

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°127

Semana del 8 al 14 de noviembre de 2020

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Inmobiliaria Mirador Barón S.A. con Municipalidad de Valparaíso."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°50.397-2020
Resumen	<p>El reclamo de ilegalidad, contemplado en el artículo 151 de la Ley N°18.695, debe ser entendido como una acción contenciosa administrativa especial consagrada por nuestro legislador en términos amplios, con el objeto de controlar la legalidad de la actuación de los funcionarios municipales, razón por la que se concede para impugnar actos administrativos u omisiones en las que éstos incurran, que pueden agraviar a un ciudadano particular o afectar los intereses generales de la comuna. Luego, y en virtud de la distinción que efectúa el artículo 18, en relación con el artículo 15, ambos de la Ley N°19.880, los actos trámite no son impugnables separadamente, más que en aquellos casos en que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. Esta limitación de las actuaciones sobre las que cabe plantear tanto los recursos administrativos como los judiciales tiene su razón de ser en el intento de concentrar la totalidad de los motivos de impugnación que puedan afectar la legalidad de una cierta decisión administrativa en un único recurso.</p> <p>Por su parte, la sentencia de reemplazo sostuvo que: No son impugnables los actos trámites que se pronuncian dentro de un procedimiento administrativo, en la medida que aquellos determinan la consecución del procedimiento entregando a los administrados la posibilidad de recurrir de la decisión final que se adopte dentro de él. Lo anterior, por cuanto los actos administrativos de trámite se entiende dependientes del acto por el que se resuelve el procedimiento, por lo que se debe esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, por medio de la impugnación de la misma, plantear las irregularidades o vicios que se estima afectan al primero, por lo que se traspasan a la decisión final. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	9 de noviembre de 2020	

Caso	"Instituto de Diagnóstico S.A. con Superintendencia de Salud."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°119.193-2020

Resumen	<p>En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna. En virtud de ello, se ha establecido como criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 53, inciso primero, de la Ley N°19.880, si la Administración deja transcurrir, de forma injustificada, un lapso superior a dos años entre el inicio y término del procedimiento, se produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la consecuente extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	9 de noviembre de 2020

Caso	"Sanhueza con Municipalidad de Talcahuano."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°62.904-2020
Resumen	<p>Para hacer efectivo el derecho al ascenso, los funcionarios deben reunir los requisitos del cargo vacante a que se postula y no estar sujetos a las inhabilidades contempladas en el artículo 53 de la Ley N°19.880.</p> <p>Por otra parte, la motivación constituye uno de los elementos del acto administrativo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo. Semejante exigencia supone que las razones argüidas por la autoridad hallen sustento en la realidad, es decir, que se condigan con los antecedentes fácticos del caso concreto.</p> <p>En relación con lo anterior, se verifica falta de motivación en el acto administrativo que declara vacante un cargo al que postuló un funcionario en ejercicio, cuando el fundamento de dicha decisión radica en la exigencia de requisitos que no están establecidos en la ley o en el reglamento aplicable a la materia, sino que aparecen en documentos posteriores que no forman parte del acto administrativo. En consecuencia, se trataría de un acto administrativo que vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que rigen la actuación de la Administración. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	9 de noviembre de 2020	

Caso	"SIPROL SpA con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones y otros."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°112.508-2020
Resumen	<p>Las empresas del Estado son creadas por la ley para servir el interés público por sobre el lucro. Ello refuerza la idea que el Estado, en el ejercicio de su función primordial que es estar al servicio de la persona y colaborar al bienestar común, puede y debe, buscar los mecanismos necesarios para</p>	

	<p>conseguirlo, teniendo como límites las garantías fundamentales de las personas. Conforme a lo anterior, aparece de manifiesto que la actividad portuaria constituye un servicio público, puesto que los puertos constituyen puntos estratégicos para la economía y la protección de las fronteras e integración territorial. De ello se sigue la necesidad del Estado de velar por el mejoramiento constante de esta actividad.</p> <p>En concordancia con lo anterior, para conseguir el mejoramiento de la prestación de los servicios portuarios, la ley obliga al Estado que elabore políticas públicas integrales de la actividad portuaria, lo cual incluye logística tecnológica y humana e infraestructura con una mirada global y de largo plazo. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	10 de noviembre de 2020

Caso	"Inmobiliaria Mirador Salinas SpA con Municipalidad de Viña del Mar."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°50.493-2020
Resumen	<p>No toda ilegalidad es constitutiva de falta de servicio –y que, consecuentemente, dé lugar a indemnización de perjuicios de acuerdo al artículo 152 de la LOCM–, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son instituciones jurídicas independientes. De este modo, una medida ilegal, aunque pudiera ser susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación –y de hecho, no toda ilegalidad trae aparejado, como consecuencia, la invalidación o la anulación del acto–. Lo anterior significa que no basta la existencia previa de una declaración de ilegalidad, para dar por acreditada la falta de servicio, pues ella debe ser acreditada por quien la alega. (Ver hecho y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	10 de noviembre de 2020	

Caso	"Orrego con Isapre Colmena Golden Cross S.A."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°97.283-2020
Resumen	<p>La identidad de género, definida como "la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento" (artículo 1 de la Ley N° 21.120), constituye un atributo de la personalidad, el cual se ejerce, entre otras maneras, a través del ejercicio e igual acceso que deben tener las personas transexuales a las prestaciones médicas que requieran. En consecuencia, es deber del estado permitirles el acceso real y efectivo a las prestaciones médicas necesarias para mejorar o mantener su existencia física y mental acorde al ejercicio de su libertad de autodeterminarse sexualmente dentro de un género.</p> <p>Desde otra perspectiva, si bien, la transexualidad no es una enfermedad, no es posible desconocer las consecuencias que de dicha circunstancia se</p>	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

	<p>derivan para estas personas, atendida la discordancia que existe entre su cuerpo biológico y la decisión que adoptaron en relación a su orientación sexual, lo cual puede ocasionar en ellas patologías psíquicas, que se producen entre otras razones, por la imposibilidad de adecuar su físico a la orientación sexual que sienten y resuelven les corresponde, lo que les impide concretar su libertad de determinar su género, haciendo indispensable que el Estado, directamente o a través de quienes ejercer esa función pública, por mandato legal, como lo son las Isapres, deban garantizar el ejercicio de esos derechos, al permitirles acceder a las prestaciones médicas pertinentes.</p> <p>Por otra parte, las cirugías de reasignación sexual no son consideradas operaciones con fines cosméticos, porque tienen por objeto maximizar el bienestar psicológico y el sentimiento de autosatisfacción de la persona, concordando su identidad de género con la de su sexo físico, para así disminuir el estrés asociado a dicha incongruencia y brindándole beneficios tanto en aspectos psicológicos como sociales, por lo tanto, en términos jurídicos, debe ser considerada como relevante y un reflejo, por un lado, del deber del Estado de garantizar y asegurar la no discriminación de las personas transexuales y, por otro, el ejercicio que éstas hacen de los derechos fundamentales de la igualdad ante la ley y el de protección a la salud. (Ver hecho y fundamentos del caso)</p>
Fecha	10 de noviembre de 2020

Caso	"Essbio S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°33.588-2019
Resumen	<p>El informe de investigación elaborado por profesionales designados por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), en su calidad de ministros de fe, goza del valor que le confiere el inciso final del artículo 11 A de la Ley N°18.902, es decir, que los hechos allí establecidos constituyen presunción legal. La referida ley no hace mención respecto de la existencia de un acta de fiscalización, sino que se establece que los fiscalizadores tienen la calidad de ministros de fe y que los hechos que ellos constaten constituyen una presunción legal. En consecuencia, independiente del documento en que estén contenidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 A, se presumen verdaderos los hechos constatados por los fiscalizadores.</p> <p>Por su parte, la sentencia de reemplazo sostuvo que: Se entiende que, en los términos del artículo 11, letra b), de la Ley N°18.902, un corte en el suministro del servicio de agua potable ha afectado a la generalidad de los usuarios, cuando dicho efecto alcanzó de manera masiva a las áreas de concesión del servicio, sin que ello implique que sea la totalidad de los usuarios, u otra cantidad cercana. (Ver hecho y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	11 de noviembre de 2020	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E47.343
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En materia de administración de haberes públicos, el Estado y sus organismos deben observar el principio de legalidad del gasto, de forma tal que los desembolsos que se autoricen con cargo a esos caudales solo pueden emplearse para los objetivos y situaciones expresamente previstos en el ordenamiento jurídico y bajo las condiciones que este prevé. Siendo así, las sumas consideradas para el otorgamiento del reajuste de remuneraciones del sector público, que otorgó la Ley N°21.126, no pueden ser concedidas a empleados distintos de aquellos contemplados expresamente por la anotada normativa. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	29 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E47.345
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Al finalizar la evaluación de las solicitudes de los proveedores interesados en ingresar al registro de proveedores, la Dirección de Compras y Contratación Pública debe emitir un acto administrativo que apruebe o rechace la inscripción, el que será reclamable ante el Tribunal de Contratación Pública. Siendo así, procede que la suspensión o eliminación del mismo se lleve a cabo mediante la dictación de otro acto administrativo, pues esa es la vía por la que los órganos de la Administración del Estado expresan formalmente sus decisiones. En consecuencia, si una vez inscrito un proveedor en al anotado registro, le sobreviene una causal de inhabilitada esa inscripción debe ser dejada sin efecto por la mencionada Dirección, mediante la emisión de la correspondiente resolución. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	29 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°12.483
Órgano	Contraloría General de la República

