

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°124

Semana del 18 al 24 de octubre de 2020

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	“Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos.	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°85.259-2020
Resumen	<p>Una interpretación armónica del artículo 47 de la Ley N°20.600 y del artículo 148 del Código de Procedimiento Civil permite observar que es la ley la que reconoce al actor la posibilidad de poner fin al juicio, es decir, el derecho a abandonar el proceso que ha iniciado antes de que éste termine. De lo anterior surge que la declaración de voluntad del actor de dejar el proceso iniciado, no queda limitada por el pronunciamiento sobre la pretensión interpuesta, a saber, por la dictación de la sentencia, por cuanto el demandante podrá desistirse del juicio en cualquier estado del mismo, siendo inconcuso que el litigio se mantiene pendiente mientras no se diriman los recursos procesales que cuestionan la validez de la sentencia dictada en autos.</p> <p>Por otra parte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, tiene asociada, como exigencia funcional, que sea el demandado quien se oponga a la intención del demandante de abandonar la acción, por lo cual la oposición de los terceros resulta estéril al momento de decidir sobre el desistimiento. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	19 de octubre de 2020.	

Caso	“Alpes Chemie S.A. con Instituto de Salud Pública.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°94.894-2020
Resumen	<p>La validez de un acto administrativo se presenta en el momento de la emisión del acto y, su eficacia, puede ser analizada hasta la consumación de sus efectos; de manera que, si el acto administrativo no reúne los requisitos, la Administración tiene la facultad de retirarlos, a través de la revocación o la invalidación del mismo.</p> <p>En relación con las autorizaciones que otorga el Instituto de Salud Pública para la internación, almacenamiento, transporte y distribución a cualquier título de medicamentos y de materias primas necesarias para su obtención, por parte de los laboratorios farmacéuticos encargados de la fabricación de los medicamentos de que se trate y por droguerías, queda condicionada a la</p>	

	revisión de ese órgano, para verificar que el laboratorio o droguería en cuestión se ajusta al ordenamiento jurídico. Así, dicha autorización, no constituye un acto administrativo de carácter declarativo o creador de derechos adquiridos legítimamente, que permita aplicar la invalidación que contempla el artículo 53 de la Ley N°19.880, por lo que puede ser dejada sin efecto de verificarse que se incumple la normativa que regula esta actividad. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	19 de octubre de 2020.

Caso	"Inmobiliaria Dalmacia con Municipalidad de Estación Central."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°59.783-2020
Resumen	<p>La altura de edificación continua de una obra debe estar fijada en el plan regulador respectiva; de modo que, en ausencia de ese instrumento normativo, no resulta posible aplicar la regla de "libre determinación" a que alude el artículo 2.6.1. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), por parte de los interesados. Por consiguiente, en el caso que una zona determinada no se encuentre bajo el alero de una norma urbanística relativa a la altura máxima permitida, no será posible aplicar el sistema de edificación continua, en tanto este tipo de agrupamiento, por definición, exige la determinación de aquélla en el instrumento de planificación territorial.</p> <p>Por otra parte, la Dirección de Desarrollo Urbano (DDU) tiene atribuciones para impartir instrucciones respecto de la aplicación de los artículos 1.1.2 y 2.6.1 de la OGUC cuando no se establecen normas para la edificación continua.</p> <p>En tercer término, se ha señalado que el bloque de legalidad en materia urbanística está determinado por la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ordenanza respectiva y los Instrumentos de Planificación Territorial, siempre y cuando esta reglamentación sea suficiente y completa sobre la cuestión a resolver. Sin embargo, cuando en los hechos no existe Instrumento de Planificación Territorial es necesario que los organismos administrativos llamados por ley a interpretar la normativa legal y dar solución a los problemas interpretativos, así lo hagan (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	20 de octubre de 2020.	

Caso	"Torres con Municipalidad de Osorno."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°21.100-2020
Resumen	Es una característica fundamental de la categoría de impuesto, la falta de contraprestación directa por parte del Estado. Así, es evidente que en el concepto de impuesto a que se refiere el artículo 2521 del Código Civil no se	

	encuentra incluida la suma de dinero que se cobra por el servicio municipal de extracción de residuos sólidos domiciliarios, porque precisamente existe una correlación directa entre el servicio prestado por la municipalidad y el cobro de la tarifa, y tal contraprestación descarta toda posibilidad que se trate de un impuesto. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	23 de octubre de 2020.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E43.147
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	El Mecanismo de Ajuste de Costos (MAC) que contemplan los contratos de concesión de uso de vías de la ciudad de Santiago para la prestación de servicios urbanos de transporte público remunerado de pasajeros mediante buses, no es una herramienta que tenga por objeto mitigar el riesgo de exposición a variaciones de precios al que pueda verse enfrentado un operador específico como consecuencia de su propia gestión económica financiera, sino que su finalidad es reconocer y amortiguar el riesgo de exposición a nivel de todo el sistema de transporte público, efecto que se sostendrá en el tiempo siempre que el prestador mantenga una estructura de costos acorde con la industria, lo que, por cierto, dependerá de las decisiones de gestión interna que adopte en el desarrollo de su actividad. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	14 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E43.182
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La retribución, por parte de los beneficiarios de la beca “vocación de profesor” constituye una obligación que ha sido establecida en las sucesivas leyes de presupuestos, siendo su aceptación previa un requisito para obtener la beca en estudio y cuya forma y plazo de cumplimiento se prevé en el reglamento, el cual establece expresamente las situaciones excepcionales en las que dicho deber no resultará exigible. Por su parte, el imperativo de restituir toda suma otorgada en razón de la beca nace como consecuencia del incumplimiento del deber de retribución en la forma y plazo regulados, sin que la preceptiva aplicable haya previsto

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	la posibilidad de que los recursos puedan reintegrarse anticipadamente con la finalidad de extinguir esta última obligación. Aceptar dicha forma de extinción en los términos planteados en la consulta, conllevaría a que con posterioridad a la adjudicación de la beca y a la conclusión de los estudios, el becario se exima de una de las obligaciones impuestas por la normativa al momento de postular, lo que no resulta procedente (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	15 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E43.828
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Los funcionarios públicos afectos al Código del Trabajo, acorde lo dispuesto en los referidos artículos 22 y 28 de ese texto legal, están obligados a desempeñar la jornada ordinaria de trabajo que en dichos preceptos se indica, esto es, una jornada de 45 horas semanales, sin que pueda pactarse a su respecto una de menor duración, puesto que las disposiciones del referido código laboral tienen, en este caso, carácter de normas estatutarias de derecho público y se aplican en forma imperativa, no estando, por ende, a autoridad administrativa, facultada para conceder franquicias inferiores o superiores a las establecidas en los respectivos preceptos. Sin perjuicio de lo anterior, este criterio no se opone a que la entidad edilicia pueda establecer una jornada parcial inferior a esas 45 horas, si la remuneración pactada es proporcionalmente menor a la correspondiente a quienes desempeñan la misma función durante la jornada máxima, pues así no se discrimina al otorgar un beneficio superior o inferior al previsto en la norma laboral ni altera lo ordenado por esta. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	16 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E43.833
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	El artículo sexto de la Ley N°21.207, que “Contempla diversas medidas tributarias y financieras destinadas a apoyar a las micro, pequeñas y medianas empresas”, sólo se refiere a las patentes comerciales reguladas en el decreto ley N°3.063, de 1979, del Ministerio del Interior, siendo improcedente extender su aplicación a otras autorizaciones ajenas a dicho cuerpo legal, como serían las patentes de alcoholes. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	16 de octubre de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Dictamen	Dictamen N°E43.832
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>En aquellos casos excepcionales en los que no se cuente con cupos suficientes de matrículas para sala cuna, ya sea en el anexo respectivo o en la sala cuna con la cual se mantiene un convenio para tales fines, y en que además tampoco existan cupos disponibles en sala cunas privadas autorizadas por JUNJI o por el Ministerio de Educación en la comuna en que se desempeña la trabajadora, así como tampoco se cuente con cupos en las salas cunas pertenecientes a otras reparticiones públicas, resulta procedente autorizar el pago de un monto en dinero equivalente a dicha prestación, cuyo tope será el monto fijado por cada niño en el presupuesto institucional correspondiente. En la aplicación de esta modalidad el empleador debe hacerse cargo del valor íntegro del costo de ese beneficio, el que suele variar, dependiendo de la zona geográfica donde se encuentre la trabajadora como también la oferta existente en esa misma área, por lo que resulta procedente establecer criterios diferenciados al establecer el monto a pagar por tal ítem. En relación con lo anterior, en la medida que el presupuesto institucional por sala cuna en una zona específica haya aumentado, en base a criterios objetivos, tal incremento debe beneficiar a todas las madres trabajadoras que tienen derecho a la prestación, dentro de las cuales se incluyen aquellas que lo hacen en una modalidad excepcional, como lo es otorgar un monto en dinero que equivale a la entrega del beneficio en comento.</p> <p>Finalmente, respecto de aquellas zonas apartadas y en las que por lo mismo se cuenta con un número limitado de personal, entre las que se encuentran madres con derecho a la prestación de sala cuna, y por ende, atendida esa escasez no se pueda recurrir a otros servidores para realizar turnos nocturnos, no contando tampoco con un anexo que pueda facilitar la prestación de sala cuna durante la noche, procederá que se establezca la entrega de un pago diario por concepto de prestación de la sala cuna por cada turno de noche realizado, el que deberá fijarse en proporción al presupuesto institucional mensual fijado por concepto de prestación de sala cuna. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	16 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E43.837
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Los vehículos estatales sólo se pueden utilizar para el desempeño de tareas inherentes a sus cargos, por los funcionarios de los servicios públicos que

	<p>tienen responsabilidad administrativa, condición que no revisten las personas contratadas a honorarios, a menos que una norma permita recurrir a tal modalidad excepcionalmente, como sucede respecto de algunos servicios en virtud de las leyes de presupuestos del sector público.</p> <p>En relación con lo último, es posible sostener que en las circunstancias de una emergencia sanitaria como la originada por el brote de COVID-19, el Ministro de Salud, por orden del Presidente de la República, puede autorizar, en el respectivo decreto que así la declare o en una modificación del mismo, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sanitario, que se faculte a personas contratadas a honorarios para conducir ambulancias, siempre que ello resulte estrictamente necesario por la falta de dotación de funcionarios de planta o a contrata que cumplan esa labor y solo por el lapso que rija la alerta sanitaria decretada. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	16 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E43.811
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>El legislador concede el beneficio de acceso gratuito a la educación superior a las personas que posean una licenciatura no terminal -esto es, aquellos que hayan logrado ese grado académico en programas de estudio conducentes a un título profesional, y solo mientras no alcancen dicho título- y, por el contrario, excluye de este derecho a quienes obtuvieron una licenciatura terminal, con excepción de los estudiantes que cursen luego una licenciatura adicional que conduzca a un título de pedagogía. Lo anterior es sin perjuicio que la licenciatura terminal no sea conducente por sí sola para la obtención de un título profesional, por cuanto los programas destinados para ello corresponden a planes de continuidad de estudios, al igual que aquellos que permiten optar a un magíster o doctorado. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	16 de octubre de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos. Corte Suprema, Rol N°85.259-2020, de 19 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Un conjunto de comunidades indígenas dedujeron un reclamo en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos, la cual mediante Resolución Exenta N° 035, de 8 de octubre de 2018, rechazó la invalidación administrativa deducida contra la Resolución Exenta N° 60, de 13 de octubre de 2017, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Ampliación Minicentral Hidroeléctrica Las Flores”. La reclamación fue acogida por el Tercer Tribunal Ambiental, en atención a lo cual, la reclamada y el titular del proyecto, dedujeron recursos de nulidad formal y sustancial en contra de dicho fallo.

