

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°121

Semana del 27 de septiembre al 3 de octubre de 2020

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°121

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	“Saldivia con Subsecretaría de Hacienda.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°69.938-2020
Resumen	La circunstancia de haber permanecido una persona en su cargo por más de treinta y un años generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculado con la Administración, de modo tal que su relación estatutaria sólo puede terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	1 de octubre de 2020.	
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°27.619-2020, 24 de septiembre de 2020; CS, Rol N°26.085-2019, 4 de marzo de 2020; CS, Rol N°20.119-2019, 14 de enero de 2020; CS, Rol N°19.181-2019, 8 de enero de 2020; CS, Rol N°16.283-2019, 25 de noviembre de 2019; CS, Rol N°8180-2019, 24 de septiembre de 2019; CS, Rol N°12.294-2019, 11 de septiembre de 2019; CS, Rol N°12.309-2019, 11 de septiembre de 2019; CS, Rol N°9.928-2019, 26 de agosto de 2019; CS, Rol N°8396-2019, 12.08.2019; CS, Rol N°8298-2019, 8 de agosto de 2019, Gaceta N°64; CS, Rol N°8.845-2019; Gaceta N°63; CS, Rol N°11.391-2019, 31 de julio de 2019; CS, Rol N°8.390-2019, 9 de julio de 2019; Gaceta N°60; CS, Rol N°3.886-2019, 16 de abril de 2019, Gaceta N°48; CS, Rol N°5.305-2019, 16 de abril de 2019; CS, Rol N°22.161-2018, 11 de marzo de 2019, Gaceta N°43; CS, Rol N°29.756-2018, 7 de marzo de 2019, Gaceta N°42; CS, Rol N°28.466, 28 de enero de 2019, 28 de enero de 219, Gaceta N°40; CS, Rol, N°24.884-2018, 7 de enero de 2019, Gaceta N°37; CS, Rol N°19.009-2018, 2 de enero de 2019, Gaceta N°36; CS, Rol N°22.059-2018, 4 de diciembre de 2018, Gaceta N°32; CS, Rol N°16.868-2018, 27 de septiembre de 2018, Gaceta N°22; CS, Rol N°3.711-2018, 13 de julio de 2018.	

Caso	“De La Fuente con Municipalidad de Concepción y otros.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°36.783-2019
Resumen	Las disposiciones de la Ley N°20.919 están orientadas a incentivar el retiro de los funcionarios con la mayor anticipación posible, preferentemente en el período en que cumplen 60 años, si son mujeres, o 65 años, si son hombres, coincidiendo con las edades legales para obtener pensión de vejez conforme a la legislación de seguridad social vigente, por lo tanto, aquel	

	<p>funcionario que postule a estos beneficios en el primer período de postulación, en principio, tiene derecho a mayores beneficios que el empleado que lo haga en el segundo o tercer período de postulación. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de haberse otorgado estos beneficios a un funcionario, el cambio de parecer que adopte la Administración en cuanto a los estipendios a que tiene derecho percibir un funcionario debe materializarse mediante el ejercicio de alguna de las potestades establecidas en la Ley N°19.880, a saber: (1) subsanar los vicios de procedimiento o del acto administrativo, (2) invalidación, (3) revocación, o (4) aclaración. En cualquiera de estos casos, la Administración debe dictar un acto administrativo fundado, máxime si con su decisión se afectan los derechos e intereses del funcionario beneficiario, de otro modo, el referido cambio de parecer carecería de fundamento y atentaría contra la confianza legítima que ampara al funcionario, habida cuenta que existían actos positivos de la Administración en orden a reconocerle dichos estipendios. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	1 de octubre de 2020.

Caso	"Agrupación Nacional de Empleados Fiscales con Ministerio del Interior y Seguridad Pública y otro."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°63.240-2020
Resumen	<p>Un acto administrativo no es susceptible de impugnarse por medio la acción de protección cuando este, es a tal punto general, que por sí mismo carece de la aptitud necesaria para vulnerar alguno de los derechos fundamentales protegidos en el artículo 20 de la Constitución.</p> <p>Siendo el acto en cuestión, el oficio circular que ordena el retorno gradual a las funciones por parte de los empleados públicos, producto del brote de COVID-19, si bien fija una fecha en que debió materializarse, no se establece un plazo fatal y de inexorable cumplimiento, siendo un hecho público y notorio que el plan de retorno en cuestión no se ha llevado a efecto hasta la fecha. Como consecuencia de ello, no se verifica el presupuesto de existir un acto u omisión ilegal o arbitrario, en contra del cual dirigir la acción de protección. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	1 de octubre de 2020.	

Caso	"Oyarzo con Hospital Clínico de Magallanes."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°63.070-2020
Resumen	<p>La obligación de las ISAPRES de asegurar efectivamente el acceso, que contempla la Ley N°19.966 -que estableció el Régimen de Garantías de Salud-, no puede sino, ser interpretada a la luz de las garantías fundamentales a la que informa, esto es, el derecho a la vida y a la protección</p>	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

	<p>de la salud, lo cual implica, entonces, garantizar al paciente el otorgamiento de las prestaciones, que se traduce no sólo en que la Aseguradora cree una red de prestadores para ese fin, sino que, además, tenga un real acceso a éstos, de forma tal que se entregue la prestación debida. Asimismo, las patologías cubiertas por estas garantías de salud, son determinadas por el Ministerio de Salud a través de decretos supremos, en los que la autoridad pública define un conjunto específico de problemas de salud y asocia a cada uno de ellos ciertos procedimientos médicos mediante los cuales se atenderán dichas patologías, razón por la cual se trata de obligaciones plenamente reguladas que no quedan entregadas al ámbito de la libertad contractual de las partes que suscriben un contrato de salud. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	2 de octubre de 2020.

Caso	"Ramírez con Superintendencia de Valores y Seguros."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°21.054-2020
Resumen	<p>El inciso final del artículo 58 de la Ley N°18.045 expresa patentemente la voluntad legislativa de que la eventual aplicación de las sanciones penales que correspondan de conformidad con los artículos 59 y 60 de la misma ley, no impida la aplicación de las sanciones administrativas que corresponda imponer a la Superintendencia de Valores y Seguros. Por lo demás, la facultad de la entidad fiscalizadora, para imponer la multa, arranca de lo establecido en el artículo 27 del Decreto Ley N°3.538, por lo que el juicio que adopte al respecto es independiente de las sanciones penales, que se pueden contemplar en otros cuerpos normativos. La razón de aquello radica en que el bien jurídico protegido, esto es, la transparencia y fiabilidad de la información que entregan los operadores al mercado de valores, se vincula directamente con el fin disuasivo de la sanción pecuniaria; mientras que el fin de la sanción penal es distinto, pues solo tiene carácter retributivo. Considerando todo lo anterior, se descarta la infracción al principio del non bis in ídem (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	28 de septiembre de 2020.	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E37.918
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>El dictamen N°3.610, de 2020, de la Contraloría General de la República ha reconocido, en consideración a las excepcionales condiciones generadas por la pandemia, la facultad de los jefes superiores de los servicios para tomar decisiones de gestión, sin perjuicio que aquellas pueden o no ser adoptadas</p>

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	<p>por los órganos de la Administración del Estado a propósito del brote de COVID-19, ya que corresponde a sus pertinentes jefaturas superiores ponderar todas y cada una de las particularidades que rodean las situaciones afectadas por el ya referido caso fortuito, respecto de su servicio a cargo. En consecuencia, no es posible considerar como un incumplimiento del referido dictamen, el hecho que la respectiva autoridad no adopte la totalidad de las medidas que en este se mencionan, o que lo haga en una forma diversa, constituyendo esa decisión un aspecto de mérito. Así, es atribución de cada jefatura superior disponer el trabajo remoto para sus funcionarios, como cesar esa medida de gestión, a fin de atender presencialmente las funciones que estimen esenciales y requieran dicha modalidad de trabajo. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	23 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E37.908
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>La Ley N°20.730, cuyo objetivo es regular las relaciones de lobby y gestión de intereses particulares, no resulta aplicable a las reuniones o remisiones de documentos entre servicios públicos. En particular, la legislación aplicable a la Agencia Nacional de Inteligencia regula de manera especial las actuaciones de esta y de sus funcionarios en materia de obtención de información de inteligencia, por lo que no resulta aplicable a las reuniones que se lleven a cabo para esos fines lo previsto en la aludida Ley N° 20.730. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	23 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E39.753
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>La implementación de turnos es una facultad otorgada a la autoridad, en línea con los principios de servicialidad del Estado y continuidad de la función administrativa. En consecuencia, le corresponde a la autoridad disponer el cumplimiento de esta modalidad de trabajo cuando ello resulte necesario para la ejecución de determinadas tareas que sean indispensables para el adecuado cumplimiento de las funciones del organismo.</p> <p>En las circunstancias de funcionamiento derivadas de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, resulta procedente que, de forma excepcional y debidamente justificada, se autoricen descansos complementarios que correspondan a los funcionarios que deben cumplir las labores del Plan Operacional de Gestión de Episodios Críticos –</p>

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	conforme al Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana- en un sistema de turnos que venían desarrollándose antes de la pandemia, y que debido a ella se encuentran autorizados para realizar sus tareas vía remota. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	30 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E39.754
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	El control de la jornada no es una medida que se avenga con la modalidad de desempeño de labores en forma remota, ya que por sí solo no es indicativo del trabajo efectuado por los funcionarios afectos a ese sistema, debiendo adoptarse, en cambio, otros resguardos y mecanismos de validación del quehacer efectivamente realizado por los servidores que no laboran en forma presencial, como son que los respectivos jefes de servicio establezcan los mecanismos y periodicidad para la rendición de cuentas de las labores encomendadas, y regular las medidas de control jerárquico que aseguren el correcto desempeño de la función pública, lo que evidencia que bajo la modalidad de trabajo a distancia lo fundamental es que se desarrollen las pertinentes tareas y no que ello se haga dentro de un determinado horario, como sí acontece con el trabajo presencial. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	30 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E39.766
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Para que se esté en presencia de un área colocada bajo protección oficial, se requiere de un acto formal de la autoridad competente en el cual se declara la voluntad de sujetar un bien o una zona determinada a un régimen jurídico de protección ambiental previsto en el ordenamiento, sin que ello se restrinja a los actos contemplados en la Ley N°19.300 y su reglamento, sino que comprende todas aquellas normas que por su naturaleza y alcance son de contenido ambiental, tal como son los instrumentos de planificación territorial (IPT). Aplicando ese razonamiento, también son normas de carácter ambiental las disposiciones de los instrumentos de planificación territorial que reconocen o definen áreas de protección de recursos de valor natural, dictadas con sujeción a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Teniendo en consideración lo anterior, un ITP que defina una zona como área de protección de valor natural, en virtud de la habilitación que, antes