Resumen	Se reconoce a los causahabientes de un exonerado político que liquidó su bono de reconocimiento -y que, por ende, no causó derecho a una pensión no contributiva, acorde con lo previsto en el artículo 16 de la ley N° 19.234-, el derecho al abono del artículo 4°, pues la disposición legal conforme con la cual se concede esa prestación, no distingue si la persona que fue reconocida como exonerada por razones políticas, se encuentra o no fallecida. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	29 de octubre de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Inmobiliaria Mirador Barón S.A. con Municipalidad de Valparaíso. Corte Suprema, Rol N°50.397-2020, de 9 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: La empresa Inmobiliaria Mirador Barón S.A. dedujo un reclamo de ilegalidad en contra de la Municipalidad de Valparaíso, impugnando el decreto alcaldicio N°107 de 10 de octubre de 2019, en virtud del cual se complementó el decreto alcaldicio N°3.758 de 26 de diciembre de 2017, el cual puso término al proceso de invalidación del decreto alcaldicio N°2.401, dejándolo sin efecto y, a su turno, el decreto alcaldicio N°3.074. El último acto administrativo indicado, a su vez, dejó sin efecto el permiso de edificación N°119/15.

El reclamo fue acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por lo cual la reclamada dedujo recurso de casación en el fondo.

Fundamento: *Cuarto: Que, en ese orden de ideas, se debe consignar, que el reclamo de ilegalidad, contemplado en el artículo 151 de la Ley N° 18.695, debe ser entendido como una acción contenciosa administrativa especial consagrada por nuestro legislador en términos amplios, con el objeto de controlar la legalidad de la actuación de los funcionarios municipales, razón por la que se concede para impugnar actos administrativos u omisiones en las que éstos incurran, que pueden agraviar a un ciudadano particular o afectar los intereses generales de la comuna, siendo relevante precisar que el principal fin de esta acción es tutelar los derechos e intereses legítimos de aquellos (CS Rol N°10.121-2019).*

Quinto: Que, de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley N° 19.880, surge la principal de las clasificaciones de los actos administrativos, que se dividen en actos trámite y actos decisorios o terminales. Ha señalado la doctrina que “Son actos trámites aquéllos que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo. Actos terminales o decisorios son aquellos en los que radica la resolución administrativa, es decir, la decisión que pone fin al procedimiento. Se trata de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo y en la que se contiene la decisión de las cuestiones planteadas por los interesados o por la propia Administración Pública” (Jorge Bermúdez Soto. Derecho Administrativo General. Editorial Thomson Reuters. 2014, páginas 142-143).

Sexto: Que la distinción anotada resulta importante, en tanto el artículo 15 del mismo cuerpo legal limita las posibilidades de impugnación de los actos trámite al preceptuar que “Todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.”

Por tanto, el resto de los actos trámite no son impugnables separadamente, por lo que habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, por medio de la impugnación de la misma, poder plantear todas las irregularidades o vicios.

Séptimo: Que esta limitación de las actuaciones sobre las que cabe plantear tanto los recursos administrativos como los judiciales tiene su razón de ser en el intento de concentrar la totalidad de los motivos de impugnación que puedan afectar la legalidad de una cierta decisión administrativa en un único recurso, vía que puede incluir tanto los reproches dirigidos directamente a la resolución como aquellos que tienen por objeto discutir la legalidad de alguno de los actos de trámite, en los casos antes anotados. Ha de notarse que estos últimos constituyen fases del procedimiento dirigidos a preparar la decisión final, de modo que esta unidad también debe mantenerse en lo concerniente a las vías de control de la legalidad de los actos administrativos, puesto que, el procedimiento es una ordenación unitaria, expresada en actos diversos que se articulan para la producción de un acto decisorio final.

Octavo: Que, en este contexto, para decidir resulta indispensable analizar el contenido del Decreto Alcaldicio N° 107. Éste, luego de reiterar los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron a dictar el Decreto Alcaldicio N°3.578, en el cual valga reiterar “dejó sin efecto el Decreto Alcaldicio N° 3.074” que, a su vez, era el acto administrativo por el cual se había dado lugar al reclamo del Sr Briceño; lo complementa en el sentido de adicionarle un punto V.- en el siguiente tenor: “NOTIFIQUESE el presente Decreto Personalmente a don Juan Carlos Briceño Contreras, entendiéndose que por el mismo se rechaza su reclamo de ilegalidad deducido con fecha 10 de octubre de 2017, en contra del permiso de edificación otorgado por resolución DOM N°119 de 2015, ello para los efectos contemplados en el artículo 151 letra d) de la Ley N°18.695. Lo anterior, mediante carta certificada dirigida al domicilio que el señor Briceño Contreras hubiere designado en su primera presentación o con posterioridad.”

Noveno: Que de lo expuesto fluye que el mencionado Decreto Alcaldicio N° 107 de 2019, no reviste el carácter de un acto decisorio, por cuanto no contiene una determinación que genere un efecto jurídico definitivo, puesto que el “rechazo” del reclamo administrativo del Sr. Briceño, se produjo con la dictación del Decreto Alcaldicio N° 3.758 de 2017, cuando declaró que “se deja sin efecto” el Decreto Alcaldicio N° 3.074 de 2017, de manera que el acto impugnado, en estas condiciones, se limitó a ordenar notificar al tercero interesado del proceso de invalidación que la Municipalidad llevó al efecto para adoptar dicha resolución, no siendo trascendente el que se indicara que se “entiende rechazado su reclamo” porque, como se dijo, de la sola lectura del acto administrativo complementado, surge de manera palmaria que esa fue la decisión adoptada por el Decreto Alcaldicio N° 3.758 de 2017.

Refuerza lo expuesto, el hecho que el quid de la controversia, esto es, la legalidad del PE 119/15, se encuentra siendo hoy discutida en otros procesos paralelos, tal como reconocieron en estrados los litigantes.

Décimo: Que, en estas condiciones, resulta pertinente recordar, también, que la competencia se ha entendido como "aquella parte de la jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella" (Rocco, Ugo (2002): Derecho Procesal Civil. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, p. 246.). Por su parte, de acuerdo al artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales "la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones".

En lo pertinente, se debe precisar que "La competencia de los tribunales es de orden público y de derecho estricto y no alcanza más allá de la que expresamente le ha conferido el legislador" (CS, 25 de septiembre de 1970, RDJ, tomo lxxvii, Santiago, 1970, sec. 1ª, p. 409)

Undécimo: Que, en consecuencia, la sentencia recurrida no se pronunció en forma legal, incurriendo en la causal de casación del artículo 768 N°1 del Código de Procedimiento Civil, porque al haberse dejado establecido que el Decreto Alcaldicio N° 107, es un acto trámite que no produce para los litigantes "la imposibilidad de continuar un procedimiento o indefensión", por el contrario, como se indicó, el asunto de fondo se encuentra actualmente discutido por las mismas partes en otros procesos, permite colegir que la Corte de Apelaciones, efectivamente, era incompetente para conocer un reclamo de ilegalidad que se dedujo en contra de un acto de mero trámite, lo cual habilita a este Tribunal a anular de oficio la sentencia recurrida.

Acto seguido, y sin nueva vista de la causa, se procedió a dictar sentencia de reemplazo, cuyos fundamentos son los siguientes:

3° Que, con lo reseñado, se quiere dejar en evidencia la estrecha relación que existe entre el procedimiento administrativo de generación del acto y el proceso jurisdiccional previsto para controlar su legalidad.