Las reclamantes se desistieron de su acción una vez pronunciada la sentencia definitiva, y estando pendiente el conocimiento de los arbitrios de nulidad. El incidente fue acogido por el Tercer Tribunal Ambiental, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia. En atención a este último fallo, tres comunidades indígenas, que actuaban en calidad de terceros coadyuvantes de las reclamantes, dedujeron recurso de queja en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

Fundamento: Séptimo: *Que, en efecto, la decisión de los jueces recurridos, en cuanto confirman la decisión del Tercer Tribunal Ambiental de tener al litigante principal por desistido de su reclamo, tiene sustento en la interpretación armónica del artículo 47 de la Ley N°20600 y el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, norma esta última que establece lo siguiente: “Antes de notificada una demanda al demandado, podrá el actor retirarla sin trámite alguno, y se considerará como no presentada. Después de notificada, podrá en cualquier estado del juicio desistirse de ella ante el tribunal que conozca del asunto, y esta petición se someterá a los trámites establecidos para los incidentes”. Como se observa, es la propia ley la que reconoce al actor la posibilidad de poner fin al juicio, es decir, el derecho a abandonar el proceso que ha iniciado antes de que éste termine. De lo señalado surge que la declaración de voluntad del actor de dejar el proceso iniciado, no queda limitada por el pronunciamiento sobre la pretensión interpuesta, a saber, por la dictación de la sentencia, por cuanto de acuerdo con el texto de la norma reproducida, el demandante podrá desistirse del juicio en cualquier estado del mismo, siendo inconcuso que el litigio se mantiene pendiente mientras no se diriman los recursos procesales que cuestionan la validez de la sentencia dictada en autos.*

Octavo: *Que, esta materia ya ha sido abordada por este tribunal en los términos que se pasa a transcribir: “Sexto: Que, en primer lugar, cabe destacar que el incidente en cuestión no es otra cosa que la manifestación de voluntad expresa y unilateral de la parte que inició el proceso, de ponerle fin de manera anticipada, sin que se dicte pronunciamiento sobre la pretensión impuesta. Así pues, declarada de forma temprana la voluntad de abandonar el proceso por quien lo ha iniciado, resulta*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

innecesaria la continuación del procedimiento hasta la dictación de la sentencia. Séptimo: Que, establecido lo anterior, se debe precisar que si bien el Segundo Tribunal Ambiental resolvió acoger la reclamación deducida en estos autos por la Junta de Vigilancia de la Primera Sección del Río Aconcagua, lo cierto es que la manifestación acerca del abandono voluntario del proceso es una decisión que el reclamante puede adoptar en cualquier etapa del juicio, en atención a lo cual no resulta posible que el tribunal que conoce del asunto, imposibilite, sin más, la actuación de la parte que inició el proceso de ponerle fin de manera anticipada, cuando justamente la sentencia pronunciada no se encuentra aún ejecutoriada, dado los recursos de nulidad interpuestos en su contra” (Corte Suprema IC N° 40.274-2017).

Noveno: *Que, por otro lado, se debe consignar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, es claro que la oposición al desistimiento o la aceptación condicional por el demandado, puede derivar en la continuación del procedimiento hasta el pronunciamiento sobre el fondo, en caso que el tribunal de algún modo aprecie un interés legítimo del demandado en la prosecución del juicio. Así pues, la disposición legal que se trae a colación, estatuye: “Si se hace oposición al desistimiento o sólo se acepta condicionalmente, resolverá el tribunal si continúa o no el juicio, o la forma en que debe tenerse por desistido al actor”. Bajo las circunstancias explicadas, la oposición en cualquier caso tiene asociada una exigencia procesal o más bien funcional, en orden a que es el demandado quien puede obstruir la intención del demandante de abandonar la acción.*

Décimo: *Que de lo expresado se sigue que la oposición de los terceros resulta ser estéril al momento de decidir sobre el desistimiento de la reclamación promovida en autos. En efecto, conforme se ha explicado, se dijo que la oposición o aceptación condicionada solo puede provenir de quien tiene derecho a hacerla, sin que entonces pueda perderse de vista que los coadyuvantes, son terceros que no reclaman un derecho propio para que la judicatura se pronuncie sobre él, sino que más bien se trata de un interés propio que recae en el destino de la pretensión. Por eso, puede concluirse que los terceros, en especial, los coadyuvantes, tienen una participación en el proceso que tiende a sostener y apoyar las pretensiones de la parte principal, razón por la cual no puede subsistir el agravio que invocan de manera autónoma de la parte a la que coadyuvan, aun cuando no les es indiferente el resultado del proceso, tanto más si en el caso en estudio se considera que su intervención durante todo el proceso, se circunscribió a la presentación por la que se hicieron parte en él, unida a una lacónica exposición acerca de los efectos padecidos como usuarios de los recursos del Río Quiman.*

Undécimo: *Que, finalmente, dadas estas consideraciones, se debe destacar que la aspiración final del quejoso en cualquiera de los capítulos en que desglosa el recurso, se relacionaba con que la Corte de Apelaciones, en su oportunidad, y ahora esta Corte Suprema, declare la improcedencia del desistimiento de la acción por los reclamantes, a pesar de que, atendida su esencia, los actores pueden manifestar su voluntad en tal sentido durante todo el curso del juicio en tanto éste no se encuentre afinado, tal como ocurre en la especie. ([Volver](#))*

2.- Alpes Chemie S.A. con Instituto de Salud Pública. Corte Suprema, Rol N°94.894-2020, de 19 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La empresa Alpes Chemie S.A. dedujo una acción de protección en contra del Instituto de Salud Pública y de la Jefa del Subdepartamento de Autorizaciones y Registro Sanitario del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos del referido órgano, por haber dictado la Resolución Exenta RW N° 27.196 de fecha 28 de noviembre de 2019, dada a conocer el 11 de marzo de este año, que dejó sin efecto la Resolución Exenta N° 17.451 de 8 de agosto de 2019 en virtud de la cual se le había concedido, previamente, autorización de ampliación de importador del producto farmacéutico que indica

Fundamento: *Quinto: Que, para resolver el asunto controvertido, resulta pertinente precisar que para que un acto administrativo genere imperatividad, obligatoriedad y exigibilidad, el procedimiento del cual emana y su contenido debe ajustarse a la Constitución y a las normas que lo reglamentan. Por tanto, su validez, se presenta en el momento de la emisión del acto y, su eficacia, puede ser analizada hasta la consumación de sus efectos; de manera que, si el acto administrativo no reúne los referidos requisitos, la Autoridad tiene la facultad de retirarlos, a través de la revocación o la invalidación del mismo.*

En ese orden de ideas, el artículo 96 del Código Sanitario, señala que: “El Instituto de Salud Pública de Chile será la autoridad encargada en todo el territorio nacional del control sanitario de los productos farmacéuticos, de los establecimientos del área y de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones que sobre esta materia se contienen en este Código y sus reglamentos”. Y el artículo 59 letra b) numerales 3 y 4 del DFL N°1 del Ministerio de Salud, precisan que “Serán funciones del Instituto: b) Ejercer las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario, las que comprenderán las siguientes funciones:

1.- Autorizar la instalación de laboratorios de producción químico-farmacéutica e inspeccionar su funcionamiento; 2.- Autorizar y registrar medicamentos y demás productos sujetos a estas modalidades de control, de acuerdo con las normas que determine el Ministerio de Salud”.

Por su parte, el artículo 53 de la Ley N°19.880 otorga una facultad a la autoridad administrativa, para que de oficio o a petición de parte, proceda a invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado y la revocación, en cambio, conforme lo dispone el artículo 61 de la citada ley, es el retiro motivado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia del mismo, es decir, importa la reevaluación de las circunstancias que llevaron a dictarlo inicialmente y, en lo que interesa, no procede tratándose de actos “declarativos o creadores de derecho adquiridos legítimamente”.

Igualmente es importante señalar que, conforme el artículo 128 del Código Sanitario: “La importación, internación, almacenamiento, transporte y distribución a cualquier título de medicamentos y de materias primas necesarias para su obtención podrán realizarse por los

laboratorios farmacéuticos encargados de la fabricación de los medicamentos de que se trate y por droguerías que hayan sido autorizados por el Instituto de Salud Pública de Chile, de conformidad con los requerimientos que a su respecto contenga la reglamentación respectiva, y sean dirigidos técnicamente por un químico farmacéutico.”

A su vez, el artículo 5 numeral 45 del Decreto N° 3, de 2010, que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, define a la “importación” en relación con productos farmacéuticos como “el acto mediante el cual un producto farmacéutico procedente del extranjero, ingresa, se interna y queda en condición de ser distribuido, cumpliendo con la normativa vigente” y agrega la letra b) del artículo 48 del mismo cuerpo legal que el dato relativo al “importador” es parte de la resolución que otorga el registro sanitario de una especialidad farmacéutica.

Asimismo, el artículo 95 de esa norma señala que La importación de las especialidades farmacéuticas podrá ser efectuada por los laboratorios farmacéuticos autorizados, farmacias, droguerías y depósitos de productos farmacéuticos y, en general, por cualquiera persona natural o jurídica, de acuerdo con las normas establecidas en la legislación vigente.