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

	<p>de la modificación efectuada por el decreto N°10, de 2009, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, constituye una norma de carácter ambiental emanada de la autoridad habilitada, a través de la cual se adscribe a dicha zona a un régimen de protección especial, debiendo considerarse a la misma, por consiguiente, dentro de la categoría de “área colocada bajo protección oficial”, en conformidad con el artículo 10, letra p), de la ley N° 19.300, para efectos de su ingreso al SEIA.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, la sola circunstancia de que un proyecto se desarrolle en una de las áreas previstas en el literal p) del artículo 10 de la Ley N°19.300, no basta para sostener que aquel obligatoriamente deba ingresar al SEIA, pues la norma citada exige, además, que se trate de proyecto o actividades “susceptibles de causar impacto ambiental”. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	30 de septiembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E39.725
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>En virtud del artículo 10 de la Ley N°9618, reformado por la Ley N°21.025, para la designación del gerente general o ejecutivos principales de la ENAP, rige el mismo requisito educacional contemplado para el nombramiento de los directores de esa empresa estatal en el artículo 5°, letra b), de dicho cuerpo normativo, por lo que todo aquel que desempeñe tales cargos deberá estar en posesión del grado académico de licenciado o de un título profesional de una carrera de a lo menos ocho semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste, o de un título de nivel equivalente otorgado por una universidad extranjera.</p> <p>Por otro lado, los servidores de la ENAP no pueden desempeñarse en otras calidades que las que señalan los preceptos que los rigen, de modo que no procede designarlos en empleos o asignarles funciones en el carácter de interinos, toda vez que el Código del Trabajo -cuerpo de normas aplicable al personal de la ENAP- no contempla tal modalidad de desempeño funcionario. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	30 de septiembre de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Saldivia con Subsecretaría de Hacienda. Corte Suprema, Rol N°69.938-2020, de 1 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo recurso de protección en contra de la Subsecretaría de Hacienda, por haber dictado la Resolución Exenta N°465 de 21 de noviembre de 2019, que dispuso la no renovación de su contrata para el año 2020.

Fundamento: *Cuarto: Que, sin perjuicio de la renuncia voluntaria a su cargo de planta presentada el 26 de abril de 2016, aceptada por la autoridad, lo cierto es que el actor comenzó a desempeñar el cargo a contrata con anterioridad a dicha renuncia, específicamente, el 1 de enero de 2016. Por consiguiente, debe entenderse que su relación estatutaria con el Ministerio de Hacienda se ha mantenido de manera ininterrumpida desde su primer nombramiento -28 de marzo de 1988- hasta el 31 de diciembre de 2019, siendo la explicación más probable de su renuncia el ascenso en grado que para él suponía aceptar el cargo a contrata que ostentaba hasta la última de las fechas señaladas.*

Quinto: Que, así las cosas, la circunstancia de haber permanecido don José Vargas en el cargo por más de treinta y un años generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculado con la Administración, de modo tal que su relación estatutaria sólo puede terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita, supuestos fácticos que no concurren en la especie.

Por ello, la decisión de no renovar la contrata ha devenido en una vulneración de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad. ([Volver](#))

2.- De La Fuente con Municipalidad de Concepción y otros. Corte Suprema, Rol N°36.783-2019, de 1 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo un recurso de protección en contra de la Municipalidad de Concepción, Ministerio de Salud, Servicio de Salud de Concepción y de la Contraloría Regional del Biobío, denunciando acciones y omisiones que han impedido que el actor pueda acogerse al beneficio de incentivo al retiro voluntario de los funcionarios de la Atención Primaria Municipal, establecido en la Ley N°20.919 y su Reglamento.

Fundamento: *Quinto: Que, en lo esencial, el conflicto de autos consiste en determinar si el recurrente tiene derecho al incremento establecido en el artículo 7 de la Ley N° 20.919 y su Reglamento.*

Según se argumenta en el Oficio N° 3.465 de 30 de abril de 2019 de la Contraloría Regional del Biobío, el actor no tendría derecho a dicha prestación, por cuanto el inciso quinto del artículo 8 del Reglamento señala que los funcionarios que al 30 de junio de 2014 hayan cumplido 60 años o más de edad, si son mujeres, y 65 o más años, si son hombres, que participen del proceso de postulación a la

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

referida bonificación voluntaria en el año en que cumplen 66 años de edad, sólo tendrán derecho a recibir dicha bonificación y el bono adicional, si correspondiere y siempre que hagan efectiva su renuncia voluntaria en el plazo indicado en el inciso segundo del artículo 16 del Reglamento, esto es, a más tardar dentro de los noventa días corridos siguientes al vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva, o dentro de los noventa días corridos siguientes al cumplimiento de 65 años, si esta fecha fuere posterior a aquella.

Así las cosas, considerando que el actor postuló al referido estipendio el 24 de julio de 2017, esto es, cuando tenía 66 años y 4 meses, resulta forzoso concluir que su situación se encuentra regulada en el inciso quinto del artículo 8 del Reglamento, por lo que únicamente le corresponde percibir la bonificación por retiro voluntario establecida en el artículo 1° de la Ley N° 20.919 y el bono adicional que prevé su artículo 8, que -en su caso asciende a 15 Unidades Tributarias Mensuales.

Sexto: Que, para resolver el asunto sometido a examen, se hace necesario distinguir entre el bono por retiro voluntario (artículo 1° Ley N° 20.919 y artículo 22 de su Reglamento); incremento (artículo 7 Ley N° 20.919 y artículo 23 del Reglamento); bono adicional (artículo 8 Ley N° 20.919 y artículos 24 y 25 del Reglamento); y bono complementario (artículo 9 de la Ley N° 20.919 y artículos 28 y 29 del Reglamento).

En la especie, se encuentra controvertido el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios respecto del “incremento” contemplado en el artículo 7 del cuerpo legal citado.

Séptimo: Que, según lo aclaró el Departamento de Administración de Salud Municipal a través del Oficio N°3341 de 25 de mayo de 2020, en respuesta a una medida para mejor resolver decretada por esta Corte, el actor no renunció a su derecho de acogerse a los beneficios establecidos en la Ley N°20.919, reconociendo un error de redacción en la emisión del Oficio N° 3322 de 24 de octubre de 2018 de la misma repartición pública, en el cual se informó que el actor “no se acogerá al incentivo al retiro”.

Octavo: Que, del mérito de los antecedentes, aparece que la negativa a reconocer a favor del recurrente el incremento previsto en el artículo 7 de la Ley N° 20.919, se asila en el tenor literal del artículo 10 letra b) del mismo cuerpo legal y en el inciso quinto del artículo 8 de su Reglamento.

En este orden de ideas, resulta ser efectivo que el artículo 10 letra b), al referirse al segundo período de postulación a los beneficios establecidos en la Ley N°20.919, señala que “(...) en este período podrán postular los funcionarios y funcionarias que cumplan 66 años de edad, en el o los plazos que fije el reglamento. Deberán retirarse, a más tardar, dentro de los noventa días corridos siguientes al vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva. En este caso sólo podrán acceder a la bonificación por retiro voluntario del artículo 1° y al bono adicional del artículo 8°, según corresponda”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por su parte, el inciso quinto del artículo 8 del Reglamento prescribe que “Las funcionarias y los funcionarios indicados en el inciso segundo que participen del proceso de postulación a la bonificación por retiro voluntario en el año en que cumplen 66 años de edad sólo tendrán derecho a percibir dicha bonificación y el bono adicional, si correspondiere y siempre que hagan efectiva su renuncia voluntaria en el plazo indicado en el inciso segundo del artículo 16 de este reglamento”.

El sentido de estas disposiciones es incentivar el retiro de los funcionarios con la mayor anticipación posible, preferentemente en el período en que cumplen 60 años, si son mujeres, o 65 años, si son hombres, coincidiendo con las edades legales para obtener pensión de vejez conforme a la legislación de seguridad social vigente. Dicho de otro modo, el funcionario regido por la Ley N° 19.378 que postule al incentivo al retiro establecido por la Ley N° 20.919 en el primer período de postulación, en principio tiene derecho a mayores beneficios que el empleado que lo haga en el segundo o tercer período de postulación.

Noveno: Que consta en autos que el recurrente postuló al beneficio con fecha 24 de julio de 2017, cuanto contaba con 66 años y cuatro meses, ratificando su renuncia voluntaria el 22 de febrero de 2018, por lo que, en principio y en una interpretación literal del artículo 10 letra b) de la Ley N° 20.919 y del inciso quinto del artículo 8 de su Reglamento, sólo le correspondería percibir los estipendios establecidos en los artículos 1 y 8 de dicho cuerpo de leyes.

Sin embargo, tal y como se asentó en el basamento segundo, la Administración reconoció el derecho del actor a percibir el incremento establecido en el artículo 7 del cuerpo legal citado. Así fluye del acto jurídico denominado “Convenio anticipo de aporte estatal bonificación por retiro voluntario establecido en la Ley 20.919 para funcionarios de Atención Primaria de Salud”, suscrito con fecha 24 de mayo de 2018 entre el Servicio de Salud y la Municipalidad de Concepción. En la cláusula cuarta se incluyó al recurrente como beneficiario, por la suma de \$23.565.270. A su vez, la cláusula quinta lo considera beneficiario del incremento establecido en el artículo 7 de la Ley N° 20.919, por la suma de \$24.743.534 adicionales, lo que totaliza \$48.308.804.

Décimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, la interpretación de los artículos 7 y 10 de la Ley N° 20.919 y del inciso quinto del artículo 8 de su Reglamento, no es pacífica, toda vez que la propia Municipalidad de Concepción, tanto al informar el recurso de protección como al dar respuesta a un requerimiento de la Contraloría Regional del Biobío señaló que, a su entender, el actor cumple con todos los requisitos para tener derecho al incremento establecido en el mencionado artículo 7.

Undécimo: Que el Convenio aludido precedentemente se suscribió en cumplimiento del artículo 16 de la Ley N° 20.919, cuyo inciso primero dispone: “Las entidades administradoras de salud municipal podrán solicitar al Ministerio de Salud, por intermedio del Servicio de Salud respectivo, un anticipo del aporte estatal definido en el artículo 49 de la ley N° 19.378, para el financiamiento de la aplicación del beneficio a que se refiere el artículo 1°, el que no podrá exceder del monto total de las bonificaciones

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

por retiro voluntario a pagar. Con todo, el Ministerio de Salud concederá anticipos de aportes hasta un máximo nacional que financie la cantidad de cupos que para cada año se establecen en el inciso primero del artículo 3° de esta ley”.

Duodécimo: Que, sin perjuicio de la denominación de “Convenio” que las partes le asignaron, no cabe duda que el acto jurídico suscrito entre la Municipalidad de Concepción y el Servicio de Salud de la misma ciudad constituye un acto administrativo, conforme con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, toda vez que exterioriza de manera formal la voluntad de dos órganos que forman parte de la Administración del Estado y que suscriben dicho acto ejerciendo sus respectivas potestades públicas, en estricto cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley N°20.919 y su Reglamento.