Lo anterior reviste la máxima trascendencia, toda vez que, ante el nexo indiscutible entre los procesos administrativos y el proceso jurisdiccional, resulta necesario establecer que las impugnaciones, en sede administrativa, están previstas para impugnar un acto resolutivo, es decir, acto de término que resuelva el proceso administrativo y sólo excepcionalmente actos de trámite, pues estos sólo son impugnables en la medida que causen indefensión.

Es en este escenario, esta Corte ha sido consistente en señalar que no son impugnables los actos trámites que se pronuncian dentro de un Procedimiento Administrativo, en la medida que aquellos

determinan la consecución del procedimiento entregando a los administrados la posibilidad de recurrir de la decisión final que se adopte dentro de él.

4° Que lo anterior debe necesariamente entenderse a la luz del principio conclusivo, regulado por el artículo 8° del cuerpo legal antes citado, que dispone: “Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”, que se vincula con un deber legal de resolver, que busca evitar que el procedimiento administrativo se mantenga inconcluso indefinidamente. “Esto es lo que se conoce también como el principio in dubio pro actione: todo procedimiento ha de asegurar la dictación de una decisión final, que es el acto administrativo terminal: un decreto, una resolución o un oficio que se pronuncia sobre el fondo del asunto, materia o cuestión que ha sido objeto del procedimiento” (Claudio Moraga Klenner. Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la Administración del Estado, Tomo VII, Coordinador Académico: Rolando Pantoja Bauzá, Editorial Abeledo Perrot y Legal Publishing, Edición Bicentenario 2010, página 166).

5° Que, en este sentido, cabe destacar que los actos administrativos de trámite se entienden dependientes del acto por el que se resuelve el procedimiento. Aparte de los actos trámites que ponen término al procedimiento o producen indefensión, el resto no es impugnabile, por lo que habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, por medio de la impugnación de la misma, plantear las irregularidades o vicios que se estima afectan al primero, por lo que se traspasan a la decisión final.

6° Que, así, la interpretación armónica de las normas antes referidas, deja de manifiesto la intención del legislador de imponer límites a la impugnación, que sólo procede en contra de los actos decisorios y de aquellos actos trámite que produzcan determinados efectos, esto es, que pongan fin al procedimiento o produzcan indefensión.

7° Que, por consiguiente, habiéndose establecido que el Decreto Alcaldicio N° 107 sólo tiene por objeto notificar una decisión que fue adoptada con anterioridad, no es posible sino calificarlo dentro del actos de mero trámite y, en esa circunstancia, al no impedir la defensa o discusión posterior del asunto de fondo entre las partes, impide que sea admitido a tramitación por no constituir un acto decisorio, lo cual impide que la reclamación interpuesta por Inmobiliaria Mirador Barón pueda ser acogida a tramitación y deba ser desestimada in limine. ([Volver](#))

2.- Instituto de Diagnóstico S.A. con Superintendencia de Salud. Corte Suprema, Rol N°119.193-2020, de 9 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: El Instituto de Diagnóstico S.A. fue sancionado por la Intendencia de Prestadores de Salud al pago de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales, en procedimiento administrativo iniciado en virtud de la formulación de cargos de fecha 24 de marzo de 2014, dictándose la resolución sancionatoria el 15 de noviembre de 2019,

determinación en contra de la que el reclamante dedujo reposición y, en subsidio, recurso jerárquico, los que fueron desestimados mediante Resolución Exenta IP/Nº 650 de 14 de febrero de 2020 de la Intendencia de Prestadores de Salud y Resolución SS/Nº de 23 de marzo de 2020, respectivamente.

La entidad sancionada dedujo reclamo de ilegalidad en contra de la última resolución, el que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Por ese motivo, la actora dedujo recurso de apelación.

Fundamento: *Cuarto: Que, reiteradamente, esta Corte ha declarado, (SCS entre otros, Rol N°s 7.554-15, 2.639-2020, 39.689- 2020), que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, se ha señalado que para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna.*

Para asentar tales decisiones, se ha considerado especialmente el principio de la eficacia y eficiencia administrativa, consagrado en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (y que encuentran su correlato en el Estatuto Administrativo).

En efecto, el artículo 3º, inciso segundo, dispone que: “La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

Por su parte el artículo 5º, inciso primero, señala que: “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.

En tanto, el artículo 11 de la misma ley regula el llamado control jerárquico, y relaciona la eficiencia y eficacia con la oportunidad en que se realiza la actuación administrativa. En efecto, dispone que “Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.

Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”.

A continuación, el inciso segundo del artículo 52 señala que el principio de probidad administrativa, consagrado actualmente en el artículo 8º de la Carta Fundamental, “consiste en observar una

conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.”. Pues Bien, el artículo 53 vincula los principios de eficiencia y eficacia con la probidad administrativa. En efecto, define la expresión “interés general” señalando que “exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

Finalmente, el N° 8 del artículo 62 indica que es una infracción al principio de la probidad administrativa, “Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración”.

Quinto: Que la exposición de la normativa orgánica constitucional resulta trascendente, pues a partir de aquella, la jurisprudencia ha decantado la institución del “decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio”, que trae aparejada su extinción y pérdida de eficacia. Él se ha aplicado al constatar el transcurso de un tiempo excesivo por parte de la Administración para la declaración de responsabilidad y la consecuente decisión terminal sobre la imposición de una sanción.

Así, en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, esta Corte ha considerado como referencia los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53, inciso primero, de la Ley N° 19.880, el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años. De ello se sigue que resulta válido sostener que si la Administración deja transcurrir, de forma injustificada, un lapso superior entre el inicio y término del procedimiento, se produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la consecuente extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo y lesivo para los intereses del afectado, quien, al estar sujeto a un procedimiento excesivamente extenso, ve afectado su derecho a la seguridad jurídica.

Asimismo, como una razón adicional para asentar la existencia del decaimiento, es que el objeto jurídico del acto administrativo, cual es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, puesto que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora. En efecto, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca

reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor.

En este mismo sentido, conviene puntualizar que no cualquier dilación en la dictación del respectivo acto administrativo conlleva su decaimiento, sino que sólo la amerita aquella que es excesiva e injustificada.

Sexto: Que, entonces, el plazo razonable de conclusión del procedimiento administrativo sancionatorio en el presente caso no es otro que el de dos años, que se ha seguido por esta Corte en otras causas (SCS Rol N°23.056- 2018).

Séptimo: Que, en estas circunstancias, desde la formulación de cargos, el 24 de marzo de 2014, y hasta la dictación de la sentencia que recayó en el procedimiento administrativo de sanción, esto es, la Resolución Exenta N° IP/35 de 15 de noviembre de 2019, había transcurrido en exceso el plazo de dos años antes reseñado, produciéndose, en consecuencia, el decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio. ([Volver](#))

3.- Sanhuesa con Municipalidad de Talcahuano. Corte Suprema, Rol N°62.904-2020, de 9 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo una acción de protección en contra de la Municipalidad de Talcahuano, impugnando el Decreto Alcaldicio N° 2564 de 11 de octubre de 2019, que encasilla al personal de planta, sin haberlo promovido en el cargo grado 8° profesional, manteniéndolo en el grado 10° que ocupa actualmente, a diferencia de lo que ocurrió con otros 16 funcionarios de planta de la Municipalidad que sí fueron promovidos.

Fundamento: *Undécimo: Que, en consecuencia, el artículo 56 de la Ley 19.883, resulta plenamente aplicable a este caso, pues señala que para hacer efectivo el derecho al ascenso, los funcionarios deberán reunir los requisitos del cargo vacante a que se postula y no estar sujetos a las inhabilidades contempladas en el artículo 53. Resultando igualmente aplicable el artículo 49 ter de la Ley N 18.695 Orgánica de Municipalidades, que regula el encasillamiento y promoción de funcionarios que cumplan con los requisitos legales.*

Duodécimo: Que, llegados a este punto, resulta apropiado subrayar que la motivación constituye uno de los elementos del acto administrativo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N° 19.880 consagra los principios de transparencia y publicidad, en cuanto permite y promueve el conocimiento del contenido y fundamentos de las decisiones que adopten los órganos de la Administración del Estado, calidad que precisamente detenta el organismo demandado. Es así como el artículo 11 inciso segundo del referido texto legal, previene la obligación de motivar en el mismo acto administrativo la decisión, mencionando los hechos y fundamentos de derecho, en el caso que afectare los derechos o prerrogativas

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

de las personas. A su turno, también el artículo 41 inciso cuarto del aludido texto legal dispone que las “resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”. Proceder que, por lo demás, se hace enteramente exigible por mandato del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

Décimo tercero: Que semejante exigencia supone, como es evidente, que las razones argüidas por la autoridad hallen sustento en la realidad, vale decir, que se condigan con los antecedentes fácticos del caso en concreto, pues de lo contrario, sólo se estaría dando cumplimiento de manera formal y meramente formularia al cumplimiento de la obligación en comento.