Sexto: Que, ahora bien, de acuerdo a los hechos no controvertidos por las partes, la solicitud de ampliación de importador efectuada por la actora, se cursó a través del sistema informático automatizado con que cuenta el ISP, para mejorar y dar celeridad a la atención de los usuarios en relación a los trámites que dicho órgano califica de bajo riesgo y, que la Resolución que se revoca, además, expresamente mandara que: “4.- Déjase Establecido que la información para la emisión de esta modificación al registro sanitario, corresponde a la entregada por el solicitante, el cual se hace responsable de la veracidad de los documentos que adjunta, conforme a lo dispuesto en el Artículo 210° del Código Penal y que la información proporcionada corresponde a los antecedentes requeridos para la presente modificación de acuerdo a la normativa vigente y los requisitos técnicos establecidos por este Instituto, los que deberán estar a disposición de la Autoridad Sanitaria, para su verificación, cuando ésta lo requiera. ”

Séptimo: Que, en ese contexto y conforme el descrito marco normativo, resulta evidente que la autorización que otorgó el ISP a la recurrente, a través de la Resolución Exenta N° 17.451/19, para ampliar de importador, quedó condicionada a la revisión que el referido órgano debía efectuar a la actora para verificar que ésta se ajustaba al ordenamiento jurídico y, en concreto, a lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sanitario. Por tanto, dicho acto no constituye uno de carácter declarativo o creador de derechos adquiridos legítimamente, ni siquiera de aquellos que se conocen como actos de contenido favorable, que permita aplicar la invalidación que contempla el artículo 53 de la Ley N°19.880, porque como se dijo, en la especie, la referida autorización estaba condicionada al cumplimiento de la normativa que la reglamenta, como expresamente se lee de la misma. Pero, además, no se puede dejar de destacar, que lo anterior debe ser analizado a la luz de la forma en que

se tramitan dichas autorizaciones – automatizadas-, naturaleza de los productos que los laboratorios comercializan y el impacto que aquéllos podrían ocasionar en la población.

Refuerza lo expuesto, el hecho que la actora no cuestionó la circunstancia que el importador que propuso, no contaba con la calidad de Droguería que exige la norma del citado artículo 128 del Código Sanitario, que le permite acceder a la solicitud que presentó y que como lo prescriben las normas que regulan la materia “el dato relativo al importador es parte de la resolución que otorga el registro sanitario de una especialidad farmacéutica”, por tanto, dicha autorización necesariamente ha de ser verificada por la Autoridad en su oportunidad, tal como lo disponía la Resolución que autorizó, previamente su solicitud.

Octavo: Que, por consiguiente, el ISP al dictar la Resolución Exenta RW N° 27.196 de fecha 28 de noviembre de 2019, dada a conocer el 11 de marzo de este año, en virtud de la cual dejó sin efecto la Resolución Exenta N° 17.451, de 8 de agosto de 2019 que había concedido a la actora la autorización de ampliación de importador del producto farmacéutico que indica, por no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sanitario, lo hizo dentro del legítimo ejercicio de sus facultades legales y expresando las razones que motivan y justifican su actuar, de manera que no incurrió en la vulneración de las garantías fundamentales que invocó la actora, lo cual lleva a desestimar el recurso protección. ([Volver](#))

3.- Inmobiliaria Dalmacia con Municipalidad de Estación Central. Corte Suprema, Rol N°59.783-2020, de 20 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La empresa Inmobiliaria Dalmacia Limitada dedujo un reclamo de ilegalidad municipal en contra de la Municipalidad de Estación Central en contra de la Resolución N°9-1 de 4 de febrero del año 2019 que puso término al procedimiento de invalidación del permiso de edificación N°40 del año 2017, acogido al sistema de agrupamiento continuo, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

En contra de este fallo, la reclamante dedujo recurso de casación en el fondo.

Fundamento: *Sexto: Que para decidir la procedencia de las restantes denuncias, resulta útil hacer referencia al tema de fondo debatido en autos, y sobre el cual esta Corte ha sostenido en ocasiones anteriores y frente a casos similares, que la altura de edificación continua debe estar fijada en el plan regulador respectivo; en la especie, en el de la comuna de Estación Central, de modo que, en ausencia de ese instrumento normativo, no resulta posible aplicar la regla de “libre determinación” por parte de los interesados. En efecto, son los planos reguladores comunales los que deben normar los proyectos de edificación de altura continua, de modo que, ante la ausencia u omisión de ese instrumento, la libre determinación antes referida queda desprovista de respaldo normativo (CS Roles N°s 5468, 5470, 7338 y 7557, todos del año 2018).*

De manera puramente ejemplar, en el reclamo de ilegalidad Rol CS N°5.468-2018 la parte reclamante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó la acción interpuesta en contra de la Municipalidad de Estación Central, por las observaciones efectuadas por la Dirección de Obras al anteproyecto de edificación de la propiedad emplazada en calle Toro Mazotte N° 315, contenidas en el Ordinario N° 1802/1077/2016 de fecha 31 de mayo de 2016. El motivo vigésimo cuarto de la sentencia de casación señala: “[...] Al respecto, es indispensable aclarar que la Circular N° 203 dictada con fecha 16 de mayo de 2016 (DDU 313/2016), es el resultado del ejercicio de las facultades que el artículo 4° de la LGUC entrega al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la División de Desarrollo Urbano, para impartir -mediante circulares- las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de dicha Ley y de su Ordenanza General. Así pues, a través de ella la DDU instruye acerca de la aplicación de los artículos 1.1.2 y 2.6.1 de la OGUC cuando no se establecen normas para la edificación continua.

Sobre el particular, el artículo 1.1.2 de la OGUC define el concepto de “Edificación Continua” como aquella “emplazada a partir de los deslindes laterales opuestos o concurrentes de un mismo predio y ocupando todo el frente de éste, manteniendo un mismo plano de fachada con la edificación colindante y con la altura que establece el instrumento de planificación territorial.

A su turno, el artículo 2.6.1 del mismo texto normativo, dispone en el primero de sus incisos que el agrupamiento de los edificios se determinará en los Planes Reguladores Comunales o Planes Seccionales y estará destinado a definir las alternativas de emplazamiento de éstos dentro de un predio, añadiendo en el siguiente de sus apartados que, para tal propósito, se distinguen tres tipos de agrupamiento de edificaciones: aislada, pareada y continua, concluyendo, en el último inciso que, en los casos en que el Plan Regulador Comunal o Seccional no consulte disposiciones sobre los sistemas de agrupamiento de las construcciones, éstas serán de “libre determinación.

Lo expuesto reviste la máxima relevancia puesto que demuestra que el anteproyecto de la actora jamás pudo ser aprobado por el Director de Obras Municipales en las condiciones propuestas por el titular, toda vez que no se ajustaba a la normativa urbanística, considerando que no existe una norma de planificación territorial que defina de manera explícita la limitación de la altura en los casos de edificación continua, en circunstancias que la aplicación de este tipo de agrupamiento de edificación, exige que concurren los elementos que son inherentes a su definición, según lo dispuesto en el artículo 1.1.2 de la OGUC, siendo indudablemente uno de ellos “la altura que establece el instrumento de planificación”. Ahora bien, el titular del anteproyecto de edificación sostiene que, ante la ausencia de la norma de planificación territorial que defina de manera explícita la limitación de la altura en los casos de edificación continua, es el desarrollador inmobiliario quien la determina en libertad, pues así se dispone en el inciso final del artículo 2.6.1 de la OGUC.

Sin embargo, sobre la base de una interpretación armónica y sistemática entre la conceptualización de “Edificación Continua” que establece el artículo 1.1.2 de la OGUC y la “libre determinación” a

que alude el artículo 2.6.1 del mismo texto normativo, no puede sino concluirse que la mentada libertad para el titular del proyecto, opera para los tres sistemas de agrupamiento, esto es, aislada, pareada y continua, en la medida que concurren las particularidades que son esenciales en cada uno de ellos, de tal suerte que, en caso de que en una zona determinada no se encuentre bajo el alero de una norma urbanística relativa a la altura máxima permitida, como ocurre en la especie, no será posible aplicar el sistema de edificación continua que propone el titular del anteproyecto de edificación, en tanto, tal como se adelantó, este tipo de agrupamiento, por definición, exige la determinación de aquélla en el instrumento de planificación territorial. De otro lado, es claro que la “libre determinación” mencionada en la OGUC, no puede sino ser concebida como la autonomía del desarrollador inmobiliario de adoptar cualquiera de los tipos de agrupamiento que propone la ley, siempre y cuando ello se ajuste a las condiciones contempladas para cada uno de éstos en la OGUC y en los respectivos IPT”.

Cabe destacar que el mismo razonamiento se desarrolló en los reclamos de ilegalidad Roles números 5470-2018, 7338-2018 y 7557-2018 (Vgr. considerando 24°).

Sexto: Que, esta Corte no divisa razones para modificar la doctrina asentada, a saber:

a) La DDU tiene atribuciones para impartir instrucciones respecto de la aplicación de los artículos 1.1.2 y 2.6.1 de la OGUC cuando no se establecen normas para la edificación continua;

b) De la interpretación armónica y sistemática entre la conceptualización de “Edificación Continua” que establece el artículo 1.1.2 de la OGUC y la “libre determinación” a que alude el artículo 2.6.1 del mismo texto normativo, no puede sino concluirse que la mentada libertad para el titular del proyecto, opera para los tres sistemas de agrupamiento, esto es, aislada, pareada y continua, en la medida que concurren las particularidades que son esenciales en cada uno de ellos;

c) Por consiguiente, en el caso que una zona determinada no se encuentre bajo el alero de una norma urbanística relativa a la altura máxima permitida, como ocurre en la especie, no será posible aplicar el sistema de edificación continua que propone el titular del anteproyecto de edificación, en tanto este tipo de agrupamiento, por definición, exige la determinación de aquélla en el instrumento de planificación territorial; y

d) La “libre determinación” mencionada en la OGUC, no puede sino ser concebida como la autonomía del desarrollador inmobiliario de adoptar cualquiera de los tipos de agrupamiento que propone la ley, siempre y cuando ello se ajuste a las condiciones contempladas para cada uno de éstos en la OGUC y en los respectivos IPT.

Séptimo: Que, en cuanto al segundo capítulo del arbitrio en estudio, por el cual se sostiene que la Contraloría General de la República no tiene competencia para ordenar la invalidación de un acto administrativo, debe descartarse tal yerro, toda vez que parte de la base de un supuesto erróneo como

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

lo es sostener que la sentencia ha resuelto que el acto invalidatorio es legal porque ha tenido, única y exclusivamente como fundamento, una orden del ente Contralor. Sin embargo, como emana de los antecedentes ya reseñados en los motivos anteriores, la Contraloría General de la República solamente se ha limitado a instruir a la reclamada para que adopte las medidas pertinentes, teniendo en consideración lo prescrito en el artículo 53 de la Ley N°19.880, desprendiéndose de ello, como bien lo entendió el ente municipal, que debería dar inicio a un procedimiento invalidatorio, lo que no significa que de éste se derive necesariamente la invalidez del acto sometido a dicho proceder.

Por lo demás, la instrucción de la Contraloría, derivada de su interpretación jurídica vertida en los Dictámenes 27.918 y 44.959, es vinculante para la Administración del Estado –en este caso la Municipalidad reclamada– como quiera que el artículo 51 de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades en su inciso primero, dispone: “Las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su ley orgánica constitucional, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización interna que correspondan al alcalde, al concejo y a las unidades municipales dentro del ámbito de su competencia”. El artículo 52 agrega: “En el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control”.