De lo anterior fluye que, si la Administración cambió su parecer original, o bien, advirtió la presencia de un error en la determinación de los estipendios a que tenía derecho el recurrente, necesariamente debió ejercer alguna de las potestades establecidas en la Ley N° 19.880, a saber: a) subsanar los vicios de procedimiento o del acto administrativo (art. 13 inciso final); b) invalidación (art. 53); c) revocación; y d) aclaración (art. 62).

En todos los casos la Administración debió dictar un acto administrativo fundado, a fin de cumplir con el estándar de motivación exigido en los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, máxime si con ello se afectan los derechos e intereses del recurrente.

Décimo tercero: Que, en este escenario, e independiente de si resultaba procedente o no el ejercicio de alguna de las potestades señaladas, es manifiesto que la Municipalidad de Concepción y el Servicio de Salud de la misma ciudad incurrieron en un vicio de ilegalidad al excluir al actor, en el “nuevo Convenio” suscrito con fecha 26 de octubre de 2018, como beneficiario del incremento establecido en el artículo 7 de la Ley N° 20.919, toda vez que no expresaron los motivos que determinaron dicha exclusión, en circunstancias que el convenio anterior sí le había reconocido dicho estipendio. Por la misma razón, el acto censurado deviene en arbitrario al carecer de fundamentación, infringiéndose el deber de motivación establecido en los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880.

Décimo cuarto: Que es necesario destacar que el recurrente se encontraba, frente a la Administración, en una disposición subjetiva de buena fe y amparado por la confianza legítima que para él supuso la suscripción del Convenio de fecha 24 de mayo de 2018, teniendo la legítima expectativa de incorporar a su patrimonio el incremento previsto en el artículo 7 de la Ley N° 20.919, al existir actos positivos de la Administración en orden a reconocerle dicho beneficio. ([Volver](#))

3.- Agrupación Nacional de Empleados con Ministerio del Interior y Seguridad Pública y otro. Corte Suprema, Rol N°63.240-2020, de 1 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF) de la Región de Los Ríos dedujo un recurso de protección a favor de todos los funcionarios afiliados a la

referida asociación, en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y del Ministerio Hacienda, por la dictación conjunta del Oficio Circular N° 18 de 17 de abril de 2020, que ordena el retorno gradual a las funciones por parte de los empleados públicos, el cual debería materializarse a más tardar a fines de abril del presente año.

Fundamento: *Cuarto: Que, además de los fundamentos expuestos en el fallo que se revisa, se hace necesario consignar que los recurridos no sólo detentan la potestad normativa para emitir la Circular cuestionada, sino que su contenido es a tal punto general, que por sí mismo carece de la aptitud necesaria para vulnerar alguno de los derechos fundamentales que se indican en el recurso o cualquier otro protegido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. En efecto, el acto impugnado, en el rubro materia indica: “Imparte instrucciones y medidas sobre el Plan de Retorno Gradual de las funciones de los ministerios y servicios públicos de la Administración del Estado, producto del brote de COVID-19”, y está dirigido a 310 reparticiones públicas.*

Su inicio es del siguiente tenor: “A través del Oficio Presidencial N° 003 del 16 de marzo de 2020, el Presidente de la República dictó una serie de instrucciones y medidas de prevención y reacción por casos de brote de Covid-19 a los Ministerios y servicios públicos de la Administración del Estado”, agregando más adelante que “(...) ante el debido cumplimiento de los principios de eficiencia y eficacia, de control jerárquico y el cumplimiento de la función pública que deben observar las autoridades y funcionarios públicos, así consagrado en el Artículo 3 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se dispone que los Jefes Superiores de Servicio deberán establecer mediante resolución fundada, un plan de retorno gradual a las funciones, el que deberá contener, a lo menos, los siguientes elementos:

“a) Los funcionarios y servidores públicos que se encuentran en grupos de riesgo podrán ser eximidos del control horario de trabajo y se permitirá que ellos cumplan sus labores fuera de las dependencias institucionales, de manera remota, mediante la utilización de medios electrónicos. Se entenderá por grupo de riesgo aquellas personas mayores de setenta años de edad; las mujeres embarazadas y aquellas personas que el Jefe Superior de Servicio defina, de acuerdo a los protocolos dictados por el Ministerio de Salud, considerando, especialmente, el contacto estrecho con casos confirmados de Covid-19, según la definición de la autoridad sanitaria, o que por sus condiciones de salud sean especialmente susceptibles de contagio, tales como, personas inmunodeprimidas, con diabetes, enfermedades cardíacas o pulmonares, o que padezcan otras enfermedades de riesgo.

b) Respecto de aquellos funcionarios y servidores públicos que no se encuentren haciendo uso de licencias médicas, ni se encuentren dentro del grupo de riesgo antes señalado, el plan de retorno gradual deberá considerar su incorporación gradual para que, durante el mes de abril del presente año, el organismo público respectivo, pueda funcionar de manera presencial normal, considerando obviamente las restricciones que las condiciones sanitarias admiten.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

c) Asimismo, se deberán incorporar todas las medidas establecidas por la autoridad sanitaria que sean necesaria para resguardar la salud y protección tanto de los funcionarios y servidores públicos como del público en general, mediante el uso de mascarillas, la disposición de jabón/alcohol gel, el distanciamiento mínimo exigido, evitando las aglomeraciones. A este respecto, deberán considerarse las medidas de gestión establecidas en el referido Oficio Presidencial, en todo aquello que sea pertinente”.

El oficio concluye con un llamado “a todas las autoridades y jefaturas de los servicios públicos a disponer el debido cumplimiento de estas medidas, en virtud del principio de satisfacción de necesidades públicas en forma continua y permanente de los organismos de la Administración del Estado, las que están dirigidas a la protección y cuidado de todos los habitantes de nuestro país”.

Quinto: Que, contrario a lo sostenido por la parte recurrente, y sin perjuicio del carácter genérico y dinámico del Oficio Circular N° 18, de su sola lectura se advierte que la autoridad tomó en consideración a ciertos grupos de riesgo, excluyéndolos del trabajo presencial y, manteniendo, en consecuencia, la modalidad de trabajo por vía remota, como es el caso de las personas mayores de setenta años; las mujeres embarazadas y aquellas personas que el Jefe Superior de Servicio defina, de acuerdo a los protocolos dictados por el Ministerio de Salud, considerando, especialmente, el contacto estrecho con casos confirmados de Covid-19, según la definición de la autoridad sanitaria, o que por sus condiciones de salud sean especialmente susceptibles de contagio, tales como, personas inmunodeprimidas, con diabetes, enfermedades cardíacas o pulmonares, o que padezcan otras enfermedades de riesgo.

Por otro lado, el acto cuestionado obliga a la jefatura del Servicio a la adopción de medidas mínimas indispensables para proteger a los funcionarios, mediante el uso de mascarillas, la disposición de jabón/alcohol gel, el distanciamiento mínimo exigido y la evitación de tumultos o aglomeraciones, debiendo considerarse al efecto las medidas de gestión establecidas en el referido Oficio Presidencial, en todo aquello que sea pertinente, y las que adopte, dinámicamente, la autoridad sanitaria.

Sexto: Que, si bien el acto impugnado da a entender que el Plan de Retorno Gradual de los funcionarios públicos debió materializarse en abril del año en curso, lo cierto es que no establece un plazo fatal y de inexorable cumplimiento, a tal punto que, en la práctica, resulta ser un hecho público y notorio que el plan en cuestión no se ha llevado a efecto hasta la fecha, manteniendo la casi totalidad de los Servicios Públicos del país, la dotación mínima indispensable para la satisfacción de necesidades públicas en forma continua y permanente, privilegiándose la realización de trámites por vía virtual o remota, y reduciendo al mínimo posible e indispensable la atención de usuarios de los diferentes servicios. ([Volver](#))

4.- Oyarzo con Hospital Clínico de Magallanes. Corte Suprema, Rol N°63.070-2020, de 2 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo una acción de protección en contra del Hospital Clínico de Magallanes, por la demora injustificada que habría experimentado la recurrente en la entrega de prestaciones asociadas a las Garantías Explícitas en Salud (GES).

Fundamento: *Sexto: Que, para resolver el asunto en examen, se debe acudir a lo estatuido en el DFL N° 1 del Ministerio de Salud que en su artículo 1° ordena que corresponde al Estado garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones; su artículo 2° añade que “Para los efectos del presente Libro, integran el sector salud todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas en el artículo 1°. Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema.”*

Lo anterior, se complementa, para estos efectos, con la Ley N° 19.966, que estableció el Régimen de Garantías en Salud, el cual conforme lo señala su artículo 1°, es “un instrumento de regulación sanitaria que forma parte integrante del Régimen de Prestaciones de Salud a que se refiere el artículo 4° de la Ley N° 18.469, elaborado de acuerdo al Plan Nacional de Salud y a los recursos de que disponga el país. Establecerá las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional, conforme a lo establecido en la ley N° 18.469”.

El artículo 2° añade que este nuevo régimen incorporó las Garantías Explícitas en Salud (GES), las que dicen relación con el acceso, la calidad, la oportunidad y la protección financiera con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un número determinado de patologías o condiciones de salud cuya atención se asegura a toda la población, debiendo el Fondo Nacional de Salud y las Isapres asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios. “El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios” – que se reitera en su artículo 24-. Se ratifica lo expuesto, por el artículo 4 letra a) que define a la garantía de acceso como la obligación del Fonasa y las isapres, de asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas a los beneficiarios de las leyes N°18.469 y N°18.933, respectivamente, en la forma y condiciones que determine el decreto a que se refiere el artículo 11.

Pues bien, el Decreto Supremo N°4 de 2013 del Ministerio de Salud, que Aprueba Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud, en su artículo 10, inciso final,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

prescribe que “La facultad de las Isapres para determinar la Red de prestadores, deberá ejercerse teniendo en consideración su obligación de asegurar, efectivamente, el cumplimiento de la garantía de acceso.”

Séptimo: Que, por consiguiente, la obligación de las isapres de asegurar “efectivamente” el acceso, que contempla la referida ley, no puede sino, ser interpretada a la luz de las garantías fundamentales a la que informa, esto es, el derecho a la vida y a la protección de la salud, lo cual implica, entonces, garantizar al paciente el otorgamiento de las prestaciones, que se traduce no sólo en que la Aseguradora cree una red de prestadores para ese fin, sino que, además, tenga un real acceso a éstos, de forma tal que se entregue la prestación debida. En otras palabras, no basta que la aseguradora designe de manera formal un prestador, sino que, debe cerciorarse que el paciente tenga la posibilidad cierta de acudir al profesional pertinente, pues sólo a contar de ese momento es que el afiliado-paciente podrá gozar de las prestaciones garantizadas para el problema de salud de que se trate.

Así, las patologías cubiertas por el GES son determinadas por el Ministerio de Salud a través de decretos supremos, en los que la autoridad pública define un conjunto específico de problemas de salud y asocia a cada uno de ellos ciertos procedimientos médicos mediante los cuales se atenderán dichas patologías. No se trata, por tanto, de una cobertura general respecto de cualquier condición de salud y de todos los tratamientos posibles, como acontece con los planes de salud –que son complementarios, denominándose incluso de ese modo– cuyas condiciones pueden convenir libremente los cotizantes con las Isapres, sino de una cobertura pre-definida por la autoridad sanitaria para un número determinado de enfermedades.