Décimo cuarto: Que los elementos de juicio expuestos en lo que precede, dejan en evidencia la falta de motivación que afecta al acto recurrido, toda vez que el fundamento de la decisión de la recurrida radica en la exigencia de requisitos que no están establecidos en ley o el reglamento aplicable a la materia, sino que aparecen en documentos posteriores que no forman parte del acto recurrido.

Dicho proceder no se condice con las exigencias previstas para una resolución como la que ha sido impugnada, pues la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura. En tal sentido, el empleo por parte del recurrido de razones carentes de base o fundamento, vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que rigen la actuación de la Administración y que exigen la exposición clara y concreta de motivos que den sustento y racionalidad al acto de la Administración, en lugar de otorgarle una mera apariencia de seriedad, regularidad y razonabilidad.

En efecto, no basta que la autoridad esgrima cualquier razón en apoyo de sus determinaciones; debe basarlas en motivos verificables y racionalmente comprensibles, sin que baste para ello que reitere, de manera por demás mecánica, argumentos que no tienen base fáctica o documental, pues al hacerlo pone de relieve que el acto, verdaderamente, carece de todo sustento, en tanto no esgrime razones valederas basadas en antecedentes actuales y comprobables.

Décimo quinto: Que, en consecuencia, por carecer el acto censurado de todo fundamento que permita entender y que entregue soporte a la decisión contenida en él, forzoso es concluir que el Decreto Alcaldicio N° 2564, en la parte que declara vacante el cargo grado 8° que pretende el recurrente, es ilegal, pues en su emisión no se cumplieron las exigencias previstas en los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, desde que carece de fundamentos de hecho que expliquen, verdaderamente, la decisión allí adoptada, pese a que por su intermedio se afectan los derechos de un particular.

En otras palabras, el acto es ilegal puesto que no contiene los basamentos legales que la determinación allí expuesta requiere.

Décimo sexto: Que, establecido lo anterior, cabe consignar, asimismo, que el Decreto Alcaldicio N°2564 de 11 de octubre de 2019 emitido por la Municipalidad de Talcahuano, que encasilla al personal de planta, no sólo constituye un acto ilegal, sino que además resulta arbitrario, puesto que

la referida ausencia de motivos que justifiquen la determinación en ella contenida demuestra que ha obedecido al mero capricho de la autoridad que la expidió.

Décimo séptimo: Que el acto censurado en autos vulnera, en consecuencia, el derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, toda vez que establece un tratamiento distinto entre los demás funcionarios dependientes de la Municipalidad de Talcahuano que sí fueron encasillados, que ha visto alterada dicha determinación sin que se haya hecho valer elemento de juicio alguno que explique semejante decisión, razón por la que el recurso de protección debe ser acogido. ([Volver](#))

4.- SIPROL SpA con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones y otros. Corte Suprema, Rol N°112.508-2020, de 10 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: SIPROL SpA, sociedad del giro de prestación de servicios tecnológicos, dedujo acción de amparo económico en contra de: el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, la Dirección de Obras Portuarias, el Instituto Nacional de Hidráulica y Energía Marina SpA, la que funda sobre la base que el proyecto de investigación en que trabajan las recurridas, consistente en desarrollar un sistema de predicción de oleaje y respecto del cual el Estado pondría a disposición del mercado portuario público y privado en forma gratuita y para todos los terminales del país, constituye una amenaza para la actividad económica de su empresa, porque se trata del mismo producto que ella vende al mercado.

Fundamento: 16.- *Que, para dilucidar la primera hipótesis planteada, es necesario precisar, por un lado, el concepto de servicio público en la empresa portuaria y, hecho lo anterior, determinar su grado participación dentro del orden económico.*

Al respecto, cabe señalar que el concepto de servicio público, en su sentido más clásico, proviene de la doctrina francesa, que lo define “como actividad de determinado tipo realizada por la administración”, el autor Maurice Hauriou habla de “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”. Sin embargo, debido al desarrollo y evolución de la sociedad y, en especial de la economía, dicho concepto de servicio público ha mutado en relación a los conceptos que la integran, de manera tal que, en la actualidad, es posible entender dicha noción desde una perspectiva tanto orgánica que corresponde a la que es ejecutada por las instituciones que integran la Administración del Estado, y otra funcional, que puede definirse como “una actividad de interés general que el Estado decide satisfacer al ser ineludible que ésta sea prestada por el Estado, atendido su carácter sustancial o material”. Es necesario precisar que sólo a la ley le corresponde tal calificación y que este concepto es variable y dependerá de lo que el Estado en virtud de la norma, decida asumir en un momento dado, razón por la cual puede ocurrir que una actividad sea servicio público asumido por la Administración en algún tiempo y en otro no, en que se entrega a los particulares.

17.- *Que, así entonces, la actividad empresarial del Estado hoy “es una forma de satisfacción de las necesidades públicas, cuya particularidad es que ésta se realiza de un modo directo por la Administración, sin limitar la iniciativa privada y, por el contrario, se desarrolla en forma concurrente con los particulares [...]”. “La actividad empresarial y servicio público, son formas de prestación de servicios” (Camacho Cepeda Gladys, “Tratado de Derecho Administrativo: La actividad de la Administración del Estado”, Tomo IV página 401, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010). Lo anterior permite y explica que el Estado, en el cumplimiento de su tarea de crear condiciones para el bienestar común, deba priorizar garantizar la prestación que se encuentra obligado a otorgar a las personas y, por tanto, bajo ese prisma, el servicio público puede ser prestado directamente por la administración y/o a través de un concesionario o un tercero ajeno que satisface un interés general que el Estado, reconociendo en ello el aspecto funcional del concepto de servicio público.*

El profesor Silva Cimma, en ese orden de ideas, al clasificar las empresas del Estado en este nuevo marco integrativo, señaló que las empresas estatales “al igual que las Instituciones son creadas por la ley para servir el interés público por sobre el lucro” y se podían clasificaren empresas fiscales o semifiscales. (Silva Cimma, “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, Título II, Editorial Jurídica de Chile, 1969, pp 239). Ello refuerza la idea que el Estado, en el ejercicio de su función primordial que es estar al servicio de la persona y colaborar al bienestar común, puede y debe, buscar los mecanismos necesarios para conseguirlo, teniendo como límites las garantías fundamentales de las personas.

18.- *Que, conforme a lo expuesto, queda de manifiesto que la actividad portuaria desde siempre ha constituido un servicio público, puesto que los puertos constituyen puntos estratégicos tanto para la economía – exportación e importación y turismo- como para la protección de las fronteras de nuestro país y la integración territorial, de allí la necesidad del Estado de velar por el mejoramiento constante de esta actividad, más aun si tiene presente, que Chile es un país esencialmente costero.*

Así, entonces, el Estado a través de la Ley N° 19.542 sobre “Modernización del Sector Portuario Estatal”, buscó impulsar y dinamizar el proceso de inversión en infraestructura, tecnología, gestión portuaria, y promover la competencia en el sector, lo cual, se desarrolló mediante un modelo “Landlord”, en el cual se mantuvo la propiedad de los puertos en manos del Estado, a través de 10 empresas estatales autónomas y se tercerizó la administración de los servicios portuarios, a través de concesiones, desde que es rol del Estado garantizar que el Sistema Portuario Nacional contribuya al desarrollo de largo plazo de la economía, la competitividad del sector y el mantenimiento de la infraestructura de los mismos, con el fin de mantenerlos activos y en condiciones para ejecutar de forma permanente sus funciones, debido a como se explicó, por todo el impacto que tienen no sólo en la economía sino también en la integración territorial del país.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Lo cierto es que, en lo pertinente a la acción en estudio, en Chile el 90% del tonelaje transportado por el comercio al exterior se realiza a través de los puertos y por vía marítima (Vid. Memoria Anual De La Cámara Marítima Portuaria de Chile A.G. 2010. Informe de tonelaje marítimo en proporción del tonelaje total del comercio exterior), lo cual obliga a disponer de sistemas portuarios eficientes, con tecnologías a la vanguardia de las naves que recibe, con costos razonables y disponibles de manera oportuna, porque además corresponden a parte de la cadena del transporte estratégico que mantiene Chile para sus exportaciones y, por tanto, permite acrecentar el desarrollo de la economía.