Octavo: Que, de cara al tercer capítulo del arbitrio, cabe desechar la alegación que supone que el fallo ha consentido una aplicación retroactiva de un cambio de criterio contenido en el Ordinario 3660 de la Seremi de Vivienda y Urbanismo que le daría eficacia retroactiva a la DDU 313 al señalar que los anteproyectos aprobados con anterioridad a la dictación de la referida circular eran ilegales y que, en consecuencia, no correspondía otorgar los respectivos permisos de edificación. En efecto, primero que nada, debe precisarse que el Permiso de Edificación N°40-2017 que se ha invalidado por el acto reclamado, fue otorgado después de haberse dictado la Circular DDU 313 que interpretó la forma en que debía aplicarse el artículo 2.6.1 de la Ordenanza sobre la materia, de modo que no existe la retroactividad denunciada pues tanto la norma legal como su interpretación administrativa son anteriores al Permiso invalidado, y el Ordinario 3660 solo vino a referirse o a ratificar la ilegalidad de los anteproyectos aprobados con anterioridad a la Circular DDU 313, y tal como lo reconoce el propio recurrente, el acto invalidatorio no se refiere al anteproyecto. En síntesis, no existe aplicación retroactiva y, por ende, el fallo no pudo incurrir en el yerro denunciado.

Noveno: Que, respecto al cuarto apartado del recurso de nulidad sustancial, el mismo aparece como clave en relación a los fundamentos en que el recurrente sostuvo la acción entablada. Pues bien, el reclamo de ilegalidad se sustentó en que la Resolución N°9-1 de 14 de febrero de 2019 por la que se invalida el Permiso de Edificación N°40/2017 adolece de un vicio de ilegalidad en su motivación al sostener la ilicitud del marco regulatorio pues éste no poseería dicho carácter. En otras palabras, ha sostenido que la Circular DDU 313, el Ordinario 3660 y los Dictámenes de la Contraloría tantas veces citados, no eran aplicables ni oponibles a particulares por no constituir normativa urbanística.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

La sentencia impugnada estimó que los motivos del acto invalidatorio constituyen motivos suficientes para fundar la decisión del ente municipal, añadiendo que los sentenciadores no están llamados, en esta sede, a pronunciarse sobre tales regulaciones.

Décimo: Que la sentencia impugnada no ha incurrido en el yerro denunciado, toda vez que como ya se dejó asentado en el motivo sexto de esta sentencia, esta Corte se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre esta misma materia, concluyendo que la interpretación de la Seremi del Ministerio de Vivienda y Urbanismo es armónica y sistemática a las normas legales atinentes a la materia, contenidas en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción (artículo 1.1.2 y 2.6.1) y que la Dirección de Desarrollo Urbano tiene atribuciones para impartir instrucciones respecto de la aplicación de los artículos 1.1.2 y 2.6.1 de la OGUC cuando no se establecen normas para la edificación continua.

En conclusión, los sentenciadores no han incurrido en la omisión que se les atribuye, pues de su decisión aparece meridianamente claro que han considerado que los motivos contenidos en el acto invalidatorio son suficientes para dar por satisfecha la exigencia de los artículos 11 y 41 de la Ley N°19.880.

Undécimo: Que, en lo que capítulo quinto del recurso concierne, debe ser desestimado por cuanto constituye una reiteración del apartado segundo y, por otro lado, porque ninguna influencia tiene en lo dispositivo del fallo. Efectivamente, la mera afirmación de los sentenciadores en el sentido de constatar que la actora se siente agraviada por los Dictámenes de Contraloría General de la República a los que se ha hecho alusión, respecto de lo cual no estaría llamado a pronunciarse el tribunal de alzada, no constituye un argumento decisorio de la Litis, por cuanto el tribunal ya ha establecido que los motivos del acto invalidatorio no son ilícitos o ilegales, de modo que frente a tal conclusión, la aseveración que reprocha la recurrente no incide en el fondo del asunto, más aun cuando ya ha quedado establecido que el ente Contralor no ordenó la invalidación sino únicamente, frente a la ilegalidad de varios Permisos de Edificación otorgados por la DOM de la reclamada, ordenó tener en consideración lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N°19.880.

Duodécimo: Que, en cuanto al sexto capítulo de infracciones referido al bloque de legalidad en materia urbanística, cabe señalar que si bien es cierto esta Corte Suprema ha señalado en ocasiones anteriores que dicho bloque queda determinado por la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ordenanza respectiva y los Instrumentos de Planificación Territorial, ello ha sido cuando tal reglamentación es suficiente y completa sobre la cuestión a resolver. Sin embargo, en la especie, es un hecho de la causa que la municipalidad reclamada no tenía Instrumento de Planificación Territorial y, por tanto, era necesario que los organismos administrativos llamados por ley a interpretar y dar solución a los problemas interpretativos, lo hicieran, tal como así sucedió. Por lo razonado, ningún error han cometido los sentenciadores al aceptar como fundamentación válida del acto invalidatorio,

aquella que se conforma por las normas de la Ley y de la Ordenanza que rigen la materia, y la interpretación contenida en la Circular DDU 313 dictada por el organismo con competencia legal.

Décimo tercero: Que, en lo que respecta al último capítulo del arbitrio en análisis, tampoco podrá prosperar toda vez que la existencia de una supuesta desviación de poder y el que el acto invalidatorio se habría fundado en razones de mérito y conveniencia escondiendo el ejercicio de la potestad revocatoria, aparecen como alegaciones nuevas que no formaron parte de los fundamentos de su reclamo de ilegalidad, por lo que malamente los jueces han podido incurrir en un yerro al no resolver sobre aquello. ([Volver](#))

4.- Torres con Municipalidad de Osorno. Corte Suprema, Rol N°21.100-2020, de 23 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una demanda de declaración de prescripción extintiva de cobro de derechos domiciliarios por servicios de aseo, en contra de la Municipalidad de Osorno, la cual fue acogida parcialmente en primera instancia, declarando extinguidas por prescripción las acciones de la demandada para cobrar a la actora los derechos municipales de aseo que indica. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia.

La demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segundo grado.

Fundamento: *Cuarto: Que, no existiendo discusión acerca de la circunstancia que la demandante adeuda derechos de aseo a la demandada, a partir del mes de enero del año 2009 y hasta el mes de octubre del año 2015, corresponde destacar que la sentencia de primer grado precisó que la naturaleza jurídica de los derechos de aseo municipal, corresponde a la de un derecho que tienen las municipalidades a percibir una renta por un determinado servicio, y no a la de un impuesto propiamente tal, distinción que según el fallo recoge la Ley de Rentas Municipales y que queda de manifiesto al carecer dichos derechos de los caracteres propios de los tributos que impone el Estado en virtud de su potestad tributaria, siendo aplicable, en consecuencia, la prescripción establecida en el artículo 2515 del Código Civil. En este entendido procedió a acoger parcialmente la demanda, declarando prescrito el cobro correspondiente a los derechos de aseo devengados entre el 30 de enero del año 2009 y el 31 de julio del año 2014, ambos períodos inclusive.*

El fallo de segundo grado, por su parte, confirmó lo resuelto por el tribunal a quo.

Quinto: Que, en relación a los derechos de aseo, el artículo 7 de la Ley de Rentas Municipales preceptúa que: "Las municipalidades cobrarán un derecho trimestral por el servicio domiciliario de aseo por cada vivienda o unidad habitacional, local, oficina, quiosco y sitio eriazo...", y añade el texto que el citado derecho, conforme a lo establecido por el artículo 9 del mismo cuerpo legal, será pagado por el dueño, o por el ocupante de la propiedad.

Sexto: Que, para determinar si en el fallo atacado se ha incurrido en el error de derecho denunciado, corresponde determinar si los derechos de aseo revisten o no la naturaleza jurídica de impuestos, toda vez que el artículo 2521 inciso primero del Código Civil cuya infracción se denuncia expresa que: "Prescriben en tres años las acciones a favor o en contra del Fisco y de las Municipalidades provenientes de toda clase de impuestos".

Séptimo: Que, si bien el concepto de impuestos consignado en la norma antes citada no ha sido definido por el legislador, la doctrina ha conceptualizado el término como: "el gravamen que se exige para cubrir los gastos generales del Estado, sin que el deudor reciba otros beneficios que aquel indeterminado que obtienen todos los habitantes de un país por el funcionamiento de servicios públicos". (Fernández Provoste, Mario y Héctor, Principios de Derecho Tributario, Santiago, p. 37, citado por la sentencia dictada por esta Corte Suprema, con fecha 15 de diciembre de 1980, Fallos del Mes, N° 265, sent. 3ª, p. 407). En relación al mismo punto se ha señalado que se trata de: "aquel tributo exigido por el Estado a quienes se hallan en las situaciones consideradas por la ley como hechos impositivos. Es decir, en el impuesto la prestación exigida al obligado es independiente a toda actividad estatal relativa al contribuyente". (Ugalde Prieto, Rodrigo. "Naturaleza jurídica del royalty a la minería". Gaceta jurídica. Santiago, Chile. N° 285. 2004. Pág. 40). De acuerdo a las definiciones anteriores, emerge como característica fundamental del impuesto, la falta de contraprestación directa por parte del Estado.

Octavo: Que atendido lo antes explicado, es evidente que en el concepto de impuesto a que se refiere el artículo 2521 del Código Civil no se encuentra incluida la suma de dinero que se cobra por el servicio municipal de extracción de residuos sólidos domiciliarios, porque precisamente existe una correlación directa entre el servicio prestado por la municipalidad y el cobro de la tarifa, y tal contraprestación descarta toda posibilidad que se trate de un impuesto. Así lo ha razonado reiteradamente esta Corte Suprema, a vía de ejemplo, en los fallos dictados en los autos Rol N°13.173-2015, Rol N°44.978-2016, Rol N°24.635-2018, Rol N° 3.649-2019, Rol N°20.291-2019 y Rol N°33.938-2019, concluyendo que, a la prescripción de la acción de cobro de derechos de aseo corresponde aplicar el artículo 2515 del Código Civil y no el artículo 2521 del mismo cuerpo legal. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- Transantiago, tarifas, mecanismo de ajuste. Dictamen N°E43.147, de 14 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La empresa Su-Bus Chile S.A. hizo una presentación donde señala que suscribió con el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones el contrato de concesión de uso de vías de la ciudad de Santiago para la prestación de servicios urbanos de transporte

público remunerado de pasajeros mediante buses. Señaló que los ponderadores de los factores del vector de indexación de precios (VIP), que constituye uno de los elementos del “Mecanismo de Ajuste por Costos” (MAC), deben ser revisados por la autoridad cada 12 meses, y que, en caso de constatarse a su respecto la existencia de un “desajuste”, los mencionados ponderadores deben ser modificados, a fin de garantizar que los ingresos percibidos por la recurrente guarden relación con los costos reales. En ese contexto, alega que la Cartera no ha llevado a cabo el proceso de revisión de los ponderadores, salvo el año 2013, ocasión en la cual el procedimiento realizado al efecto finalizó sin que los mismos fueran actualizados, y sin que hubiere consultado a los organismos correspondientes.