Se trata entonces de obligaciones plenamente reguladas que no quedan entregadas al ámbito de la libertad contractual de las partes que suscriben un contrato de salud, pues es una imposición que proviene de la ley.

Por último cabe precisar que para la patología N° 70 “Cáncer de Colon” el acceso a la etapa de “Seguimiento”, según la Guía Clínica Auge, comprende un período de cinco años y el primer control dentro debe efectuarse a los 90 días desde indicación médica.

Octavo: Que, del mérito de lo expuesto precedentemente, se advierte, en primer lugar, que no se configura la extemporaneidad alegada por el recurrido, puesto que la presente acción constitucional se sustenta sobre la base de la no entrega oportuna a la recurrente, de las prestaciones asociadas a las Garantías Explícitas en Salud que consagra la Ley N°19.996, en la etapa de seguimiento de su patología, el que conforme se explicó se extiende por el lapso de cinco años y en el presente caso, la recurrente ha debido esperar para dar inicio al mismo más de cuatro meses, sin que de los antecedentes aparezca, salvo el cumplimiento de la orden de no innovar decretada por la Corte de Apelaciones, en que el Hospital de Magallanes informa que asignó un nuevo control para el día 20 de febrero de este año; que el referido seguimiento se haya cumplido a cabalidad y en la forma que la Guía Médica del

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Servicio de Salud ordena. Por tanto, habiéndose interpuesto el recurso de protección con fecha 17 de enero pasado, se colige que éste fue deducido dentro del plazo contemplado por el Auto Acordado que reglamenta la materia, porque a la fecha se mantiene la irregularidad denunciada; siendo improcedente la alegación de extemporaneidad analizada.

Noveno: Que, en cuanto al fondo y conforme lo analizado precedentemente, queda en evidencia que la demora en la entrega de la hora médica a la recurrente, para el seguimiento de la operación a la que fue sometida en el mes de mayo de 2019, esto es, desde el 12 de junio de ese año – que fue solicitada y el 22 de noviembre de la misma anualidad en que se realizó, permite colegir que los informantes incurrieron en un acto arbitrario que desconoció la normativa legal que los reglamenta, al no garantizar a la actora el acceso efectivo a las prestaciones a que tiene derecho conforme lo dispone la Ley N°19.996 y olvidan que, si bien, el sistema de salud chileno tiene el carácter de mixto, en el cual participa un seguro público y uno privado, en el caso particular; deben complementarse, justamente, para resguardar la entrega de las referidas prestaciones asociadas a las Garantías Explícitas en Salud porque dicho mandato importa, en definitiva, dar cumplimiento a la obligación fundamental del Estado de la “Protección a la Salud” y que devela la función pública que, en los hechos, los entes privados cumplen en la materia y de la cual no pueden desentenderse.

En efecto, la Isapre Consalud y la Dra. Jofré, tienen la obligación legal de entregar a su afiliada y paciente, respectivamente, un acceso real a las prestaciones que derivan de las Garantías Explícitas de Salud, en especial la oportunidad en se realizan, lo cual no se cumplió por ninguno de los informantes, puesto que, en el caso de la primera, se limitó a designar un prestador, no obstante, estar en conocimiento - a lo menos desde el mes de junio de 2019-, de las dificultades que tenía la actora para acceder al prestador que le había asignado. Asimismo, de la sola lectura de los informes suscritos por ambas, se ratifica su actuar ilegal y arbitrario, puesto que, la referencia que hacen al control médico que se efectuó a la actora el día 28 de noviembre de 2019 y la posterior derivación del caso al Comité Oncológico, fue realizado por el Hospital de Magallanes y no por ellas, no obstante -se reitera- constituye su obligación legal hacerlo pero, además, esta Corte no puede dejar de destacar que tanto la Isapre como su prestadora individual, la Dra. Jofré, tampoco informaron sobre el Plan de Seguimiento que se debería estar cumplimiento en relación a la actora o al menos las fechas de los próximos controles, lo cual demuestra que se mantienen al margen de la ley, incurriendo en las conductas que le fueron imputadas, todo lo cual deja en evidencia la falta de la Isapre de coordinar los esfuerzos que contempla la ley respecto de la actora.

Décimo: Que, siguiendo el razonamiento expuesto, cabe señalar que el Hospital de Magallanes suscribió con la médico designada como prestador individual, doña Edith Jofré Kachele, un contrato bajo la modalidad, de “Convenio de atención de paciente particulares por profesional médico”, en el cual se contempla la atención preferente de los pacientes GES y que, si bien, el nosocomio no es parte de la red de prestadores de la recurrida, no se puede desconocer que hasta el año 2017 dicha profesional

era funcionaria del mismo recinto hospitalario y que formó parte del Comité Oncológico en que se presentó el caso de la actora, lo que unido a la condición de salud y patología que padecía aquella y, en especial, al deber de complementación que dichos organismos están obligados a mantener para los efectos de entregar las prestaciones que derivan de la normativa Ges, ameritaba que el Hospital de Magallanes adoptara todas las acciones tendientes a que se cumpliera con la referida normativa, lo cual no hizo oportunamente. ([Volver](#))

5.- Ramírez con Superintendencia de Valores y Seguros. Corte Suprema, Rol N°21.054-2020, de 28 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona fue sancionada por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) con una multa de 13.000 Unidades de Fomento, por estimarse que habría infringido lo dispuesto en los artículos 59, letras a) y f), y 165, de la Ley N°18.045, así como en el artículo 45 N°4 de la Ley N°18.046.

La misma persona fue condenada, en un procedimiento abreviado, en calidad de autor, de los delitos reiterados previstos en los artículos 59 letras a) y f), 60 y 166, todos de la Ley de Mercado de Valores, así como aquel previsto en el artículo 157 de la Ley General de Bancos; todos en grado de consumados y ocurridos en los años 2010 y 2011, imponiéndole una pena única de presidio menor en su grado máximo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, entre otras.

En relación con la multa impuesta por la SVS, el sancionado dedujo reclamación ante el 17° Juzgado Civil de Santiago, el cual rechazó la acción. En consecuencia, el demandante interpuso un recurso de apelación, que fue, en definitiva, rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Finalmente, en contra del fallo de segunda instancia, el demandante interpuso un recurso de casación en el fondo.

Fundamento: *Quinto: Que, asentadas las ideas anteriores y entrando al análisis de los arbitrios, es posible advertir que al menos en sus primeros cuatro apartados, se funda en una infracción al principio del non bis in ídem, sosteniendo que los hechos sancionados administrativamente serían los mismos que en materia penal, que las normas jurídicas infringidas por las conductas reprobadas serían las mismas y que se habría permitido una acumulación de sanciones – penal y administrativa- lo que, a su juicio, no estaría permitido por el ordenamiento.*

Sexto: Que la sentencia impugnada rechazó la alegación aludida en el motivo precedente, razonando en sus motivos décimo tercero a décimo octavo, que es posible afirmar que los mismos hechos que fueron objeto de al menos tres de las infracciones que motivaron la imposición de una sanción administrativa de multa aquí reclamada, justificaron también la imposición de una sanción penal privativa de libertad, lo que plantea resolver si hay en la especie una infracción a principio del non

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

bis in ídem. Para lo anterior, determina la Corte que debe dejarse en claro una cuestión fundamental, como es que el legislador consagra en los distintos literales del artículo 59 de la Ley N° 18.045 delitos penales, en tanto que la facultad que se arroga la Superintendencia de Valores y Seguros para sancionar administrativamente a Nicolás Ramírez Cardoen por los hechos que prevén las letras a) y f) del citado artículo 59 emanaría de lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, de modo que no es la Ley N° 18.045 la que contempla la sanción de multa por contravención a sus preceptos, sino un texto diverso, según lo prevé el inciso primero del artículo 58 de este cuerpo legal.

Enseguida, la sentencia establece que el legislador de la Ley del Mercado de Valores, permitió que coexistieran dos regímenes de penalidades; lo que se ha llamado “régimen de acumulación de sanciones penales y sanciones administrativas”, permitiendo en consecuencia la actuación del juez penal, de forma independiente de la del órgano administrativo, que puede imponer sanciones pecuniarias, lo que se encuentra plasmado en la historia de la Ley N°18.045, cuyo principal objetivo es que el reproche abarque toda la ilicitud y se repare el daño causado al bien jurídico, teniendo presente para ello los principios de lesividad, gravedad y complementariedad en la integración punitiva del mercado de valores.

Más adelante, los sentenciadores destacaron que el reclamante, en sede penal, aceptó los hechos en un procedimiento abreviado, en el cual, no existió rendición de prueba y la presunción de inocencia cedió, por la garantía de una defensa formal y de fondo y por el acabado conocimiento de los antecedentes existentes en poder del Ministerio Público, por lo que no podría hablarse de un juicio propiamente tal

Concluyeron que no existe un doble juzgamiento, como lo plantea el actor, ni tampoco se puede sostener que se trate de los mismos hechos, por cuanto en sede penal no se debatió sobre prueba, no se presentó prueba de descargo tendiente a cuestionar la prueba de cargo, sólo se discutió sobre la base de antecedentes; a diferencia del proceso en sede administrativa en donde, formulados los cargos, el multado tuvo la oportunidad de defenderse en forma activa y de producir prueba que reforzara su postura, por lo que desde dicho punto de vista, no se puede hablar de que se trate de unos mismos hechos, no existiendo doble juzgamiento; tampoco es el mismo bien jurídico protegido ni la misma lesión a aquél, siendo evidente que el bien jurídico es la infracción al mercado de valores, sin embargo, la diferencia en cuanto a la lesión a dicho bien jurídico sancionado por el órgano administrativo, a diferencia del penal, es la magnitud de la lesión y la permanencia en el tiempo de los actos que alteraron el mercado de valores, por lo tanto y tal como lo señala la historia de la Ley N°18.045, se trata de que el reproche abarque el castigo de toda la ilicitud para reparar el bien jurídico afectado.

En resumen, resolvieron que no existe lesión al principio de non bis in ídem, en atención a que en la especie no existió doble juzgamiento, no se trata de los mismos hechos, porque no se debatió sobre aquellos en sede penal, y dado que la sanción administrativa se impuso en virtud de la potestad punitiva del Estado, habiendo operado en forma acumulativa a la penal, como lo autoriza el artículo

58 de la Ley N°18.045 por la relevancia de mantener el orden de las actividades que están bajo su potestad fiscalizadora.

Séptimo: Que, sobre el principio del non bis in ídem, esto es, aquel con arreglo al cual una persona no puede ser condenada ni sancionada dos veces por un mismo hecho, esta Corte ha dictaminado en ocasiones anteriores que se trata de una garantía individual, cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N°3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. El referido principio busca evitar que una misma circunstancia o aspecto del hecho o de los hechos objeto de juzgamiento tengan relevancia bajo más de una descripción, y se contravenga así la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho. (Rol CS N°5493-2013 y Rol N°58,862-2016 por ejemplo)

Octavo: Que, sobre la alegación del recurrente, el principio del non bis in ídem plantea un problema de interpretación de la ley, a saber, determinar si es correcta la interpretación del actor que sostiene que las infracciones contempladas en la letra f) del artículo 59 de la Ley N°18.045 y del numeral 4° del artículo 42 de la Ley N°18.046 excluyen la posibilidad conjunta de la sanción penal y de la sanción administrativa.