19.- Que, ahora bien, en este marco normativo se advierte sin lugar a dudas que, para conseguir el mejoramiento de esa prestación de servicios, la ley obliga al Estado que elabore políticas públicas integrales de la actividad portuaria, lo cual incluye logística tecnológica y humana e infraestructura con una mirada global y de largo plazo, con el fin de mantener en el tiempo y bajo cualquier condición esa prestación del servicio público.

Así entonces, se desprende inequívocamente de la legislación citada que es ésta la que autoriza al MTT, para que dentro de la regulación del Fondo de Modernización Portuaria, a través del Programa de Desarrollo Logístico de la Subsecretaría de Transportes, pudiese solicitar la colaboración de la Dirección de Obras Portuarias en relación con Instituto Nacional de Hidráulica y la empresa privada, para la elaboración de un “Estudio de Compilación de datos de restricciones operativas de las instalaciones portuarias y sus casusas físicas”. Lo cual, además, tal como explicitaron los litigantes, se fundamenta en las especiales características de las costas chilenas, los cambios climáticos que en el último tiempo ha experimentado el oleaje y que provocaron cierres de puertos, todo lo cual justifica, dentro del marco de la prestación de ese servicio público, la elaboración de un modelo numérico de predicción de marejadas para la elaboración de un protocolo; suscribiéndose los Convenios de Colaboración y Transferencia del 10 de agosto de 2018 y el Ad-Referendum entre la Dirección de Obras Portuarias y el Instituto Nacional de Hidráulica de fecha 2 de septiembre de 2019, denominado “Servicio de apoyo para la generación de un sistema de predicción de oleaje y su implementación”, en que se contemplan los antecedentes, objetivos del programa de trabajo y valorización del estudio a realizar, para, entre otros, obtener datos relevante del oleaje para la toma de decisiones relativas al cierre/apertura de los puertos.

20.- Que, en consecuencia, así enmarcado y establecido la elaboración del sistema de predicción de oleaje, se comprueban las hipótesis planteadas al principio de este análisis. Así, el Sistema Portuario constituye un servicio público que es desarrollado por empresas que tienen ese carácter, las que a través de la colaboración de privados gestionan la prestación de ese servicio público, el cual constituye un eje fundamental de nuestra economía y la integración del país.

Por tanto, el mantener una infraestructura acorde y el servicio permanente de los puertos, obliga al Estado a que cuente con la tecnología, en este caso, sobre la predicción del oleaje, para garantizar la prestación del servicio público en estudio, pudiendo con ello, entre otros fines, brindar “una mayor

seguridad y un mejor manejo del cierre y apertura de los Puertos”, respecto de la situación actual, lo cual como ya se dijo no sólo impacta en la economía sino también en la integración territorial. En consecuencia, así planteada la actividad económica que se denuncia, no puede afectar la desarrollada por la actora, porque es parte del servicio público que el Estado se encuentra obligado a garantizar. Por consiguiente, su actuar se encuentra legitimado por la ley y en definitiva por el bien común, razón de ser del Estado.

21.- *Que, sin perjuicio de lo expuesto, esta Corte no puede dejar de destacar que el desarrollo de actividades paralelas entre el Estado y los particulares, v.gr. Transporte, correos, etc. aumenta la competencia entre los agentes prestadores de la actividad, lo cual obliga a éstos a mejorar su calidad y/o añadir otros elementos que perfeccionen su servicio, lo cual redundará en una mejor distribución de los bienes en favor de los consumidores, puesto que, el lucro no es el fin último de ninguna empresa del Estado. ([Volver](#))*

5.- Inmobiliaria Mirador Salinas SpA con Municipalidad de Viña del Mar. Corte Suprema, Rol N°50.493-2020, de 10 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: La Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar otorgó el permiso de edificación N°142, de fecha 22 de septiembre de 2014, para la construcción de un edificio con una superficie de 9.748,20 metros cuadrados, de 20 pisos de altura, con destino habitacional, con 98 departamentos y 118 estacionamientos, ubicado en calle Once N°2275, Santa Inés, Viña del Mar a una empresa inmobiliaria.

Este permiso quedó sin efecto por sentencia firme y ejecutoriada de fecha 19 de julio de 2016, emitida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en virtud de un reclamo de ilegalidad municipal. En contra de dicha sentencia, la empresa inmobiliaria dedujo recurso de casación en el fondo.

Fundamento: *Sexto: Que, de cara a la apelación de la demandada, la Corte de Apelaciones de Valparaíso sostuvo que para se configure una falta de servicio es necesario que la Administración incurra en un acto u omisión que implique que el servicio no funcione, funcione mal o lo haga tardíamente; que para que la conducta o falta de ella sea antijurídica, esto es, que se desarrolle fuera de los límites de la legalidad. Asimismo, agrego que existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia, en que la falta de servicio ha de mirarse desde una perspectiva concreta, considerando los medios que la administración dispone. Añadió que, de acuerdo a la jurisprudencia asentada por esta Corte en Roles N°s. 7.422-2008, 3.706-10 y 27.795-15, se excluye la posibilidad de resarcimiento, entre otras causas, por los errores de apreciación que pudieren conducir a la anulación de un acto.*

Es así como dictamina que debe incorporarse el concepto de razonabilidad del acto, o sea que la interpretación efectuada por el órgano administrativo aparezca motivada y se apoye en antecedentes conocidos, resultando entonces, aceptable. Luego, concluye que, esta situación es la que se da en la

especie, especialmente porque la apreciación jurídica del ente administrativo que dictó el acto ilegal, ha sido considerada válida por otros órganos administrativos. En efecto, indican que la interpretación que efectuó la Corte en el reclamo de ilegalidad, difiere de aquella efectuada por el DOM que concluyó que la calle era vía local y no pasaje, a la luz de la modificación del Plan Regulador Comunal del año 2012, órgano que a la luz del artículo 24 a) de la Ley N°18.695 tiene la atribución de dar aprobación a los anteproyectos y proyectos de obras, y que coincidió con la del Seremi de Vivienda y Urbanismo, este último, máximo organismo técnico sobre la materia y al que le corresponde además interpretar la modificación del Plan Regulador Comunal.

En consecuencia, arribaron a la conclusión que es evidente que la interpretación de la modificación del Plan Regulador Comunal, efectuada por el DOM, estimando que la calle Once correspondía a una vía local, tuvo un carácter razonable y plausible, pues la autoridad técnica (Seremi) le dio la misma interpretación y además obtuvo un voto en el recurso de protección, por lo que la declaración de ilegalidad queda comprendida en la categoría de errores de apreciación.

Séptimo: Que se ha denunciado como vulnerado el artículo 152 de la Ley N°18.695 que dispone: “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”

Octavo: Que lo primero que se debe destacar es que efectivamente, esta Corte ha resuelto que no toda ilegalidad es constitutiva de falta de servicio –y que, consecuentemente, dé lugar a indemnización de perjuicios de acuerdo al artículo 152 de la LOCM–, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son instituciones jurídicas independientes.

De este modo, una medida ilegal, aunque pudiera ser susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación –y de hecho, no toda ilegalidad trae aparejada como consecuencia la invalidación o la anulación del acto–. Así, esta Corte ha sostenido que “una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma, o de incompetencia cuando la misma medida hubiere podido ser adoptada por una autoridad competente. Lo mismo ocurre tratándose de errores de apreciación que puedan conducir a la anulación de un acto, o cuando la misma medida hubiera podido ser tomada empleando un procedimiento irregular” (Roles CS N°7.522- 2008, N°8.412-2012, N°664-2012, N°5.286-2010, por mencionar algunos)

Noveno: Que, lo expuesto precedentemente significa que no basta la existencia previa de una declaración de ilegalidad, para dar por acreditada la falta de servicio, pues ella debe ser acreditada por quien la alega.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Pues bien, previa valoración de la prueba rendida por las partes, los sentenciadores estimaron que no se configuró la falta de servicio de la Municipalidad de Viña del Mar.