A raíz de lo anterior, solicitó que se ordene al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que adopte las medidas tendientes a subsanar la situación referida y que proceda a revisar y ajustar los factores VIP y sus ponderadores.

Fundamento: *Sobre el particular, cumple expresar, en primer término, que esta entidad de control se encuentra constitucional y legalmente facultada para emitir pronunciamientos jurídicos con respecto a los asuntos vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización, sin que la sola circunstancia de referirse ello a la ejecución de los contratos que han celebrado en el ejercicio de sus potestades, que es lo que en esta ocasión se reclama, importe que tal asunto revista carácter litigioso.*

Aclarado lo anterior, cabe manifestar que el contrato en comento -cuya vigencia se extendió hasta el día 22 de junio de 2020, según así se indica en la resolución exenta N°2.460, de 2019, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones-, en su punto 5.1.2, estipula, en lo pertinente, que ese pacto “debe reconocer las variaciones que pueden presentarse a lo largo del período de concesión y que no sean consecuencia de decisiones de gestión del Concesionario, y velar por el equilibrio económico del contrato como eje fundamental para garantizar la continuidad del servicio”.

Luego agrega que “Con dicho objeto, el contrato de concesión contempla herramientas que posibilitan la mantención de los supuestos bajo los cuales éste se estructuró: por una parte, [...] contiene elementos que permiten mantener el equilibrio del contrato para la prestación de un servicio eficiente y de calidad, conforme se detalla -como referencia- en la descripción de las relaciones en el modelo del negocio contenida en el Anexo 9; y, por otra, contempla instancias de revisión de las variables que determinan su precio, de acuerdo a lo indicado en el punto 5.5”.

A su turno, la letra A del precitado anexo 9 distingue una serie de elementos que “permitirían eliminar riesgos exógenos y mitigar aquellos endógenos al sistema de transporte público”, entre los que destaca el señalado en su literal A.7, que establece que “desde la perspectiva del Margen del negocio, los Kilómetros operacionales que involucrarían mayor costo para los operadores también serán reflejados en los costos del Sistema”, y que “En este mismo ámbito, la exposición a variaciones

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

de precios será completamente reconocida mediante el Indexador de costos, eliminando este riesgo para los operadores”.

Enseguida, la misma letra A prescribe, en lo que interesa, que “con el objeto de asegurar la mantención de las condiciones y supuestos bajo los cuales se estructuró el negocio, se contemplan instancias de revisión de precios a lo largo de la vigencia de la concesión. Estas instancias serán de dos tipos: programadas y excepcionales”, y que tales instancias “implicarán modificaciones sólo en aquellos aspectos que correspondan a los ajustes de las variables económicas que definen el negocio”.

Por otro lado, y en lo que concierne al MAC, el punto 5.4.1.6 del enunciado contrato dispone -en lo sustancial- que aquel mecanismo “se basará en la aplicación de un vector de indexación de costos, conforme a la tipología, estándar, y tecnología de propulsión de los buses utilizados por el Concesionario”, y que se definirá de acuerdo con la fórmula de cálculo mensual que allí se consiga, la que se compone de las variaciones del índice de precios al consumidor y del VIP.

El singularizado punto añade que “Para calcular la variación en el vector de indexación de precios, la Coordinación Transantiago [actual DTPM] considerará las fluctuaciones observadas en las variables (índices y precios) que componen este indexador y que se señalan a continuación, desde su valor publicado en julio 2011 hasta el día del cálculo efectivo del vector de indexación de precios, tomándose los valores observados en los días anteriormente indicados, como los valores para la base de cálculo de los ajustes posteriores”.

Luego, el aludido punto 5.4.1.6, junto con precisar los factores que conforman el VIP -a saber, los índices de precios al consumidor, de costo de mano de obra, de lubricante y de neumático, los precios del petróleo diesel, del gas natural y del kilowatt-hora, y el valor del dólar observado-, detalla para cada uno de ellos sus respectivos ponderadores, acorde a las distintas tecnologías de propulsión, tipología del bus, altura de entrada y piso, y normas de emisión.

Por último, establece que “Los ponderadores anteriormente señalados se revisarán cada doce (12) meses y podrán ser modificados por la Coordinación Transantiago, previa consulta a los Ministerios o instituciones correspondientes”, que ese plazo podría ser menor al indicado en caso de cambios legales “que alteren la estructura de costos de la industria y/o los índices sobre los cuales se construye el mecanismo, o a solicitud fundada del concesionario”, y que “Los factores del vector de indexación de precios podrán modificarse, sobre la base de estudios u otras fuentes de información que así lo fundamenten, en cualquier momento de la vigencia del contrato de concesión”, también previa consulta a los mismos organismos.

En otro orden de materias, es importante destacar que el pacto de que se trata, en su punto 3.3.16, en lo que interesa, reconoce el derecho del concesionario “A que se restablezca la ecuación contractual en los términos y condiciones previstas en el punto 5.5”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

A su vez, el mencionado punto 5.5 -denominado “RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL”- previene, en lo pertinente, que “Para velar por el equilibrio económico del contrato y la sostenibilidad del Concesionario, conforme al principio establecido en el punto 5.1.2 [ya citado], el contrato de concesión contempla, entre otros mecanismos, instancias de revisión destinadas a restablecer la ecuación contractual mediante la incorporación de los ajustes en las variables económicas sobre las cuales se construyó el modelo de negocio recogido en el contrato”.

Seguidamente, su punto 5.5.1 indica que las nombradas instancias de revisión -que, acorde con su punto 5.5.3, pueden ser programadas o excepcionales- “tendrán por finalidad analizar la vigencia de los supuestos que se tuvieron en consideración para establecer el precio por pasajero transportado [...], y en consecuencia analizar si es necesario realizar ajustes a dicho precio”.

A continuación, el punto 5.5.2 del reseñado contrato precisa las causales que habilitan el inicio de una instancia de revisión programada o excepcional, entre las cuales figura la de su numeral “5.5.2.5 Modificación de uno o más factores que componen el indexador de precios a que se refiere el punto 5.4.1.6”, antes aludido.

El mismo punto 5.5.2 estipula, finalmente, que en cada instancia de revisión -sea programada o excepcional- se considerará el efecto combinado que aquellas causales “produzcan en el equilibrio económico del contrato”, y que “el resultado del análisis podrá derivar en un aumento, reducción o mantención del precio por pasajero transportado”.

Pues bien, del marco contractual transcrito en los párrafos que anteceden fluye, entonces - y en contrario de lo que parece entender la solicitante-, que el MAC no es una herramienta que tenga por objeto mitigar el riesgo de exposición a variaciones de precios al que pueda verse enfrentado un operador específico como consecuencia de su propia gestión económica financiera, sino que su finalidad es reconocer y amortiguar el riesgo de exposición a nivel de todo el sistema de transporte público remunerado de pasajeros de la ciudad de Santiago, efecto que se sostendrá en el tiempo siempre que el prestador mantenga una estructura de costos acorde con la industria, lo que, por cierto, dependerá de las decisiones de gestión interna que adopte en el desarrollo de su actividad.

Tal aserto se desprende tanto del tenor literal de diversos pasajes del señalado acuerdo de voluntades -como, por ejemplo, su punto 5.4.1.6 y la letra A de su anexo 9, al emplear las expresiones “modificaciones legales que alteren la estructura de costos de la industria” y “permitirían eliminar riesgos exógenos y mitigar aquellos endógenos al sistema de transporte público”, respectivamente-, como de la configuración del MAC, que se compone de indicadores macroeconómicos que dependen de múltiples variables, cuya naturaleza solo permite amortiguar los riesgos sistémicos.

Lo expuesto se infiere, además, de la circunstancia de que las estipulaciones del referido punto 5.4.1.6 también se encuentran contenidas en iguales términos, y en el mismo punto, en los restantes contratos de concesión de uso de vías suscritos, en su oportunidad, por el Ministerio de Transportes y

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Telecomunicaciones, aprobados por las resoluciones Nos 258 y 259, de 2011, y 1, 2, 105 y 121, de 2012, de ese origen.

Aclarado aquello, y frente a los cuestionamientos que en esta ocasión se formulan, es dable consignar que de la documentación tenida a la vista, aparece que, en respuesta a una solicitud realizada por la recurrente con el objeto de que la autoridad revisara los ponderadores de los factores que integran el VIP, mediante el oficio N° 1.076, de 2015, el administrador de contrato de la Secretaría Ejecutiva del DTPM expresó, en lo que importa, que conforme con los antecedentes proporcionados por la interesada -por propia iniciativa y a requerimiento de esa entidad-, “no ha sido posible concluir que existan razones para modificar la estructura actual de los ponderadores”, y que “sobre la base de la información disponible a la fecha, tampoco se advierte la necesidad de introducir modificaciones en los factores, por estimarse que en términos generales ellos recogen adecuadamente las variables sensibles para la industria”.

Cabe relevar que en similares términos se manifestó la precitada Secretaría Ejecutiva en el informe adjunto a su oficio N° 588, de 2016, evacuado en respuesta a una petición efectuada por la reclamante sobre la misma materia en el marco del procedimiento de revisión programada que allí se indica.

Adicionalmente, se debe considerar lo informado en esta ocasión, y en igual sentido, por la Subsecretaría de Transportes, en orden a que “el Ministerio ha estimado que los ponderadores recogen adecuadamente las variables relevantes de la industria”.

De este modo, y si bien el punto 5.4.1.6 del mencionado pacto prevé que los aludidos ponderadores se revisarán cada doce meses, es posible apreciar -a partir de los reseñados oficios Nos 1.076 y 588, lo informado por el servicio y otros antecedentes complementarios que proporcionó al efecto- que durante la ejecución de aquel contrato tal repartición no advirtió motivos ni dispuso de elementos de juicio que justificaran su modificación, por las razones precedentemente anotadas, y que dichas circunstancias se mantuvieron mientras estuvo vigente ese acuerdo.

En tales condiciones, y dado además que de la lectura de los enunciados puntos 5.5.2 y 5.5.2.5 se observa que la solicitud para modificar uno o más factores del VIP no constituye una causal que habilite el inicio de una instancia de revisión programada o excepcional, es menester concluir que, en esta ocasión, este organismo de control no divisa reproches que formular al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en relación con los aspectos específicos planteados en la presentación de la referencia, de manera que no se ha acogido. ([Volver](#))

2.- Subsecretaría de Educación, beca vocación de profesor, obligación de retribución, obligación beneficiarios, improcedencia restitución anticipada monto. Dictamen N°E43.182, de 15 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Subsecretaría de Educación consultó sobre la procedencia de que los beneficiarios de la beca “vocación de profesor” restituyan anticipadamente las sumas

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

percibidas en razón de ésta, a fin de extinguir la obligación de retribución prevista por la normativa vigente.