Para clarificar lo anterior, resulta esencial acudir al inciso final del artículo 58 de la Ley N°18.045 que expresamente dispone que la obligación de la Superintendencia de Valores y Seguros de denunciar los delitos que señalan los artículos 59 y 60 de la misma ley es “sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones”. Esta disposición expresa patentemente la voluntad legislativa de que la eventual aplicación de las sanciones penales que correspondan de conformidad con los artículos 59 y 60 no impida la aplicación de las sanciones administrativas que corresponda imponer a la Superintendencia de Valores y Seguros.

Noveno: Que, sobre la norma del artículo 58 de la Ley N°18.045, el recurrente ha propuesto que las expresiones “mismas situaciones” se interpreten en armonía a la norma constitucional del artículo 19 N°3 incisos 8° y 9° de la Carta Fundamental, haciendo hincapié en que dicho enunciado debe diferenciarse de los vocablos “mismos hechos”, siendo la primera, indicativa de que la acumulación a que alude el artículo 58 precitado, es comprensiva de conductas que hayan ocurrido en relación con / o alrededor de aquellas cuya eventual comisión sólo puede juzgar la jurisdicción penal.

Pues bien, esta interpretación que se postula en el recurso no puede ser aceptada, primero porque parte de la base de una premisa que no se deduce de ningún conocimiento asentado o comprobable, como es que las expresiones “situación” y “hecho” tendrían una relación de género a especie, en circunstancias que más bien parecen ser vocablos que el legislador ha usado como sinónimos. En efecto, el inciso final del artículo 58 de la Ley N°18.045 prevé lo siguiente: “Cuando en el ejercicio de sus funciones, los funcionarios de la Superintendencia tomen conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de los delitos señalados en los artículos 59 y 60 de esta ley, salvo en lo referente a la conducta ministerial de sus subalternos, el plazo de 24 horas a que se refiere el artículo 176 del Código

Procesal Penal, solo se contará desde que la Superintendencia haya efectuado la investigación correspondiente que le permita confirmar la existencia de tales hechos y de sus circunstancias, todo sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones.” Como puede apreciarse, la expresión “situaciones” está referida a la anterior alusión efectuada a “tales y de sus circunstancias”, apareciendo más bien que el legislador ha acudido a la expresión “situaciones” sólo como una forma de evitar la reiteración de la palabra “hechos”.

Décimo: Que, por otra parte, aun cuando la tesis del arbitrio parezca enarbolarse en defensa de una supuesta interpretación al tenor del artículo 19 del Código Civil, lo cierto es que contraviene dicha regla de hermenéutica, en tanto ésta impone que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. A mayor abundamiento, el espíritu de la norma en estudio fue expresamente considerado por el fallo impugnado, el cual hizo alusión a la historia de la Ley N°18.045, en la cual se dejó especial constancia que el principal objetivo de la regla mencionada, consiste en que el reproche abarque toda la ilicitud y se repare el daño causado al bien jurídico, teniendo presente para ello los principios de lesividad, gravedad y complementariedad en la integración punitiva del mercado de valores.

Undécimo: Que, en el mismo sentido, cabe destacar que la facultad de la entidad fiscalizadora, para imponer la multa, arranca de lo establecido en el artículo 27 del Decreto Ley N° 3.538, que dispone: “Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las que rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones (...)”.

La norma transcrita, consagra expresamente la facultad de la Superintendencia de Valores y Seguros de sancionar administrativamente las conductas de los entes regulados que implique una infracción a la ley, con independencia de las sanciones inclusive penales, que se puedan contemplar en otros cuerpos normativos. La razón de aquello radica en que el bien jurídico protegido, esto es, la transparencia y fiabilidad de la información que entregan los operadores al mercado de valores, se vincula directamente con el fin disuasivo de la sanción pecuniaria, toda vez que los altos montos contemplados en la legislación se relacionan estrechamente con el desincentivo para el resto de los operadores de incurrir en tales conductas, toda vez que una eventual ganancia económica obtenida en virtud de la conducta infraccional se neutraliza con multas elevadas que dan una clara señal al mercado, impidiendo que aquellos adopten conductas de riesgo con miras a eventuales ganancias ilícitas. Así, el fin de la sanción penal es distinto, pues sólo tiene un carácter retributivo, que busca restablecer el equilibrio social, reprimiendo la conducta del sujeto que incurre en el hecho punible.

Duodécimo: Que, en consecuencia, esta Corte comparte la interpretación efectuada por los sentenciadores, especialmente, en cuanto a que el artículo 58 de la Ley N°18.045 permite la

acumulación de la sanción penal y de la sanción administrativa, atendido los diversos bienes jurídicos protegidos, debiendo descartarse la infracción al principio del non bis in ídem.

Décimo tercero: Que, asimismo, en la medida que la excepción de cosa juzgada se opuso con el objetivo de reafirmar una supuesta vulneración al principio tantas veces aludido, y establecido que ello no ocurre, como también habiéndose determinado en la sentencia impugnada que no existe igualdad de hechos, toda vez que en sede administrativa se ha sancionado al actor por un número superior de conductas infraccionales, y asentado además la diferencia de bienes jurídicos protegidos, debe arribarse a la conclusión que los sentenciadores tampoco han incurrido en el yerro por el que se les imputa haber vulnerado los artículos 175 y 177 del Código de Procedimiento Civil

Décimo cuarto: Que, resta por referirse al capítulo relacionado con la prescripción, sobre lo cual esta Corte ha dicho en otras situaciones que si bien existe consenso en orden a que tanto la sanción penal como la administrativa son manifestaciones de un único ius puniendi estatal, ello no implica de inmediato la aplicación de los principios del derecho penal a la sanción impuesta por la Administración, por cuanto existen ciertos matices dados principalmente por la finalidad perseguida por el legislador al asociar uno u otro tipo de responsabilidad a una conducta determinada.

En efecto, el proceso criminal tiene por objeto la verificación de un hecho punible a la luz del tipo penal descrito por la ley, a fin de determinar responsabilidades partícipes del mismo e infligir la pena correspondiente; mientras que el designio del procedimiento de reclamo de multa es diametralmente contrario, radica en determinar si la actuación de la Administración se ajusta a la legalidad, tanto en lo formal – las normas de tramitación del respectivo procedimiento – como en lo sustancial, en orden al cumplimiento de las garantías que la Constitución y las leyes aseguran.

Décimo quinto: Que el artículo 33 del Decreto Ley N°3.538 manda que “La Superintendencia no podrá aplicar multa a un infractor, luego de transcurridos cuatro años desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse el hecho penado o de ocurrir la omisión sancionada”. La sola lectura del precepto muestra que se trata de un plazo de caducidad, que procura servir de coto a la potestad sancionatoria, y entiende que luego de ese lapso carece de eficacia el castigo y resulta inútil para el cumplimiento de su finalidad preventivo-represora.

Décimo sexto: Que, en todo caso, aun cuando los sentenciadores hubieran errado en aplicar dicha norma para resolver la excepción de prescripción, lo cierto es que dicha incorrección no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que esta Corte ya ha decidido en ocasiones pretéritas que cabe aplicar como supletorio el derecho común y no la prescripción de seis meses que para las faltas contempla el artículo 94 del Código Penal, desde que la mera circunstancia que la contravención conlleva una sanción pecuniaria no transforma ese ilícito en una falta penal o que deba reputársele como tal.

Décimo séptimo: Que es así como la omisión de un plazo de prescripción en el Decreto Ley N° 3.538, obliga a desentrañar dentro de la legislación común la normativa que la rige y que no es otra que la preceptiva del régimen civil, cuya regla general sobre prescripción extintiva es la de cinco años contenida en el artículo 2515 del Código Civil.

Décimo octavo: Que habida cuenta que se halla establecido que el actor conoció las irregularidades a lo menos desde el mes de enero del año 2010, y que se formularon cargos el 13 de julio del año 2011, en tanto la resolución que impuso la multa se extendió el 9 de marzo de 2012, cabe concluir que no había expirado el término de cinco años fijado en el artículo 2515 del Código Civil, por lo que el reproche del recurso carece de influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia impugnada, de modo que no puede prosperar. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- COVID-19, atribuciones jefe superior, adopción medidas de gestión necesarias, planes de trabajo, retorno gradual funcionarios, tareas presenciales. Dictamen N°E37.918, de 23 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: La Asociación de Funcionarios de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB) y la Asociación de Funcionarios de Chilecompra –por cuerda separada– solicitaron se dejen sin efecto las resoluciones de la JUNAEB y de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que respectivamente indican, las que, en lo que interesa, aprobaron planes de retorno gradual de los funcionarios públicos a las tareas presenciales, en el contexto del brote de COVID-19.

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

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

En tal contexto, y en lo que interesa, dicho pronunciamiento expresa que los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer, ante esta situación

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

de excepción, que los servidores, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, cumplan sus funciones mediante trabajo remoto, determinación que corresponde a la superioridad respectiva.

Asimismo, agrega que el jefe superior del servicio podrá determinar qué unidades o grupos de servidores deberán permanecer realizando las labores mínimas en forma presencial, para garantizar la continuidad del cumplimiento de las funciones indispensables de los servicios públicos.

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

En ese contexto, tal como se señaló en el dictamen N° 10.067, de 2020, de este origen, no es posible considerar como un incumplimiento del citado dictamen N° 3.610, el hecho que la respectiva autoridad no adopte la totalidad de las medidas que en él se mencionan, o que lo haga en una forma diversa, constituyendo esa decisión un aspecto de mérito.

Asimismo, puntualmente sobre la determinación de mantener o no el trabajo remoto por parte de los organismos públicos, es del caso recordar que el dictamen N° 9.762, de 2020, resolvió que producto de las excepcionales circunstancias actuales, los jefes de servicios se encuentra habilitados para disponer el teletrabajo de sus funcionarios, siempre que no se afectare la continuidad de los servicios críticos, siendo esa decisión una medida de gestión interna del órgano, en razón a las facultades de dirección, administración y organización que la ley N° 18.575 otorga al jefe superior del respectivo servicio.

Expuesto lo anterior, cabe consignar que de los antecedentes tenidos a la vista se aprecia que la resolución exenta N° 1.320, de 2020, de la JUNAEB, impartió instrucciones sobre el retorno gradual de sus trabajadores, y por su resolución exenta N° 1.422, de 2020, estableció las funciones esenciales del servicio que requerían dicha presencia y una nómina de personas que deben retornar presencialmente en el plazo que indica. Por su parte, la resolución exenta N° 58 A, de 2020, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, establece un plan de retorno gradual de sus funcionarios, definiendo las funciones internas que requieren atención presencial.