Así las cosas, el recurso en análisis contiene un defecto que lo hace inviable, toda vez que no denuncia vulneración a las leyes reguladoras de la prueba, respecto de las cuales esta Corte ha dicho que constituyen reglas básicas del juzgamiento, que contienen deberes, limitaciones o prohibiciones a que deben sujetarse los sentenciadores. Luego, los jueces del fondo son soberanos para apreciar las pruebas, dentro del marco establecido por las normas pertinentes. Por ello, no son susceptibles de ser revisadas por la vía de la casación las decisiones de los sentenciadores basadas en disposiciones que entregan libremente la justipreciación de los diversos elementos probatorios.

Décimo: Que, resulta útil señalar que la variación de los hechos asentados en la causa es ajena a un recurso de esta especie –destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley–. En efecto, a través del recurso que se analiza, la legalidad de una sentencia, importa escrutar la aplicación correcta de la ley y el derecho; sin embargo los hechos, como soberanamente los han dado por probados o sentados los jueces del fondo, no pueden modificarse por esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor legal de la prueba, cuyo no es el caso de autos, como se adelantó, puesto que en el recurso no se reprocha como transgredida ninguna disposición a la cual pueda atribuirse dicho carácter.

Undécimo: Que, en efecto, las sentencias se construyen estableciendo hechos sobre la base de la prueba rendida, la que debe ser analizada por el tribunal de la instancia de acuerdo a las normas que le indican los parámetros de valoración. A los hechos así establecidos se debe aplicar la ley para de ese modo dictar la sentencia, y es justamente esa labor de aplicación de la ley la que puede ser revisada por un tribunal de casación. La finalidad de modificar los hechos es ajena al recurso de nulidad sustancial

Como se señaló, la única forma en que los supuestos fácticos podrían ser alterados por la Corte de casación sería mediante la denuncia y comprobación de infracción de disposiciones reguladoras de la prueba, cuya efectiva vulneración no ha sido denunciada en el presente caso.

Décimo segundo: Que, de esta forma, debe concluirse que la noción de falta de servicio ha sido correctamente resuelta en el fallo impugnado, y respecto de la prueba de dicho funcionamiento defectuoso, tardío o ausente, no ha resultado acreditado, hecho inamovible para esta Corte al no haberse denunciado la violación de las normas reguladoras de la prueba. Luego, el recurso de casación en análisis, debe ser desestimado por incurrir en manifiesta falta de fundamento. ([Volver](#))

6.- Orrego con Isapre Colmena Golden Cross S.A. Corte Suprema, Rol N°97.283-2020, de 10 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo una acción de protección en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., por la negativa de otorgar a la actora cobertura financiera para

la realización de las cirugías de reasignación sexual y las de reconstrucción corporal y facial que indica, las que dice requiere para completar su identidad de género.

Fundamento: *Quinto: Que de la normativa expuesta, es posible concluir, de manera sucinta que la noción de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad, entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de elegir su género, siendo el Estado, en su condición de garante -porque, como se dijo “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, quien debe crear las condiciones sociales necesarias “que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”, en lo particular, a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual [...]*

Sexto: Que habiéndose establecido que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda la actuación del poder del Estado, porque se relacionan directamente con el respeto y garantía de los derechos humanos, surge de manera lógica y concordante, como derecho fundamental implícito, el que la identidad de género, definida como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento” (artículo 1 de la Ley N° 21.120), constituye un atributo de la personalidad - derecho humano-, el cual se ejerce, entre otras vías y, en lo pertinente a este caso particular, a través del ejercicio e igual acceso que deben tener las personas transexuales a las prestaciones médicas que requiera para conseguir dicho fin.

En otras palabras, la identidad de género constituye una de las vías más representativas del ejercicio de la igualdad ante la ley, porque refleja el derecho de todo individuo de autodeterminar su orientación sexual, desde que se reconoce en el individuo un ser racional, capaz de decidir y elegir su existencia. Consecuentemente, la identidad de género no es una enfermedad, patología ni una condición de salud, sino que forma parte de los atributos inherentes de la persona humana (circular N° 336 de la Superintendencia de Salud).

Séptimo: Que, asentada esta idea base, tal como lo indica la Circular citada, es deber del Estado velar por la dignidad e igualdad en el trato a las personas transexuales porque, como se dijo, la identidad de género constituye un elemento intrínseco de la naturaleza humana y dentro de esa tarea, se encuentra el permitirles – como a toda persona que resida en nuestro país-, el acceso real y efectivo a prestaciones médicas que sean necesarias –y, en muchos casos, la única vía- para mejorar o mantener su existencia física y mental acorde al ejercicio de su libertad de autodeterminarse sexualmente dentro de un género. Como ya lo ha reconocido esta Corte en sus sentencias roles 70.584-2016, 18.252-2017 y 25.158-2019, la valoración y la protección jurídica de la identidad de género se encuentran presentes

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

también en nuestro ordenamiento al estimarse ser ésta una de las “categorías sospechosas” o indiciarias de discriminación arbitraria prohibidas por la Ley N° 20.609, por lo que corresponde al Derecho proveer los medios para evitar que tal situación se transforme en fuente de afectación de derechos y de trato peyorativo de quien vivencia tal realidad.

Resulta pertinente recordar, que el constituyente del año 1980, al momento de plantearse la configuración de las garantías constitucionales vinculadas a la seguridad social, tuvo en especial consideración que el rol de Estado, en lo atinente al ejercicio del derecho, debe consistir en asegurar “el acceso a dichas prestaciones básicas, las que pueden otorgarse a través de instituciones públicas o privadas” (Acta Comisión Ses. 403ª ficha 2), criterio que encuentra su origen en el oficio remitido por el Ministerio de Salud de fecha 23 de marzo de 1976 a la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en el que reseñaba que “las personas podrán elegir libremente el sistema estatal o la atención privada, debiendo someterse a las normas que rigen el funcionamiento de cada uno de ellos, según corresponda”.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 6 de agosto de 2010 precisó: “...Resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a la personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga en seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público” (considerando 154). De esta forma, el ordenamiento jurídico que rige el Contrato de Salud Previsional, constituye el marco legislativo que dirige la convención en que se encuentra mitigado el principio de autonomía de la voluntad, cuyas normas son de orden público, por cuanto se trata de una actividad de servicio público, en el sentido material y tradicional del término, considerando la naturaleza de servicio público que importan las prestaciones de salud que satisfacen los Institutos de Salud Previsional. (corte Suprema 10.170-2019)

Octavo: Que, en este contexto y bajo esas premisas, es que la Carta Fundamental contempla la garantía del numeral 9º del artículo 19, la cual dispone que: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Noveno: Que, en consecuencia, la vigencia efectiva de garantías constitucionales que pueden verse amagadas en un caso específico por la aplicación de un precepto legal, debe enmarcarse en la

Constitución Política, que asegura a todas las personas sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la protección de la salud contemplado en el numeral noveno del artículo 19, porque no se debe olvidar que el derecho a la protección de la salud es integral y correlacionado con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, de lo cual se concluye que la exégesis que se haga a las normas que se refieren a esta garantía constitucional, deben ser interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra en riesgo y cuyo costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato. Lo cual se traduce, según lo dispone el artículo 131 del D.F.L. N° 1 de 2006 del Ministerio de Salud y, en lo que interesa al caso en estudio, en que: “El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo,...”.

Décimo: Que, como se explicó, la controversia radica en que la recurrida, Isapre Colmena Golden Cross S.A., justificó la negativa de bonificar las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual y reconstrucción corporal y facial que solicitó la actora, sobre la base que, en primer lugar, que el asunto debe ser conocido en un proceso de lato conocimiento, luego, añade que éstas tienen el carácter de cirugías estéticas con fines de embellecimiento, las que, además, carecen de códigos arancelarios y que, en consecuencia, no le asiste a la actora un derecho indubitado, desde que, las prestaciones respecto de las cuales se pide cobertura financiera, no se sustentan en una patología o condición de salud que obligue a la Isapre a bonificarlas.