Fundamento: *Sobre el particular, desde el año 2011, las sucesivas leyes de presupuestos han previsto recursos para el financiamiento de la beca vocación de profesor en el subtítulo 24, ítem 03, asignación 200, denominada “Becas Educación Superior”, de la partida 09-01-30, del Ministerio de Educación (MINEDUC) y a partir del año 2020 en la partida 09-90-03, del presupuesto de la Subsecretaría de Educación Superior.*

Al respecto, la glosa 06 del año 2020 -prevista en términos similares en los ejercicios presupuestarios anteriores-, dispone que el Programa de Becas de Educación Superior se ejecutará de acuerdo al decreto N° 97, de 2013, del Ministerio de Educación, que aprobó su reglamento, y sus modificaciones.

La letra e) de la citada glosa, añade que “Los beneficiarios de esta beca, una vez obtenido el título profesional, deberán cumplir con la obligación de ejercer su profesión en aquellos establecimientos educacionales que determine el reglamento. Asimismo, el reglamento regulará la forma, plazos y oportunidad en que se deberá dar cumplimiento a esta obligación, siendo aplicable para estos efectos el vigente al momento de dar cumplimiento a la obligación, la cual constará en un convenio que deberá suscribir el estudiante con la Subsecretaría de Educación Superior, previo a la obtención del beneficio”.

A su turno, los artículos 50 y 51 del citado reglamento, indican que los beneficiarios de la beca en comento, deberán cumplir la obligación de retribución en establecimientos educacionales dependientes de los servicios locales de educación pública, municipales, particulares-subvencionados, o de administración delegada, por las horas que indica y por tres años académicos o por el número de semestres financiados con la beca, según corresponda, para lo cual cuentan con un plazo de siete años desde la obtención del título de profesor/a o educador/a.

Sus artículos 52, 52 ter, 54 bis y 54 ter, estipulan, en lo pertinente, que la obligación de retribución se formalizará a través de un convenio de cumplimiento, cuya suscripción es un requisito indispensable para hacer efectiva la asignación de la beca, sin perjuicio de que el referido plazo de siete años pueda ser prorrogado o que dicho deber pueda ser dejado sin efecto “en caso de fallecimiento del beneficiario o si éste sufre alguna enfermedad o accidente invalidante, que lo imposibilite para dar cumplimiento a su obligación” -lo que debe acreditarse en la forma que se indica-.

Finalmente, su artículo 54 quáter señala que en caso de incumplimiento del deber de retribución, “el beneficiario deberá restituir toda suma otorgada en razón de esta beca, o el proporcional en caso de que se haya cumplido parcialmente, debidamente reajustada anualmente según el valor del IPC desde el año de la primera asignación hasta el año previo a la restitución del monto correspondiente”, y que la Subsecretaría Educación Superior adoptará las medidas pertinentes para efectos de obtener el reintegro de dichos montos, a través de las acciones judiciales que correspondan.

Conforme a la normativa expuesta, la retribución por parte de los beneficiarios constituye una obligación que ha sido establecida en las sucesivas leyes de presupuestos, siendo su aceptación previa un requisito para obtener la beca en estudio y cuya forma y plazo de cumplimiento se prevé en el reglamento, el cual establece expresamente las situaciones excepcionales en las dicho deber no resultará exigible.

Asimismo, su objetivo es retribuir el financiamiento que el Estado ha otorgado a los becarios para solventar sus estudios, mediante su desempeño en establecimientos de educación que reciben financiamiento público, en los que podrán aportar los conocimientos adquiridos (aplica criterio contenido en el dictamen N° 18.836, de 2017).

Por su parte, el imperativo de restituir toda suma otorgada en razón de la beca, nace como consecuencia del incumplimiento del deber de retribución en la forma y plazo regulados, sin que la preceptiva aplicable haya previsto la posibilidad de que los recursos puedan reintegrarse anticipadamente con la finalidad de extinguir esta última obligación.

Aceptar dicha forma de extinción en los términos planteados en la consulta, conllevaría a que con posterioridad a la adjudicación de la beca y a la conclusión de los estudios, el becario se exima de una de las obligaciones impuestas por la normativa al momento de postular, lo que no resulta procedente (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s.42.898, de 2016 y 18.836, de 2017, de este origen).

Asimismo, permitir que los beneficiarios renuncien al referido plazo reglamentario para el cumplimiento de su obligación de retribución, implicaría que se deje a su arbitrio el cumplimiento de una carga legal, alterando los fines previstos por el régimen aplicable al entregar dichos fondos públicos, en particular, el referido beneficio retributivo.

A mayor abundamiento, debe recordarse que acorde con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y 2° de la ley N° 18.575, los organismos públicos se encuentran sujetos al principio de juridicidad, en virtud del cual sólo pueden ejercer aquellas potestades que expresamente se les han conferido por el ordenamiento jurídico.

Así, no procede que la Subsecretaría de Educación Superior acepte que los beneficiarios de la beca vocación de profesor extingan la mencionada obligación de retribución de una forma diferente a la establecida en la normativa vigente. ([Volver](#))

3.- Municipalidad, Código del Trabajo, aplicación imperativa, jornada de trabajo, remuneración, contrato de trabajo, horas extraordinarias. Dictamen N°E43.828 de 16 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Un grupo de diputados solicitaron un pronunciamiento respecto de la legalidad de la medida adoptada por la Municipalidad de Recoleta en orden a reducir la jornada laboral a funcionarios municipales, regidos por el Código del Trabajo, a un total de

40 horas semanales; que se fiscalice e informe respecto a la cantidad de trabajadores beneficiados con la medida, el vínculo contractual de los mismos, así como también los actos administrativos por los cuales se materializará esta determinación; y, si dentro de los últimos 12 meses ha existido pago de horas extras respecto de dichos servidores.

Fundamento: *Precisado lo anterior, cabe señalar que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 22, inciso primero, del Código del Trabajo, la duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.*

Por su parte, el inciso primero del artículo 28, del aludido texto legal, agrega que el indicado máximo semanal, no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días, disponiendo su inciso segundo que, en ningún caso, la jornada ordinaria podrá exceder de diez horas por día, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 38.

A este respecto, la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control, contenida en los dictámenes N°s. 25.472, de 1992, y 8.474, de 2003, ha concluido que los funcionarios públicos afectos al Código del Trabajo, acorde lo dispuesto en los referidos artículos 22 y 28 de ese texto legal, están obligados a desempeñar la jornada ordinaria de trabajo que en dichos preceptos se indica, esto es, una jornada de 45 horas semanales, sin que pueda pactarse a su respecto una de menor duración, puesto que las disposiciones del referido código laboral tienen, en este caso, carácter de normas estatutarias de derecho público y se aplican en forma imperativa, no estando, por ende, la autoridad administrativa, facultada para conceder franquicias inferiores o superiores a las establecidas en los respectivos preceptos, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado.

Por consiguiente, en mérito de lo expuesto, no resulta ajustado a derecho que la Municipalidad de Recoleta haya dispuesto una jornada de 37 horas y media designándola como jornada ordinaria, toda vez que esta necesariamente debe cumplir con las 45 horas establecidas en el Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, cumple hacer presente que de conformidad con la jurisprudencia de este Organismo de Control, contenida en los dictámenes N°s. 9.194 y 25.472, ambos de 1992, el aludido criterio no se opone a que la entidad edilicia pueda establecer una jornada parcial inferior a esas 45 horas, si la remuneración pactada es proporcionalmente menor a la correspondiente a quienes desempeñan la misma función durante la jornada máxima, pues así no se discrimina al otorgar un beneficio superior o inferior al previsto en la norma laboral ni altera lo ordenado por esta.

Luego, resulta útil recordar que de acuerdo con los artículos 9° y 11 del Código del Trabajo el contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos que se indican, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante, debiendo consignarse por escrito sus modificaciones las que además, deberán ser firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en un documento anexo, formalidad que no consta que haya sido cumplida por la Municipalidad de Recoleta.

Finalmente, en cuanto a las horas extraordinarias efectuadas por los trabajadores a los que esa entidad edilicia les rebajó la jornada de trabajo, es menester indicar que los artículos 30 y 32 del Código del Trabajo establecen que se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, la que solo podrá acordarse para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, lo que deberá constar por escrito y tener una vigencia transitoria no superior a 3 meses, pudiendo renovarse; y que no obstante la falta de dicho pacto, se considerarán labores extras las que se trabajen en exceso, con conocimiento del empleador.

Pues bien, de conformidad con lo informado por el municipio, estas se habrían autorizado en casos calificados y excepcionales, para atender necesidades derivadas de situaciones transitorias de cada unidad.

Al respecto, cumple hacer presente que acorde con el criterio contenido en los dictámenes N°s. 51.254, de 2002; 70.961, de 2016, y 21.235, de 2019, el deber de resguardo del patrimonio municipal que corresponde al alcalde, se manifiesta en su obligación de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y en la integridad ética y profesional del manejo de los recursos que se gestionan, según lo dispuesto en los artículos 3°, inciso segundo; 5°, inciso primero; y, 52 y 53 de la ley N° 18.575, lo que supone un racional uso de los recursos, dando estricto cumplimiento a los principios de eficiencia y economicidad que debe observar la Administración, lo que será objeto de futuras fiscalizaciones por parte de esta Entidad de Control. ([Volver](#))

4.- Municipalidad, postergación pago patente comercial, prórroga patente de alcoholes. Dictamen N°E43.833 de 16 de octubre de 2020.

Hechos del caso: El alcalde de la Municipalidad de Loncoche solicitó un pronunciamiento relativo a si los beneficios otorgados por el artículo 6 de la Ley N°21.207, que “Contempla diversas medidas tributarias y financieras destinadas a apoyar a las micro, pequeñas y medianas empresas”, se extienden a las patentes de alcoholes.

Fundamento: *Al respecto, cabe señalar que del tenor de la anota disposición es posible desprender que ella tiene por finalidad otorgar, a las entidades que indica, facilidades para el pago de las patentes municipales reguladas por el decreto ley N° 3.063, de 1979, del entonces Ministerio del Interior.*

En este contexto, resulta útil recordar que las patentes de alcoholes se encuentran reguladas en la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas -aprobada por el artículo primero de la ley N° 19.925-, donde se determina, entre otras materias, el valor y época de pago de aquellas.