En tal contexto, y conforme a lo ya anotado, se reitera que es atribución de cada jefatura superior tanto disponer el trabajo remoto para sus funcionarios, como cesar esa medida de gestión, a fin de atender presencialmente las funciones que estimen esenciales y requieran dicha modalidad de trabajo, las que deben ser adoptadas teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar la salud de los servidores públicos y de la población en general, evitando la propagación de la pandemia, así como

mantener la continuidad del servicio, a fin de no interrumpir las funciones indispensables para el bienestar de la comunidad.

Lo anterior no obsta a que las referidas jefaturas puedan ponderar la circunstancia de que los funcionarios que deban retornar presencialmente a sus labores tengan su domicilio particular en zonas de cuarentena obligatoria decretada por la autoridad sanitaria, o que sus lugares de trabajo se hallen en dicha circunstancia, siempre y cuando se mantenga la continuidad del servicio público, encontrándose radicada en ellas la facultad de adoptar las medidas de gestión pertinentes, considerando tal situación, así como ponderar la modalidad más idónea de prestación de los servicios, en atención a las particularidades del estado de la pandemia y de la labor que en cada caso debe ser desarrollada por los funcionarios.

Asimismo, cabe precisar que el documento emitido por la Oficina Nacional de Emergencia, antes reseñado, referido a lineamientos para definir los servicios esenciales en pandemia COVID-19, constituye, como su denominación lo señala, una directriz en la materia, y no una instrucción obligatoria para los servicios públicos.

Por consiguiente, compete a la JUNAEB y a la Dirección de Compras y Contratación Pública ponderar las circunstancias que detallan los recurrentes y resolver las medidas que estimen necesarias conforme a dicha evaluación. ([Volver](#))

2.- Lobby, aplicación normativa, excepciones, reuniones, remisión de documentos entre servicios públicos, principio de coordinación. Dictamen N°E37.908, de 23 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: Un senador consultó sobre la legalidad del acceso del Ministerio del Interior y Seguridad Pública al denominado informe “Big Data”, entregado por esa cartera al Fiscal Nacional del Ministerio Público, documento en el que se revisaría el comportamiento de las redes sociales a partir del 18 de octubre de 2019.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe recordar que la ley N° 20.730 -cuyo objetivo es regular las relaciones de lobby y gestión de intereses particulares-, en el numeral 2) de su artículo 6° dispone que se encuentran excluidas de esa normativa toda declaración, actuación o comunicación hecha por los sujetos pasivos en el ejercicio de sus funciones. Conforme al numeral 4), se encuentra en la misma situación la información entregada a una autoridad pública, que la haya solicitado expresamente para efectos de realizar una actividad o adoptar una decisión, dentro del ámbito de su competencia.*

Asimismo, en virtud del principio de coordinación que rige a los órganos de la Administración del Estado según los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575, dichas entidades pueden remitir y compartir los antecedentes que sean útiles para dar cumplimiento a sus funciones, dentro de sus esferas de atribuciones.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

En dicho contexto legislativo, es del caso indicar que la citada ley N° 20.730, no resulta aplicable a las reuniones o remisiones de documentos entre servicios públicos, como sucedió en la especie.

Por consiguiente, no se advierte irregularidad en la recepción del informe en estudio por parte del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Luego, respecto de la forma en que la Agencia Nacional de Inteligencia accedió a dicho informe, cabe señalar que este le fue proporcionado por la empresa Alto Data Analytics, en calidad de muestra, sin mediar costo -según indica el singularizado Ministerio-, a fin de mostrar posibles productos a entregar para generar inteligencia.

Al efecto, es necesario considerar que el artículo 7° de la ley N° 19.974, crea la Agencia Nacional de Inteligencia, como un servicio público centralizado, de carácter técnico y especializado, que estará sometido a la dependencia del Presidente de la República a través del Ministro del Interior, cuyo objetivo será producir inteligencia para asesorar al Presidente de la República y a los diversos niveles superiores de conducción del Estado, en conformidad a esa ley.

Enseguida, el artículo 8°, letra a), de ese cuerpo normativo, indica que la Agencia Nacional de Inteligencia tiene entre sus funciones recolectar y procesar información de todos los ámbitos del nivel nacional e internacional, con el fin de producir inteligencia y de efectuar apreciaciones globales y sectoriales, de acuerdo con los requerimientos efectuados por el Presidente de la República.

Asimismo, el artículo 38 de la citada norma señala que se considerarán secretos y de circulación restringida, para todos los efectos legales, los antecedentes, informaciones y registros que obren en poder de los organismos que conforman el Sistema de Inteligencia o de su personal, cualquiera que sea su cargo o la naturaleza de su vinculación jurídica con éstos. Asimismo, tendrán dicho carácter aquellos otros antecedentes de que el personal de tales organismos tome conocimiento en el desempeño de sus funciones o con ocasión de estas.

Por su parte, el artículo 41 de la misma ley dispone que los funcionarios de los organismos de inteligencia, cualquiera que sea su rango o nivel jerárquico, tendrán derecho a mantener en secreto la identidad de las personas que han sido sus fuentes de información, las que no estarán obligados a revelar ni aun a requerimiento judicial.

De la normativa expuesta se aprecia que la legislación aplicable a la Agencia Nacional de Inteligencia regula de manera especial las actuaciones de esta y de sus funcionarios en materia de obtención de información de inteligencia, por lo que no resulta aplicable a las reuniones que se lleven a cabo para esos fines lo previsto en la aludida ley N° 20.730.

Del mismo modo, y en consideración a que la entrega del referido informe no deriva de un proceso de contratación llevado a cabo por la Agencia Nacional de Inteligencia, tampoco resulta aplicable en este caso la regulación contenida en la ley N° 19.886. ([Volver](#))

3.- COVID-19, jornada de trabajo, implementación de turnos, tareas vía remota, autorización descanso complementario, modo excepcional y justificado. Dictamen N°E39.753 de 30 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: La Subsecretaría de Medio Ambiente consultó si procede otorgar descanso complementario al personal que se desempeña en el Área de Calidad del Aire y Cambio Climático y en el Área de Comunicaciones de la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Medio Ambiente de la Región Metropolitana.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe indicar que el inciso primero del artículo 65 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, dispone que la jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios será de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias.*

El inciso primero de su artículo 66 previene que el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, podrá ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables, añadiendo su inciso segundo que aquellos se compensarán con descanso complementario o, si ello no fuere posible por razones de buen servicio, con un recargo en las remuneraciones, cuyo porcentaje se fija en los artículos 68 y 69.

Finalmente, el artículo 70 de la citada ley N° 18.834 prevé que el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, ordenarán los turnos pertinentes entre su personal y fijarán los descansos complementarios que correspondan.

Luego, debe anotarse que esta Entidad de Control ha sostenido, entre otros, en su dictamen N° 38.119, de 2007, que la implementación de turnos es una facultad otorgada a la autoridad, en línea con los principios de servicialidad del Estado y continuidad de la función administrativa, tal como se infiere de los artículos 1° de la Constitución Política y 3° y 5° de la ley N° 18.575.

Por ello, la jurisprudencia de este origen contenida, entre otros, en el dictamen N° 72.978, de 2016, ha resuelto que compete a la autoridad disponer el cumplimiento de esta modalidad de trabajo cuando ello resulte necesario para la ejecución de determinadas tareas que sean indispensables para el adecuado cumplimiento de las funciones del organismo.

Luego, es el caso anotar que, habida consideración de las particulares circunstancias de funcionamiento derivadas de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, el dictamen N° 3.610, de 2020, precisó que los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores que en ellos se desempeñan, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, cumplan sus funciones mediante

trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía, según determine la superioridad respectiva.

De este modo, resulta procedente que, de forma excepcional y debidamente justificada, se autoricen los descansos complementarios que correspondan a los funcionarios que deben cumplir las reseñadas labores en un sistema de turnos que venían desarrollándose antes de la pandemia, y que debido a ella se encuentran autorizados para realizar sus tareas vía remota.

En este sentido, la situación que nos ocupa difiere de aquella resuelta en los dictámenes Nos 3.610 y 8.232, ambos de 2020, que concluyeron que los servidores que desempeñan sus funciones de manera remota en atención a las actuales circunstancias sanitarias, no pueden percibir el pago de horas extraordinarias ni acceder al descanso compensatorio, debiendo las jefaturas abstenerse de disponer trabajos extraordinarios respecto de dicho personal, toda vez que, en la especie, la especial naturaleza de las actividades que deben realizar los funcionarios de las áreas mencionadas justifica mantener el sistema de turnos que se ha venido desarrollando al efecto. Lo anterior, por cuanto las características propias de dichas labores específicas de monitoreo exigen su desarrollo más allá de los límites de la distribución general de la jornada ordinaria, situación diversa de la mera prolongación de esta jornada y que no es posible pagar de acuerdo a la mencionada jurisprudencia administrativa. ([Volver](#))

4.- COVID-19, teletrabajo, jornada de trabajo, control horario, mecanismos de validación, sistema remoto de marcación. Dictamen N°E39.754 de 30 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: La Subsecretaría de Medio Ambiente consultó si procede instaurar en esa institución un sistema remoto de marcación de asistencia vía georreferenciación, ante el nuevo escenario de la función pública propiciado por la instalación del trabajo remoto y su conciliación con el resguardo de los deberes y obligaciones funcionarias.

Fundamento: *En ese contexto, corresponde hacer presente a la institución recurrente, que el control de la jornada no es una medida que se avenga con la modalidad de desempeño de labores en forma remota, ya que por sí solo no es indicativo del trabajo efectuado por los funcionarios afectos a ese sistema, debiendo adoptarse, en cambio, otros resguardos y mecanismos de validación del quehacer efectivamente realizado por los servidores que no laboran en forma presencial.*

Lo anterior, guarda armonía con lo dispuesto por el legislador en los casos en que ha autorizado a ciertos órganos públicos a someter al régimen de teletrabajo a un porcentaje de su personal, como ha tenido lugar mediante el artículo 43 de la ley N° 20.971, y los artículos 45 y 46 de la ley N° 21.126, los que han eximido a dicho personal del control horario de jornada de trabajo. Además, la misma preceptiva encarga a los respectivos jefes de servicio establecer los mecanismos y periodicidad para la rendición de cuentas de las labores encomendadas, y regular las medidas de control jerárquico que aseguren el correcto desempeño de la función pública, lo que evidencia que bajo la modalidad de trabajo

a distancia lo fundamental es que se desarrollen las pertinentes tareas y no que ello se haga dentro de un determinado horario, como sí acontece con el trabajo presencial.