Undécimo: Que, es necesario precisar que, si bien, la transexualidad no es una enfermedad, sino que es la opción de libertad de una persona de determinar libremente su género y ejercer su derecho de igualdad, puesto que, tanto la Ley N° 20.609 que “Establece medidas contra la Discriminación” como la Ley N° 21.120 sobre identidad de género, reglamentan el ejercicio de ese derecho; no es posible desconocer las consecuencias que de esa opción derivan para estas personas, atendida la discordancia que existe entre su cuerpo biológico y la decisión que adoptaron en relación a su orientación sexual, lo cual, evidentemente, puede ocasionar en ellas y, como así lo reconocen los expertos, patologías psíquicas, que se producen entre otras razones, por la imposibilidad de adecuar su físico a la orientación sexual que sienten y resuelven les corresponde, factores externos que les impide, en definitiva, concretar esa libertad y que hace indispensable, que el Estado directamente o a través de quienes ejercer esa función pública, por mandato legal, como lo son las Isapres, deban garantizar el ejercicio de esos derechos, al permitirles acceder a las prestaciones médicas pertinentes puesto que, por lo demás, constituyen la única vía en virtud de la cual pueden hacerlo, atendida la naturaleza de la asistencia que se pide.

La Organización Mundial de la Salud, expresó que dentro de los derechos sexuales se incluyen “el derecho de toda persona libre de restricciones, discriminación y violencia; a lograr el más alto nivel de salud en relación con la sexualidad, incluyendo acceso a servicios de salud sexual y reproductiva;

buscar e impartir información en relación con la sexualidad, educación sexual; respeto por la integridad del cuerpo; libertad para escoger pareja; decidir ser o no sexualmente activo/a; consentir las relaciones sexuales; consentir el matrimonio; decidir si quiere o no tener hijos y cuando; buscar una vida sexual placentera, segura y satisfactoria”. Asimismo se estableció que los derechos sexuales son inherentes a toda persona sin importar su orientación o su identidad de género. El 17 de mayo de 1990, dicho organismo en la Asamblea General la décima revisión de la Estadística Internacional de Clasificación de las Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados, declaró que la orientación sexual no era por sí mismo un trastorno y, en junio de 2018, definitivamente lo eliminó de la lista de enfermedades mentales y lo trasladó al grupo de afecciones de la salud sexual, con el fin de cubrir las importantes necesidades de atención sanitaria de esta población, pero clarificando que no es un trastorno mental.

Duodécimo: Que, asentadas las ideas anteriores, corresponde hacerse cargo de las alegaciones de la recurrida, en primer lugar, en relación a que el recurso de protección no es la vía para resolver el presente asunto, fundada en la naturaleza de lo debatido y en que cumplió el contrato de salud haciendo estricta aplicación a la normativa que reglamenta la materia.

De la sola lectura de dicha alegación, es posible colegir su improcedencia, puesto que, es contradictoria con la conducta desplegada por la recurrida y con el propio argumento que expone para sostenerla. En efecto, la negativa para desestimar la bonificación de las prestaciones médicas solicitadas, se fundó en que motu proprio la Isapre estableció que cumplió el contrato de salud que une a los litigantes, porque, las cirugías que se solicitaron, a su juicio, tienen el carácter de plásticas cuyo fin se limita al embellecimiento de la usuaria u otro análogo, además, de carecer de codificación arancelaria y que tampoco son homologables a otras para arancelarlas.

Aseveraciones que dan cuenta que es la recurrida quien unilateralmente fijó los hechos de la causa y el marco jurídico, al afirmar que cumplió el contrato de salud porque -como segundo elemento-, determinó que la naturaleza de las prestaciones médicas pedidas correspondían cirugías plásticas, denegando su cobertura a pesar de la particular situación que representaba la actora; sin invocar, en esa oportunidad, el procedimiento de lato conocimiento que ahora alude, como el pertinente para resolver la controversia. Por tanto, así planteado el asunto, queda en evidencia la improcedencia de la alegación, más aun si conforme se razonó, el asunto compromete derechos fundamentales de la recurrente, para cuyo resguardo la Constitución ha contemplado expresamente esta acción “sin perjuicio de los demás derechos” que puedan hacerse valer ante los tribunales correspondientes, a lo cual se une el hecho que el constituyente no excluyó materias de este procedimiento de emergencia.

Décimo tercero: Que, otro argumento utilizado por la recurrida para desestimar la presente acción constitucional, giro en torno a que las cirugías de reasignación sexual y reconstrucción corporal solicitadas, corresponden a intervenciones quirúrgicas de carácter estéticos cuyo fin es sólo el embellecimiento de la actora.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Conforme se explicó, el mandato de no discriminación instituido por la Ley del ramo y de Identidad Género unido a los instrumentos internacionales ratificados por Chile importa, entre otros, que los órganos del “Estado garantizarán que, en el ejercicio del derecho a la identidad de género, ninguna persona sea afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable en los términos del artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación” (artículo 5 letra b) Ley N° 21.120) de lo cual se desprende, inequívocamente el resguardo del derecho a la salud como una forma de, a su vez, garantizar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de toda persona, por tanto, no sólo se trata de un deber de abstención del Estado sino que, también, una obligación positiva del órgano gubernamental de crear las condiciones para evitar la discriminación y exclusión de estas personas en el ejercicio de sus derechos, incluido, el de la seguridad social porque, como se dijo, la identidad de género, es una garantía inherente a la condición de persona humana, lo cual en la especie, se traduce en permitirles el acceso a las herramientas que requieran para superar la discordancia que se presenta entre su cuerpo y la decisión que adoptaron al definir su orientación sexual, en concreto, otorgarles las prestaciones médicas que sean indispensables para conseguir dicho fin.

Décimo cuarto: Que es importante destacar a este respecto que el Ministerio de Salud, a través de su División de Prevención y Control de Enfermedades Subsecretaría de Salud Pública, fechada junio 2010, dictó la denominada Vía Clínica para la adecuación corporal de personas con incongruencia entre el sexo y la identidad de género, sin perjuicio que la trata como un problema de salud, atendida la fecha de su dictación, permite extraer pautas que sirven de base para comprender el tema, desde que señaló: “Los problemas relacionados a la incongruencia entre identidad de género y sexo físico pueden cubrir una gran gama de manifestaciones. La incongruencia y los sentimientos que esta provoca pueden variar entre distintos individuos, tanto en intensidad como en persistencia durante el transcurso de la vida” y [...] debía ser entendida como: “la persistencia de un sentimiento de incongruencia entre sexo físico e identidad de género que cause incomodidad, estrés o impedimento significativo en cualquier área de su funcionamiento personal. Esta definición obedece a una caracterización del problema de discordancia señalado, más un elemento de afectación mínimo que traduzca un detrimento del estado de salud. La población objetivo corresponde a todas aquellas personas que cumplan con la definición del problema de salud señalado, mayores de 18 años”.

Concluyendo que las cirugías de reasignación sexual no son consideradas operaciones con fines cosméticos, sino una intervención que favorece la adopción satisfactoria de la identidad de género con el que la persona se identifica.

Esta Guía consideró las que denominó tres áreas de trabajo terapéutico: (i) intervención en salud mental, (ii) adecuación corporal hormonal, y (iii) adecuación corporal quirúrgica.

Igualmente es importante destacar que los informes médicos agregados a los autos ratifican lo expuesto precedentemente en lo que respecta a la cirugía de reasignación sexual, expresando que

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

aquella le permitirá a la paciente “desarrollar una vida de mujer plena en todos los ámbitos, no teniendo un objetivo embellecedor o estético, sino estrictamente reparador, funcional y terapéutico”.

En definitiva los expertos y el Estado chileno concuerdan en que las cirugías de reasignación sexual no son consideradas operaciones con fines cosméticos, porque tienen por objeto maximizar el bienestar psicológico y el sentimiento de autosatisfacción de la persona, concordando su identidad de género con la de su sexo físico, para así disminuir el estrés asociado a dicha incongruencia y brindándole beneficios tanto en aspectos psicológicos como sociales,

Es necesario, agregar, que el artículo 138 del DFL N° 1 del Ministerio de Salud del año 2005, garantiza entre otras prestaciones, la “asistencia médica curativa que incluye consulta, exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan” y el respecto de las prestación de asistencia médica curativa, el Reglamento del Régimen de las Prestaciones de Salud, contenido en el Decreto Supremo N° 369 de 1986 del Ministerio de Salud, señala en sus artículos 31 y 32 que “Los beneficiarios tendrán derecho a recibir del Sistema asistencia médica curativa integral. Esta asistencia médica incluirá consulta exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamientos, incluidos los medicamentos del Formulario Nacional y demás prestaciones necesarias para la atención de la enfermedad que afecte al beneficiario” y “La asistencia médica curativa se otorgará con los recursos de personal y de equipos que dispongan los establecimientos de los Servicios que sean requeridos”

Por tanto, a diferencia de lo expresado por la recurrida, las cirugías de reasignación sexual no constituyen una de carácter estético con fines de embellecimiento, sino que es una intervención, que en términos jurídicos, debe ser considerada como relevante y un reflejo, por un lado, del deber del Estado de garantizar y asegurar la no discriminación de las personas transexuales y, por otro, el ejercicio que éstas hacen de los derechos fundamentales de la igualdad ante la ley y el de protección a la salud.