Luego, considerando que la norma por la que se consulta solo se refiere a las patentes comerciales reguladas en aludido decreto ley, no resultaría procedente extender su aplicación a otras autorizaciones ajenas a dicho cuerpo legal, como serían las patentes de alcoholes, dado que estas últimas se encuentran consagradas y reguladas en la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Corroboro lo anterior la historia fidedigna del establecimiento de la mencionada ley N°21.207, que da cuenta de la intervención de los diputados Harry Jürgensen y Miguel Mellado en la discusión en Sala de la Cámara de Diputados, quienes indicaron, respectivamente, que “más allá de los beneficios que tiene este proyecto, creo que podría haber sido un poco más ambicioso y haber incluido las patentes de alcohol entre los impuestos municipales en los que se autoriza extender su período de pago”; y, “También se faculta a los alcaldes para postergar, en el caso de las mipymes, el pago de la contribución de las patentes municipales, entre las que sería importante incluir las de alcohol” (Sesión de la Cámara de Diputados N° 124, de la Legislatura N° 367, de 16 de diciembre de 2019, Boletín N° 13116-03, páginas 65 y 71).

Por consiguiente, cabe concluir que el precepto por el cual se consulta solo resulta aplicable a las patentes comerciales establecidas en el decreto ley N° 3.063, de 1979, sin que puede extenderse su aplicación a las patentes de alcoholes.

Sin perjuicio de lo anterior, cumple hacer presente que mediante el decreto N° 301, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se autorizó a los alcaldes de las comunas declaradas como zona afectadas por catástrofe para que, previo acuerdo del concejo municipal respectivo, puedan, por una sola vez, prorrogar el pago de las patentes otorgadas en conformidad a lo dispuesto en la ley N°19.925, sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, cuyo valor para el segundo semestre no haya sido pagado al 31 de julio de 2020, en dos cuotas iguales y reajustadas en los plazos que indica. ([Volver](#))

5.- Seguridad social, beneficio de sala cuna, requisitos, excepciones, pago monto en dinero, exigencias, zonas geográficas, turnos nocturnos. Dictamen N°E43.832 de 16 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Municipalidad de Los Muermos, el Servicio de Salud de Magallanes y Carabineros de Chile efectuaron consultas relativas a la entrega del beneficio de sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, sobre el cual esta Entidad de Control emitió instrucciones a través del dictamen N° 6.381, de 2018.

Hacen presente que, en algunas localidades, generalmente apartadas, en las cuales esas reparticiones mantienen personal femenino con hijos menores de dos años, si bien cuentan con anexos o con salas cunas privadas debidamente autorizadas como exige el citado precepto legal, donde este pueda dejar a sus hijos mientras trabaja, en circunstancias puntuales, atendido lo variable de la demanda de ese beneficio, no se cuenta en esos establecimientos con cupos suficientes, quedando niños sin el beneficio, por lo que consultan sobre la procedencia de otorgar un bono que equivalga a dicha prestación para estas situaciones excepcionales.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Fundamento: *En este contexto, resulta útil recordar que esta Entidad Fiscalizadora emitió instrucciones sobre la entrega del beneficio de sala cuna, contenidas en el dictamen N° 6.381, de 2018, el que recoge la principal jurisprudencia emitida al respecto. Además, detalla los requisitos que deben cumplirse en cada una de las modalidades de entrega que ahí se consignan.*

En ese pronunciamiento se reitera que el organismo empleador es responsable por mandato legal de proporcionar el aludido derecho a sus trabajadoras, quienes mientras sean titulares del mismo gozan de este con total gratuidad, lo que se mantiene, de igual manera cuando el servicio empleador suscribe convenios con terceros para dar cumplimiento a esta obligación, tal como se ha establecido en el dictamen N° 101.461, de 2015, de este origen.

Lo anterior se exceptúa únicamente en aquellos casos expresamente contemplados en la jurisprudencia administrativa de este origen, en los que excepcionalmente se ha autorizado a los Organismos de la Administración a entregar a las funcionarias beneficiarias del derecho de sala cuna un monto en dinero equivalente a dicha prestación, cuyo tope se determina de acuerdo a lo que el presupuesto institucional ha fijado para financiar esta prestación por niño, de modo que en el evento que los cuidados requeridos por el menor superen ese monto la diferencia será de cargo de la funcionaria.

Las principales excepciones a que se alude precedentemente están previstas en el dictamen N° 68.316, de 2016, cuando por disposición médica un menor deba mantenerse en su hogar atendida la gravedad de su enfermedad, así como también en el dictamen N° 46.834, de 2016, el que permite la entrega de una suma de dinero por sala cuna, en aquellas excepcionales situaciones de aislamiento en que no existan establecimientos autorizados para proveer esa prestación en la localidad donde la servidora se desempeña.

El criterio expuesto se ha reproducido en aquellos casos puntuales en que los servicios empleadores, si bien cuentan con alguna de las opciones que regula el anotado artículo 203 del Código del Trabajo para otorgar la sala cuna, excepcional y temporalmente no cuentan con cupos para todos los hijos menores de dos años de sus funcionarias, por lo que se ha autorizado en esos eventos la entrega de un monto en dinero, tal como acontece en la situación descrita en el dictamen N° 25.569, de 2019.

Pues bien, como puede observarse, los casos en que se ha autorizado el pago de un monto en dinero por concepto de sala cuna, obedece a situaciones excepcionales en las cuales se ha constatado la imposibilidad de otorgar el beneficio en cualquiera de las formas reguladas en el precitado artículo 203, y en los que, atendido el interés superior del niño se ha autorizado proveerlo en una modalidad extraordinaria.

En ese contexto, teniendo en consideración la jurisprudencia emitida sobre el particular, corresponde concluir que en aquellos casos excepcionales en los que no se cuente con cupos suficientes de matrículas para sala cuna, ya sea en el anexo respectivo o en la sala cuna con la cual se mantiene un

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

convenio para tales fines, y en que además tampoco existan cupos disponibles en sala cunas privadas autorizadas por JUNJI o por el Ministerio de Educación en la comuna en que se desempeña la trabajadora, así como tampoco se cuente con cupos en las salas cunas pertenecientes a otras reparticiones públicas, resulta procedente autorizar el pago de un monto en dinero equivalente a dicha prestación, cuyo tope será el monto fijado por cada niño en el presupuesto institucional correspondiente.

En relación a tales supuestos, y en concordancia a lo establecido en el dictamen N° 6.381, de 2018, corresponderá que se dé cumplimiento a los siguientes requisitos:

1) La entidad empleadora deberá dejar constancia de que temporal y excepcionalmente, indicando la fecha, no cuenta en su anexo con la cantidad de cupos de sala cunas suficientes para atender a la totalidad de los hijos de sus funcionarias menores de dos años, o, en su caso, que manteniendo un convenio con una sala cuna privada, debidamente autorizada por JUNJI o el Ministerio de Educación, esta no cuenta transitoriamente con la cantidad de matrículas suficientes para atender a todos los menores en cuestión.

2) Asimismo, la entidad empleadora deberá dejar constancia de que, habiendo realizado las gestiones pertinentes, verificó que no existen en la comuna respectiva cupos disponibles en otras salas cunas privadas debidamente autorizadas por las mencionadas reparticiones, y tampoco cupos en salas cunas pertenecientes a otras entidades públicas emplazadas en la zona geográfica, con las cuales celebrar convenios de colaboración para estos efectos.

3) De constar lo dispuesto en los numerales precitados, corresponderá que la entidad empleadora emita una resolución exenta fundada otorgando este beneficio a través de esta excepcional modalidad, la que deberá ser remitida a esta Entidad Fiscalizadora, con el objeto de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente pronunciamiento.

4) A dicha resolución se deberá adjuntar copia de todos los documentos que se tuvieron en consideración al emitirla y que sirvieron de fundamento al otorgamiento del beneficio de esta manera excepcional.

El beneficio de sala cuna otorgado en esta modalidad especial se mantendrá mientras se verifiquen las circunstancias que motivaron su otorgamiento. De este modo, una vez que se habilite un cupo de sala cuna se deberá retomar su entrega en la forma normal, esto es, enviando al menor de dos años al respectivo establecimiento de sala cuna.

Cabe hacer presente, que, en estos casos excepcionales, conforme a lo expresado en el dictamen N°7.778, de 2018, resulta innecesario que la funcionaria beneficiaria efectúe una ulterior rendición de esos fondos.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

En ese sentido cabe precisar que la exigencia expresada en el dictamen N° 46.834, de 2016, en orden a solicitar exhibición de contratos de trabajos a fin de acreditar la entrega de cuidados al menor, fue alterada por el dictamen N° 6.381, de 2018, el que reguló expresamente los requisitos exigibles al efecto. Por consiguiente, a fin de precisar su contenido, cumple con manifestar que ese requisito se ha eliminado, por lo que se reconsidera expresamente el dictamen N° 46.834, de 2016, en ese punto específico.

Por otra parte, se ha consultado sobre la procedencia de establecer montos diferenciados por concepto de sala cuna considerando el costo de vida para determinadas zonas geográficas, cuando se entregue un monto en dinero equivalente a la prestación, en los términos indicados previamente.

Al respecto, es del caso indicar que a propósito de la opción de pagar el gasto de sala cuna directamente al establecimiento al que asiste el menor, a que alude el inciso quinto del artículo 203 del Código del Trabajo, el dictamen N° 50.873, de 2013, de este origen, vigente en este punto específico, señaló que el empleador debe hacerse cargo del valor íntegro del costo de ese beneficio, el que suele variar, dependiendo de la zona geográfica donde se encuentre la trabajadora como también la oferta existente en esa misma área, por lo que resulta procedente establecer criterios diferenciados al establecer el monto a pagar por tal ítem.

Ello, por lo demás, debe siempre ser adoptado en base a parámetros objetivos que fundamenten tal medida, lo cual deberá constar fehacientemente al fijar el presupuesto institucional en materia de sala cuna.

En ese contexto cabe concluir que en la medida que el presupuesto institucional por sala cuna en una zona específica haya aumentado, en base a criterios objetivos, tal incremento debe beneficiar a todas las madres trabajadoras que tienen derecho a la prestación de sala, dentro de las cuales se incluyen aquellas que acceden a dicha prestación en una modalidad excepcional, como lo es otorgar un monto en dinero que equivale a la entrega del beneficio en comento.

Por otra, parte, se consulta sobre la posibilidad de otorgar un monto en dinero por concepto de sala cuna por cada día en que las funcionarias con hijos menores de dos años deban realizar turnos nocturnos, las que se desempeñan en zonas apartadas, con escaso personal, cumpliendo labores en establecimientos asistenciales que atiendan durante la noche, lo que hace indispensables sus servicios.

Al respecto, cabe recordar que el jefe superior de la institución respectiva está facultado para ordenar los turnos pertinentes entre su personal y fijar los descansos complementarios que correspondan.

Así, los dictámenes N°s. 30.686, de 2014 y 43.412, de 2016, han sostenido que la anotada autoridad puede realizar la gestión del personal acorde a las necesidades del servicio, estando habilitada para, entre otras materias, fijar y modificar los turnos, y por ende, excluir de los mismos a un determinado funcionario, lo que puede acontecer respecto de funcionarias con derecho al beneficio de sala cuna que

vean dificultado el ejercicio de ese beneficio, resultando plausible, por tanto excluirlas de turnos nocturnos que son incompatibles con el acceso a tal beneficio, en el evento que el centro asistencial de salud no cuente con salas cunas que otorguen sus servicios durante la noche.