Lo anterior, no obsta a que, en ejercicio de sus atribuciones, ese organismo pueda instaurar un sistema remoto de marcación de asistencia vía georreferenciación, de uso optativo para los funcionarios que se desempeñen en forma presencial y que hasta ahora registran su jornada a través del reloj control, como asimismo, disponer que sea utilizado por los empleados que ejercen labores en forma remota, en la medida que, como se indicó, ello sea complementado con otros mecanismos de comprobación del trabajo efectivo que estos realicen y que no sea utilizado para autorizar el pago de horas extraordinarias, ya que ello no resulta posible de acuerdo a la mencionada jurisprudencia administrativa. ([Volver](#))

5.- Medio ambiente, área de preservación ecológica, áreas bajo protección oficial, proyectos, evaluación de impacto ambiental, permisos de edificación. Dictamen N°E39.766 de 30 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: La Superintendencia del Medio Ambiente –SMA- solicitó un pronunciamiento que determine, en general, si un proyecto ubicado en un área que el Plan Regulador Metropolitano de Santiago -PRMS- ha definido como “área de preservación ecológica” debe entenderse emplazado en un “área colocada bajo protección oficial”, en conformidad con el artículo 10, letra p), de la ley N° 19.300, para efectos de su ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental -SEIA-.

Por otra parte, una persona reclamó en contra de la SMA por haber emitido esta el oficio N° 3.559, de 2019, que habría dejado sin efecto la paralización de la ejecución del proyecto “Chaguay”, solicitando, además, que se precise si procede que la Dirección de Obras Municipales de Lo Barnechea otorgue permisos de edificación o recepciones definitivas de viviendas en los lotes incluidos en el enunciado proyecto.

Asimismo, un diputado y las empresas MDPR SpA y Chicureo SpA, cada uno por las consideraciones que señala, solicitaron se les tenga como parte interesada en el procedimiento.

Finalmente, la Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea solicitó un pronunciamiento que determine el deber de someter a una evaluación ambiental preventiva al proyecto “Chaguay”

Fundamento: *En este sentido, la jurisprudencia de este Organismo de Control contenida en el dictamen N° 59.686, de 2016, ha indicado que para que se esté en presencia de un área colocada bajo protección oficial, se requiere de un acto formal de la autoridad competente en el cual se declara la voluntad de sujetar un bien o una zona determinada a un régimen jurídico de protección ambiental previsto en el ordenamiento.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Para efectos de determinar los actos que pueden implicar esa protección oficial, es necesario recordar que la legislación ambiental, acorde con el criterio sustentado, entre otros, por el dictamen N° 4.000, de 2016, no se encuentra restringida a la ley N° 19.300 y su reglamento, sino que comprende todas aquellas normas que por su naturaleza y alcance son de contenido ambiental. Así, ese pronunciamiento consignó que las normas de los instrumentos de planificación territorial -IPT- que reconocen o definen áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural son normas de carácter ambiental y, por tanto, expresión de la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Luego, aplicando igual razonamiento, también son normas de carácter ambiental las disposiciones de los instrumentos de planificación territorial que reconocen o definen áreas de protección de recursos de valor natural, dictadas con sujeción a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones -OGUC-, aprobada por el decreto N° 47, de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En tal entendido, es necesario precisar que si bien actualmente el artículo 2.1.18. de la OGUC, desde su modificación por el decreto N° 10, de 2009, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, solo permite que en los instrumentos de planificación territorial se reconozcan áreas de protección de recursos de valor natural ya protegidos oficialmente por la normativa aplicable, antes de la vigencia de esa modificación se autorizaba que por esos instrumentos se definieran dichas áreas.

Por lo tanto, una disposición vigente de un IPT que defina una zona como área de protección de valor natural, en virtud de la habilitación que antes de la aludida modificación contenía el citado artículo 2.1.18., constituye una norma de carácter ambiental emanada de la autoridad habilitada, a través de la cual se adscribe a dicha zona a un régimen de protección especial, debiendo considerarse a la misma, por consiguiente, dentro de la categoría de “área colocada bajo protección oficial”, en conformidad con el artículo 10, letra p), de la ley N° 19.300, para efectos de su ingreso al SEIA.

La circunstancia de que el citado artículo 2.1.18. actualmente solo permita el reconocimiento de áreas de protección de valor natural por parte de los instrumentos de planificación territorial, no obsta a que las definiciones de tales áreas establecidas en los mismos con anterioridad a la modificación del aludido decreto N° 10, de 2009, se encuentren conforme a derecho, pues el planificador se encontraba debidamente habilitado para determinarlas, no pudiendo entenderse derogadas tácitamente (aplica criterio contenido en el dictamen N° 1.248, de 2018).

Pues bien, el artículo 8.3.1.1 del Plan Regulador Metropolitano de Santiago (PRMS), dictado al amparo del antiguo artículo 2.1.18., define “Áreas de Preservación Ecológica” como “aquellas áreas que serán mantenidas en estado natural, para asegurar y contribuir al equilibrio y calidad del medio ambiente, como asimismo preservar el patrimonio paisajístico”.

Dispone también ese precepto, que son “parte integrante de estas zonas, los sectores altos de las cuencas y microcuencas hidrográficas; los reservorios de agua y cauces naturales; las áreas de

preservación del recurso nieve, tanto para su preservación como fuente de agua potable, como para evitar el emplazamiento de construcciones dentro de las canchas de esquí; las cumbres y los farellones; los enclaves de flora y refugios de fauna; como asimismo, los componentes paisajísticos destacados” y que “Quedarán integradas en esta zona, con sus correspondientes legislaciones, las diversas áreas que tengan características de Áreas Silvestres Protegidas, como los Parques Nacionales, Reservas Nacionales, las Áreas Complementarias a las Áreas Silvestres Protegidas y que corresponden a los Santuarios de la Naturaleza y Lugares de Interés Científico y en general todas aquellas áreas que conforman Reservas Naturales, Monumentos Naturales y Áreas de Protección Existentes”.

Añade, en lo que interesa, que “En estas Áreas se permitirá el desarrollo de actividades que aseguren la permanencia de los valores naturales, restringiéndose su uso a los fines: científico, cultural, educativo, recreacional, deportivo y turístico, con las instalaciones y/o edificaciones mínimas e indispensables para su habilitación.

En este orden de consideraciones, el PRMS, encontrándose habilitado a la sazón, definió áreas de protección de valor natural bajo la denominación de “áreas de preservación ecológica”, las que, por consiguiente, constituyen áreas colocadas bajo protección oficial para los efectos de lo previsto en la letra p) del artículo 10 de la ley N° 19.300, como lo indicó el citado oficio N° 16.557, de 2019, de la I Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, interpretación que deberán respetar e incorporar en sus actuaciones tanto el SEA como la SMA.

Sin embargo, no puede desconocerse que, según lo informado por el SEA -ente encargado de la administración del SEIA, conforme a los artículos 8° y 81 de la ley N° 19.300-, “en virtud de la modificación de la OGUC del año 2009”, su oficio instructivo N° 130.844, de 2013 -que uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del SEIA e individualiza ciertas categorías de estas no identifica las áreas de protección de valor natural definidas por un IPT entre las “áreas colocadas bajo protección oficial”.

En este sentido, tanto en los oficios circulares del SEA, de conocimiento general, como en sus resoluciones de pertinencia de ingreso al SEIA -dictadas en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 26 del reglamento antes citado- ese servicio ha manifestado que entiende que las áreas de preservación ecológica definidas en instrumentos de planificación territorial no corresponden a áreas colocadas bajo protección oficial para efectos de lo dispuesto en el artículo 10, letra p), de la ley N° 19.300.

Luego, teniendo en cuenta la interpretación que ha venido divulgando y aplicando el SEA, y el resguardo del principio de seguridad jurídica, se hace necesario delimitar los efectos temporales del criterio que se sustenta en el presente pronunciamiento a fin de no afectar situaciones consolidadas.

Al efecto, corresponde entender que tales situaciones se han producido con el inicio de la ejecución del respectivo proyecto, al amparo de las autorizaciones que jurídicamente resulten procedentes, y de lo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

declarado por la autoridad competente en cuanto a que el emplazamiento de proyectos en áreas de preservación ecológica definidas por el PRMS no constituía una causal de ingreso al SEIA.

De este modo la aplicación del criterio contenido en el presente no afectará a aquellos proyectos o actividades que, debidamente aprobados y emplazándose en un área de protección de valor natural definida en un instrumento de planificación territorial, han comenzado a ejecutarse sin someterse al SEIA, por entender que, conforme al criterio sustentado por la autoridad competente, no se encontraban en la obligación de ingresar a ese sistema en razón de esa ubicación.

Igualmente, es menester recordar que según lo ha señalado la jurisprudencia administrativa - contenida, entre otros, en el dictamen N° 48.164, de 2016-, la sola circunstancia de que un proyecto se desarrolle en una de las áreas previstas en el referido literal p) no basta para sostener que aquel obligatoriamente debe ingresar al SEIA, pues el mencionado artículo 10 de la ley N° 19.300 exige, además, que se trate de proyectos o actividades “susceptibles de causar impacto ambiental”.

Así, no todo proyecto o actividad que se pretende ejecutar en un área que se encuentra bajo protección oficial debe necesariamente ser sometido al SEIA, sino solo aquellos que resulten relevantes desde el punto de vista del impacto ambiental que son susceptibles de provocar. Ello, en todo caso, es sin perjuicio de la concurrencia de otras causales que hagan procedente el ingreso de un proyecto al SEIA.

En atención a las consideraciones expresadas, se deja sin efecto lo instruido en el oficio N° 16.557, de 2019, de la I Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, en orden a que la SMA inicie un procedimiento invalidatorio relativo a su resolución exenta N° 618, de 2019 - por la que desestimó una denuncia en contra del proyecto que analiza, por estar emplazado en un área de preservación ecológica definida en el PRMS-, a fin de que ejerciera la atribución contenida en el artículo 3°, letra i), de la ley orgánica de esa superintendencia -aprobada por el artículo segundo de la ley N° 20.417-, de requerir, previo informe del SEA, al titular del proyecto someterse al SEIA.

En otro sentido, en lo relativo al reclamo del señor Prieto Infante en contra de la SMA, cabe indicar que de acuerdo a los antecedentes acompañados, mediante el oficio N° 3.303, de 2019 -emitido con ocasión de una denuncia en contra del proyecto “Chaguay” por no someterse al SEIA-, esa superintendencia solicitó a la empresa titular del proyecto abstenerse de continuar con la ejecución de las obras en tanto no obtuviese la resolución de calificación ambiental y permisos ambientales correspondientes, o la respectiva resolución de pertinencia.

Dicha solicitud fue dejada sin efecto por el oficio 3.559, de 2019, de la misma superintendencia - impugnado por el referido peticionario-, en el entendido que lo que procedía era finalizar la investigación de la denuncia en cuestión y determinar si, en definitiva, el mencionado proyecto debía o no someterse a la evaluación ambiental.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Pues bien, como se puede advertir, la decisión de la SMA que se controvierte fue emitida en el contexto en que el SEA entendía que los proyectos o actividades a ejecutar en las áreas de preservación ecológica definidas en el PRMS no debían ingresar al SEIA, de manera tal que no cabe formular reproche a la actuación de aquella.

