitar el mismo riesgo.

Teniendo en cuenta lo anterior y considerando que el deber de administrar un bien conlleva su custodia, los funcionarios que administran o custodian recursos del erario nacional y que, por lo tanto, deben rendir la correspondiente caución, se encuentran afectos a la prohibición de efectuar apuestas en los juegos de azar que se realizan en los casinos (aplica criterio del dictamen N° 63.012, de 2011).

Ahora bien, en relación con el cargo de jefe de DAEM, es necesario determinar si, debido a dicha calidad, efectivamente la persona que ejerce esa función tiene la administración o custodia de fondos públicos.

Al respecto, cabe indicar que a los Departamentos de Administración de Educación Municipal les corresponde la dirección, administración, supervisión y coordinación de la educación (aplica dictamen N° 28.920, de 2001).

Luego, el artículo 4° del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, prevé expresamente que “Cuando los servicios educacionales se administren directamente por las municipalidades, éstas deberán nombrar especialmente una persona encargada de la educación que asumirá la calidad de “sostenedor” con todos los derechos y las obligaciones que a éste competen”.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control contenida en el dictamen N° 19.279, de 2019, ha precisado que puede ejercer ese rol de sostenedor educacional, en lo que interesa, el jefe de DAEM.

Es necesario agregar que cuando el jefe de Departamento de Administración de Educación Municipal asume el rol de sostenedor, a él le corresponde la percepción de la subvención y llevar un sistema de estados financieros consolidados, atribuciones que son, en general y esencialmente, de naturaleza financiera (aplica dictamen N° 16.832, de 2014).

Pues bien, de acuerdo a las consideraciones expresadas, es posible concluir que en la medida que el cargo de jefe de DAEM implique efectivamente la administración o custodia de recursos públicos, esencialmente financieros, debiendo rendir la correspondiente caución en conformidad con el anotado artículo 68 de la ley N° 10.336, se encontrará afecto a la prohibición de apostar en casinos de juego en los términos del artículo 10, letra b), de la ley N° 19.995.

En atención a lo anterior, la Municipalidad de Puerto Montt deberá iniciar el correspondiente procedimiento administrativo a fin de determinar si el jefe de DAEM de esa comuna se encuentra a cargo de la administración o custodia de fondos públicos, en los términos del presente oficio, como asimismo la efectividad de los hechos que constituirían una eventual infracción a la prohibición de la

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

especie, debiendo informar al respecto a la Contraloría Regional de Los Lagos en el plazo de 60 días hábiles contado desde la notificación del presente oficio. ([Volver](#))