Sin perjuicio de ello, en el evento planteado, esto es, en situaciones especiales de escasez de personal del área de salud, cuando ello sea imprescindible en orden a asegurar la entrega de las prestaciones de salud, es admisible que se adopten medidas especiales (aplica criterio contenido en el dictamen N°99.791, de 2014).

En la situación de la especie, dicha medida dice relación con conciliar de la mejor manera el deber del Estado de otorgar tales prestaciones de salud, con el de garantizar el ejercicio de los derechos de maternidad de las funcionarias públicas.

De lo expuesto se colige que el Director del Servicio de Salud Magallanes, en el contexto anotado, esto es, respecto de aquellas zonas apartadas y en las que por lo mismo se cuenta con un número limitado de personal, entre las que se encuentran madres con derecho a la prestación de sala cuna, y por ende, atendida esa escasez no se pueda recurrir a otros servidores para realizar turnos nocturnos, no contando tampoco con un anexo que pueda facilitar la prestación de sala cuna durante la noche, procederá que se establezca la entrega de un pago diario por concepto de prestación de la sala cuna por cada turno de noche realizado, el que deberá fijarse en proporción al presupuesto institucional mensual fijado por concepto de prestación de sala cuna. ([Volver](#))

6.- COVID-19, hospital, medidas excepcionales, conducción ambulancias, personal a honorarios. Dictamen N°E43.837 de 16 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Directora del Hospital San Juan de Dios consultó si procede contratar personas a honorarios para que se desempeñen como choferes de sus ambulancias para movilizar pacientes con urgencia, debido a la falta de funcionarios y a las dificultades para licitar tal servicio.

Fundamento: *Sobre el particular, el artículo 2° del decreto ley N° 799, de 1974, que fija normas que regulan el uso y circulación de vehículos estatales, establece que “solo tendrán derecho a uso de vehículos para el desempeño de las funciones inherentes a sus cargos, los funcionarios de los servicios públicos”.*

Enseguida, el artículo 7° mandata que “toda persona que sea autorizada para conducir, en forma habitual, vehículos estatales y todo aquel a quien que se asigne el uso permanente de estos vehículos y tome a su cargo, asimismo, la conducción habitual de ellos, deberá rendir una caución”. A su turno, el artículo 11 preceptúa que “Toda infracción a lo dispuesto en el presente decreto ley será sancionada con alguna de las medidas disciplinarias establecidas en el Estatuto Administrativo”.

Como se puede apreciar y tal como lo ha sostenido una reiterada e invariable jurisprudencia de este Organismo de Control, solo pueden utilizar los vehículos para el desempeño de las tareas inherentes a sus cargos, los funcionarios de los servicios públicos que tienen responsabilidad administrativa, condición que no revisten las personas contratadas a honorarios (aplica criterio contenido en los dictámenes Nos 12.726, de 1991; 14.754, de 2000; 44.878, de 2014; 65.426, de 2016; 41.303, de 2017, entre otros).

En razón de lo anterior, cabe concluir que el uso y circulación de los vehículos estatales referidos debe ajustarse a lo preceptuado en el citado decreto ley, por lo que, como regla general, no corresponde que contratados a honorarios los conduzcan, a menos que una norma permita recurrir a tal modalidad excepcionalmente, como sucede respecto de algunos servicios en virtud de las leyes de presupuestos del sector público.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno tener en consideración que mediante el decreto N°4, de 2020, del Ministerio de Salud (MINSAL) y sus modificaciones -dictado en conformidad a las normas constitucionales y legales que invoca-, se declaró alerta sanitaria para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del Coronavirus 2019, en cumplimiento del Reglamento Sanitario Internacional, aprobado por la Organización Mundial de la Salud, de la que Chile es miembro, y acorde con el artículo 36 del Código Sanitario, según el cual, cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República otorgar facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia.

En este sentido se ha pronunciado esta Contraloría General a través del dictamen N°3.610, de 2020, haciendo presente que el brote del Covid-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, con el objeto de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos, esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad.

De lo señalado precedentemente es posible sostener que en las circunstancias de una emergencia sanitaria como la referida, el Ministro de Salud, por orden del Presidente de la República, puede autorizar, en el respectivo decreto que así la declare o en una modificación del mismo, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sanitario, que se faculte a personas contratadas a honorarios para conducir ambulancias, siempre que ello resulte estrictamente necesario por la falta de dotación de funcionarios de planta o a contrata que cumplan esa labor y solo por el lapso que rija la alerta sanitaria decretada. Lo anterior, teniendo en consideración la necesidad de garantizar la salud y el bienestar de la comunidad, no interrumpiendo acciones indispensables como sería mantener un

constante y continuo traslado de pacientes en ejercicio de la actividad de servicio público que el legislador ha encargado a esos órganos de la Administración.

Finalmente, en el evento que se entregue tal autorización, el servicio debe velar por el resguardo del patrimonio público -como lo es un vehículo institucional-, requiriendo las pertinentes cauciones a quienes los conduzcan. ([Volver](#))

7.- Financiamiento educación superior, gratuidad, requisitos, programa de pregrado, College Universidad Católica. Dictamen N°E43.811 de 16 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Pontificia Universidad Católica de Chile solicitó que se reconsidere el dictamen N° 30.941, de 2018, de este origen, el cual concluyó que el Ministerio de Educación actuó conforme a derecho al no renovar el acceso gratuito a la educación superior para cursar estudios a la persona que indica, ya que esta, al poseer una licenciatura del Programa College de dicha universidad, no cumplió con el requisito de no poseer una licenciatura terminal.

Fundamento: *Sobre el particular, es útil recordar que al emitirse el dictamen N° 30.941, de 2018, se atendió la materia en comentario considerando la normativa que dispuso el anotado beneficio para el año 2017, esto es, la ley de Presupuestos del Sector Público para dicha anualidad, la que estableció como requisito a cumplir por los estudiantes, en lo que importa destacar, el “no poseer un título profesional o un grado de licenciado con carácter de terminal otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, o por una institución de educación extranjera”.*

Asimismo, dicho pronunciamiento expresó que esta Contraloría General ha sostenido, entre otros, en los dictámenes Nos 14.505 y 31.812, ambos de 2006, que el legislador distingue claramente entre un título profesional y un grado de licenciado, y que respecto de estos últimos la ley efectúa una diferenciación entre aquellos que tienen el carácter de finalistas o terminales y los que no lo son, siendo los primeros suficientes por sí solos para el ejercicio profesional, mientras que los segundos son solo un requisito sine qua non para la obtención de un título profesional determinado.

Dicho lo anterior, cabe señalar que la ley N° 21.091, invocada por la reclamante, vino a regular en forma permanente el acceso gratuito a la educación superior en su título V, artículo 103, disposición que, en lo que interesa, establece que pueden obtener este beneficio quienes, según su letra b), no posean un título técnico de nivel superior, ni un título profesional o una licenciatura; ni un título o grado académico reconocido o revalidado en Chile, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 109 de esa ley.

Añade, que se entenderá que cumplen este requisito los estudiantes que hayan obtenido una licenciatura en carreras o programas de estudio conducentes a un título profesional, mientras no obtengan este último.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por su parte, el artículo 109 de dicho texto legal preceptúa que las instituciones de educación superior deberán otorgar estudios gratuitos a los estudiantes que cumplan con los requisitos que indica y posean el grado de licenciado o licenciada, para cursar un módulo de licenciatura conducente a un título pedagógico conferido por una institución que reciba el financiamiento institucional cuya duración no exceda de cuatro semestres.

De lo expuesto se desprende que el legislador concede el referido beneficio de gratuidad a las personas que posean una licenciatura no terminal -esto es, aquellos que hayan logrado ese grado académico en programas de estudio conducentes a un título profesional, y solo mientras no alcancen dicho título- y, por el contrario, excluye de este derecho a quienes obtuvieron una licenciatura terminal, con excepción de los estudiantes que cursen luego una licenciatura adicional que conduzca a un título de pedagogía.

Pues bien, de los antecedentes proporcionados por la requirente en su presentación, acerca del College de la enunciada casa de estudios superiores, se debe arribar a la misma conclusión que manifiesta la Subsecretaría de Educación Superior, y que fue expuesta en el dictamen N° 30.941, de 2018, esto es, que se trata de un programa de pregrado de cuatro años de duración que es conducente o que culmina con un grado de licenciado, el cual es habilitante para optar a un magíster, doctorado o a otros programas de estudios conducentes a títulos profesionales.

En efecto, en los documentos acompañados aparece que los programas conducentes a títulos profesionales a los que puede acceder una persona que ha finalizado el College, y alcanzado la respectiva licenciatura, se tratan de planes de continuidad de estudios, los cuales permiten acceder a otras carreras de dicha universidad, distintas al referido College, y a cuyo término el estudiante obtendrá la licenciatura de la carrera de que se trate, en los casos que proceda, y el título profesional al cual esta última sea conducente.

De este modo, contrariamente a lo expuesto por la requirente, el Programa College no finaliza en una licenciatura de una carrera o programa de estudio conducentes a un título profesional -como señala el artículo 103 de la ley N° 21.091-, sino que culmina en una licenciatura propia, es decir, terminal, en virtud de la cual el estudiante, posteriormente, y si así lo estima, puede acceder a un plan de continuación de estudios en otra carrera de esa misma casa de estudios superiores.

En consecuencia, se ratifica el dictamen N° 30.941, de 2018, de esta procedencia, resultando procedente que el Ministerio de Educación no haya renovado el acceso gratuito a la educación superior para cursar estudios a quienes poseen una licenciatura del Programa College de la Pontificia Universidad Católica de Chile, dado que se trata de una licenciatura terminal, por lo que tales personas no cumplen con el requisito dispuesto en el artículo 103 de la ley N° 21.091, para obtener dicho beneficio.

Ahora bien, respecto a la falta de comunicación que acusa la recurrente, la aludida subsecretaría informa que ha notificado oportunamente lo resuelto a los estudiantes a través de la correspondiente publicación en la plataforma destinada a postular a los beneficios estudiantiles; y a la referida universidad mediante una reunión sostenida para tal efecto con las autoridades de esa casa de estudios superiores, sin que se advierta, en razón de ello, la falta que se acusa.

Por último, en cuanto a la petición formulada por la recurrente, de que lo dictaminado en la materia por esta Entidad de Control rija solo a futuro a fin de respetar los supuestos derechos adquiridos de los estudiantes provenientes del programa que accedieron a la gratuidad para cursar sus estudios posteriores, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado atendido que no se advierte que la compareciente posea un mandato que la faculte para actuar en representación de los alumnos en cuestión, según lo exige el artículo 22 de la ley N° 19.880. ([Volver](#))