Por otra parte, en cuanto a la consulta del mismo recurrente respecto a si procede que la respectiva dirección de obras municipales otorgue permisos de edificación o recepciones definitivas de viviendas en los lotes incluidos en el aludido proyecto Chaguay, y considerando que no se aportan mayores antecedentes sobre las eventuales solicitudes, cabe consignar que esta Contraloría General ha manifestado en los dictámenes N°s 20.311, de 2011, y 12.274, de 2012, que aun cuando las concernientes construcciones se encuentren dispuestas en un área regulada por el anotado instrumento de planificación territorial, deben ceñirse a las disposiciones del artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones -LGUC-, aprobada por el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con las restricciones y salvedades que indica.

Dicho precepto legal dispone, en su inciso primero, que fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones, salvo aquellas que fueren necesarias para la explotación agrícola del inmueble, o para las viviendas del propietario del mismo y sus trabajadores, o para la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado. Agrega su inciso segundo, que corresponderá a la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo respectiva cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana intercomunal.

Enseguida, con ese objeto, sus incisos tercero y cuarto regulan, respectivamente, aquellos casos en que, no obstante la prohibición establecida en el inciso primero del antedicho artículo 55, se podrá, previo cumplimiento de las exigencias que ahí se señalan -relativas a la obtención de los informes favorables por parte de las reparticiones públicas que indican-, subdividir y urbanizar terrenos rurales con los fines que precisan y realizar las construcciones que especifican, fuera de los límites urbanos.

Del mismo modo, esta Entidad de Fiscalización ha sostenido, entre otros, en el dictamen N° 21.388, de 2017, que el apuntado artículo 55 y su reglamentación -aludiendo al N° 4 del artículo 2.1.19. de la OGUC-, establecen un procedimiento que debe seguirse en cada situación particular para que se otorgue por parte de la pertinente Dirección de Obras Municipales el permiso para construir en el área rural cuya aplicación no puede desconocer la existencia de una potestad planificadora fuera de los límites urbanos, que según el artículo 34 de la LGUC, es ejercida a través del atingente Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano.

Ello supone, como se manifestó en dicha jurisprudencia, la necesaria consideración, por parte de la autoridad competente, de los usos de suelo que contemplan los instrumentos de planificación territorial, para los efectos señalados en el mencionado artículo.

Siendo ello así, solo cabe anotar que corresponde que la Dirección de Obras Municipales pondere las solicitudes de permiso que se formulen en relación con dichas zonas, conforme al ordenamiento aplicable.

Con todo, es dable consignar que en armonía con lo expresado en el dictamen N° 10.290, de 2020, a las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo se les ha asignado -de acuerdo con la normativa citada en ese pronunciamiento, entre ella, el enunciado inciso segundo del artículo 55 de la LGUC- el deber de cautelar que no se originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana intercomunal, por lo que esa repartición debe adoptar las providencias que resulten pertinentes para efectos de cumplir con la función que le ha sido atribuida.

Finalmente, en atención a lo concluido en este pronunciamiento, el SEA deberá adecuar el aludido oficio instructivo N° 130.844, de 2013, en los términos antes expuestos, informando de ello a este Organismo de Control en el plazo de 30 días contado desde la total tramitación del presente oficio.
([Volver](#))

6.- ENAP, cargo ejecutivo principal, cumplimiento requisito educacional, inhabilidad sobreviniente. Dictamen N°E39.725 de 30 de septiembre de 2020.

Hechos del caso: La Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) solicitó un pronunciamiento que precise el sentido y alcance de la exigencia prevista en el nuevo artículo 10 de la ley N°9.618, en relación con el artículo 5°, letra b), de dicho texto legal, que establece un determinado requisito educacional para ser nombrado en un cargo de ejecutivo principal de la empresa, particularmente en lo referido a quienes ejerzan tales plazas en calidad de interinos. Asimismo, requirió que se precise la época de entrada en vigencia del mencionado artículo 10 de la ley N° 9.618 y la forma de aplicarse a las personas que a esa data se encontraban desempeñando cargos correspondientes a ejecutivo principal en la aludida empresa, en virtud de un contrato de trabajo celebrado con anterioridad y que no cumplirían con el reseñado requisito educacional.

Fundamento: *Sobre el particular, conviene recordar que la ley N° 21.025, que estableció un nuevo gobierno corporativo de la ENAP, introdujo una serie de modificaciones a la ley N° 9.618 - cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1986, del Ministerio de Minería-, incorporando varias disposiciones a ese texto legal, entre ellas, los actuales artículos 5°, 6° y 10.*

En tal sentido, el inciso primero del artículo 5° de la ley N° 9.618 establece que sólo podrán ser nombrados directores de la ENAP las personas que cumplan a lo menos, entre otros, con el requisito

contemplado en su letra b), a saber, en lo que interesa, estar en posesión del grado académico de licenciado o de un título profesional de una carrera de a lo menos ocho semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste, o de un título de nivel equivalente otorgado por una universidad extranjera.

Su inciso segundo prescribe que el director que deje de cumplir con alguno de los requisitos señalados en el inciso anterior se considerará inhábil para desempeñar el cargo.

Por su parte, su artículo 6° menciona a las personas que no pueden ser designadas en el cargo de director.

Enseguida, el inciso primero del artículo 10 de la misma ley previene, en lo que interesa, que en la designación de las personas que ejerzan los cargos de gerente general y demás ejecutivos principales de la Empresa, deberá observarse lo dispuesto en los artículos 5° y 6°, salvo en lo referido a la experiencia profesional o laboral, la cual deberá poseer las características que indica.

A su vez, el artículo 15 de la apuntada ley N° 9.618 dispone que los “empleados y obreros de la Empresa estarán sometidos a las disposiciones del Código del Trabajo y demás leyes que rigen a empleados particulares y obreros”.

Por su parte, el artículo primero transitorio, inciso primero, de la aludida ley N° 21.025, establece que las modificaciones introducidas por aquélla a la ley N° 9.618, comenzarán a regir el primer día del mes siguiente a aquél en el que se cumplan noventa días desde su publicación en el Diario Oficial.

Luego, resulta útil anotar que esta Contraloría General a través del dictamen N° 2.740, de 2020, ha manifestado que los empleados de la ENAP deben sujetarse al régimen jurídico que, en general, les es aplicable, es decir, el Código del Trabajo y sus leyes complementarias.

Al respecto, es posible advertir, en lo que interesa, que en virtud del nuevo artículo 10 de la ley N°9.618, para la designación del gerente general o ejecutivos principales de la ENAP, rige el mismo requisito educacional contemplado para el nombramiento de los directores de esa empresa estatal en el artículo 5°, letra b), de dicho cuerpo normativo, por lo que todo aquel que desempeñe tales cargos deberá estar en posesión del grado académico de licenciado o de un título profesional de una carrera de a lo menos ocho semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste, o de un título de nivel equivalente otorgado por una universidad extranjera.

Asimismo, cabe hacer presente, en armonía con el criterio del dictamen N° 37.578, de 1982, de este origen, que los servidores de la ENAP no pueden desempeñarse en otras calidades que las que señalan los preceptos que los rigen, de modo que no procede designarlos en empleos o asignarles funciones en el carácter de interinos -como se alude por la recurrente-, toda vez que el Código del Trabajo, cuerpo de normas aplicable al personal de la ENAP, no contempla tal modalidad de desempeño funcionario.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

En ese sentido, debe entenderse que los ejecutivos principales de la ENAP pueden desempeñar sus labores por tiempo indefinido o por el plazo fijo que estipule el contrato, calidades que contempla el artículo 159 del citado código.

Luego, cabe consignar que la aludida ley N° 21.025 fue publicada en el Diario Oficial el 7 de agosto de 2017, y conforme a su artículo primero transitorio, inciso primero, las modificaciones introducidas por dicho texto normativo a la ley N° 9.618, comenzarían a regir el primer día del mes siguiente a aquél en el que se cumplan noventa días desde su publicación en el Diario Oficial, por lo que aquellas entraron en vigencia el 1° de diciembre de 2017, entre las que se encuentran, las contenidas en los aludidos artículos 5° y 10 de la ley N° 9.618.

En tal contexto, corresponde anotar que a partir del 1° de diciembre de 2017, todo aquel que desempeñe un cargo de ejecutivo principal de la ENAP debe cumplir con el requisito educacional del artículo 5°, letra b), de la ley N° 9.618, aplicable en virtud del artículo 10 del mismo cuerpo normativo, esto es, estar en posesión del grado académico de licenciado o de un título profesional de una carrera de a lo menos ocho semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste, o de un título de nivel equivalente otorgado por una universidad extranjera.

A continuación, debe advertirse que la ley N° 21.025 no previó disposiciones que permitieran, a quienes ya ejercían cargos como ejecutivo principal al 1° de diciembre de 2017, continuar desempeñándolos luego de dicha data, sin cumplir con el requisito educacional del artículo 5°, letra b), de la ley N° 9.618, aplicable en la especie según lo ya anotado. Por el contrario, como indicó expresamente ese mismo artículo 5° en su inciso final, quien deje de cumplir con ese requisito se considerará inhábil para desempeñar el cargo, estableciéndose, de este modo, una inhabilidad sobreviniente.

En relación con lo anterior, debe hacerse presente que cuando el legislador ha tenido la intención de exceptuar del cumplimiento de nuevos requisitos para el desempeño de ciertos empleos, a quienes ya se encontraban sirviéndolos a la entrada en vigencia de un nuevo texto normativo que los requiere, así lo ha señalado expresamente, como ocurrió, a modo ejemplar, en algunas de las leyes que cita el recurrente, a saber: las Nos 21.091 - artículo décimo primero transitorio, numeral 4- y 21.105 - artículo décimo transitorio, numeral 5- (aplica criterio del dictamen N° 8.514, de 2020, de este origen).

Por otra parte, en armonía con el criterio del dictamen N° 85.239, de 2013, de este origen, para establecer los derechos y obligaciones de los funcionarios de la ENAP contratados bajo el régimen laboral común, procede acudir a las estipulaciones de la respectiva convención, las que se encuentran sometidas al Código del Trabajo, cuerpo normativo que reconoce a las partes la posibilidad de convenir libremente determinadas materias. No obstante, cuando la ley regula asuntos en los cuales la voluntad de las partes se encuentra limitada, debe estarse al expreso mandato legal.

De tal modo, cabe concluir que no es posible admitir el desempeño de un cargo de ejecutivo principal de la ENAP -ya sea de modo indefinido o a plazo fijo-, sin cumplir con el nuevo requisito educacional requerido por el artículo 5°, letra b), de la ley N° 9.618, en concordancia con el artículo 10 de la misma ley, por lo que el respectivo contrato de trabajo, sea que haya sido celebrado antes o después del 1° de diciembre de 2017, tendrá que ser modificado si existe mutuo acuerdo para alterar la naturaleza de las labores que deberá cumplir el empleado, o sino deberá ponerse término, por cuanto a contar de dicha data, la ENAP se encuentra obligada a dar estricto cumplimiento al referido precepto, lo que se traduce en velar que todo aquel que desempeñe un cargo de ejecutivo principal cumpla con el reseñado requisito educacional. ([Volver](#))