Décimo quinto: Que, ahora bien, conforme a lo expuesto, es posible colegir, también, que no todas las prestaciones médicas solicitadas por la actora, cumplen directamente dicho objetivo y, eso es necesario precisarlo, porque, como señaló la recurrida, las cirugías estéticas que tienen un fin de embellecimiento, no se encuentran cubiertas por los contratos de salud por así disponerlo expresamente el artículo 190 N° 1 del DFL N°1 y reiterarlo las Condiciones Generales del contrato de salud.

En este sentido entonces, deben quedar fuera de lo reflexionado precedentemente, todas aquellas intervenciones que refieren a la reconstrucción corporal y facial que se solicitaron, salvo la relativa al implante mamario, desde que esta Corte entiende, que dicho rasgo constituye, efectivamente, uno

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

característico de la femineidad. El resto en cambio, si bien, también corresponden a fisonomías que buscan ese mismo fin, no importan la relevancia antes descrita y por el contrario, incluso en la normalidad de la vida, mujeres cuyo sexo y orientación coinciden, que se encuentran insatisfechas con esos rasgos en sus cuerpos, los modifican a través de cirugías estéticas, todo lo cual da cuenta que todas ellas -lipo lipofiling facial, lifting de cejas, lipopapada, lipotransferencia glútea y rinoplastia-, se encuadran dentro de lo denominado una cirugía estética cuyo fin es el embellecimiento de la paciente, razones por las que a su respecto dichas solicitudes no se accederá.

Décimo sexto: Que, por último, la alegación de la recurrida en cuanto a la falta de codificación de las prestaciones médicas solicitadas, es necesario reiterar que, tal como lo indica la Vía Clínica para la adecuación sexual en personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género del Ministerio de Salud, que dichas intervenciones quirúrgicas tienen por objeto “lograr sentimiento de comodidad duradero con la identidad de género personal con objeto de maximizar el bienestar psicológico y el sentimiento de autosatisfacción” y que “el conjunto de intervenciones, requisitos y secuencias expuestas en ella deben servir como referente para la estructuración de las prestaciones asistenciales, teniendo siempre presente la necesaria flexibilidad requerida para cada caso particular”.

En ese sentido, el Informe elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que reconoce y da protección a la identidad de género (Boletín N°8924-07) suscrito por los profesionales Sra. Irina Aguayo Ormeño, economista; Sr. Matías Meza-Lopehandía G., abogado y doña María Pilar Lampert Grassi Psicóloga, al referirse a las cirugías de cambio de sexo señalaron que de acuerdo a la información entregada por Fonasa, no obstante la existencia de la Vía Clínica, “la cobertura existente para la temática del cambio de sexo es a nivel de prestación de salud y no de resolución integral”, por tanto, efectivamente, no existe una codificación arancelaria única para el caso de la genitoplastia feminizante, sin embargo, añaden que “En este marco, para la valoración de las prestaciones de salud a través del sistema público, se recurrió a los códigos que tiene el Fondo Nacional de Salud (Fonasa)”, de manera individual.

Explican que los pacientes que requieran de una cirugía para la adecuación de identidad de género, tienen la opción de atenderse mediante la Modalidad de Atención Institucional, en cuyo caso, el costo a pagar dependerá del grupo al que pertenezca, el que queda determinado por el tramo de ingreso imponible mensual que pertenece el afiliado al incorporarse a Fonasa y al número de cargas y aquellos adscritos a la atención de Libre Elección, pueden optar libremente a los profesionales e instituciones de salud, del sector público o privado, que se encuentran inscritas en el Rol de Fonasa y hayan celebrado un convenio por tipos de prestaciones.

Décimo séptimo: Que se debe tener presente, también, que en la operatoria de homologación del procedimiento aludido, obviamente la recomendación médica y técnica debe resultar prioritaria, teniendo presente, asimismo, que para la institución previsional el costo económico y financiero no

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

resultará imprevisto, toda vez que el monto solicitado homologar alcanza sólo a aquellos que el arancel establece por la prestación a la cual se homologa. Razonar de otra forma importaría aceptar la omisión de la Administración, la cual por medio de su pasividad excluiría determinados medios aptos para mantener o recuperar la salud, con mayor razón si estos tienen décadas que son empleados con un fin terapéutico, como ocurre con la cirugía de adecuación de sexual, que se desarrolla en el sector público desde el año 1976.

Décimo octavo: Que, con estos antecedentes, la negativa de la Isapre recurrida para proporcionar a la recurrente la cobertura solicitada para la realización de las cirugías de genitoplastía feminizante y la de implantes mamarios dispuesto por los médicos tratantes, carece de razonabilidad y vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 numerales 2, 9 y 24 de la Carta Política, porque como se dijo, la exegesis relativa a las normas que se refieren a las garantías constitucionales, deben ser siempre interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra afectada, más aun si se tiene presente, que su costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato, porque estas conforme se explicitó se deben incorporar y adaptar a los planes del salud de la usuaria, conforme a la homologación pertinente, razones por las que se impone acoger la presente acción constitucional, en los términos que se expondrá en lo resolutivo del fallo. ([Volver](#))

7.- Essbio S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios. Corte Suprema, Rol N°33.588-2019, de 11 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: La empresa Essbio S.A. dedujo una reclamación de ilegalidad en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, impugnando la Resolución Exenta N°4138 de 21 de noviembre de 2016, en cuanto condena a la reclamante al pago de 250 Unidades Tributarias Anuales por infracción al artículo 11 letra b) del citado cuerpo legal y la Resolución Exenta N°294 de 24 de enero de 2017, que rechaza el recurso de reposición relacionado con la misma transgresión.

El tribunal de primera instancia acogió parcialmente el reclamo. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de apelación. Finalmente, ambas partes dedujeron recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia.

Fundamento: *Duodécimo: Que, aun cuando el primer arbitrio de nulidad fue deducido por la SIIS, por motivos de orden se hará, en primer lugar, el análisis del recurso de casación entablado por la parte reclamante.*

Décimo tercero: Que, tal como se adelantó, la impugnación de la actora centra el error de derecho en la mantención de una multa de 50 UTA, por la infracción al artículo 11 letra a) de la Ley N°18.902, en relación al artículo 35 de la Ley General de Servicios Sanitarios, por no cumplir con su obligación de asegurar la calidad y continuidad del servicio de distribución de agua potable.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Décimo cuarto: Que en cuanto al primer capítulo de casación planteado por la parte reclamante, se reprocha una infracción a las reglas sobre valoración de la prueba, en aquella parte relativa a la ponderación del Informe de Investigación que sirvió para la posterior formulación de cargos. Pues bien, del mérito del expediente administrativo, fluye que por Resolución Exenta N°1397 de 19 de abril de 2016 se designó a dos fiscalizadores especiales para la realización de la investigación, quienes posteriormente elaboraron el “Informe de Investigación Especial Cortes no Programados de Agua Potable Rancagua- Machalí-Coya, 15 al 17 de abril de 2016”, cuya metodología incluyó la fiscalización durante el evento, requerimiento de información, fiscalización post eventos, análisis de información y elaboración del informe.

Sobre el particular, el artículo 11 A de la Ley N°18.902, dispone: “Los funcionarios de la entidad normativa, pertenecientes o asimilados a las plantas de Profesionales y Fiscalizadores, designados como fiscalizadores de los servicios sanitarios y de los establecimientos que generan residuos industriales líquidos, tendrán la calidad de ministros de fe en la verificación de los hechos constitutivos de infracciones de la normativa vigente.

Los hechos establecidos por dichos ministros de fe constituirán presunción legal”.

Décimo quinto: Que, a la luz de la norma transcrita, aparece que el informe elaborado por los profesionales designados por la SISS, en su calidad de ministros de fe, goza del valor que le confiere el inciso final de la disposición, sin que se aprecie, por tanto, la concurrencia de un yerro jurídico en el mérito probatorio que le fue atribuido por los sentenciadores del grado.

En efecto, ninguna mención existe en la ley respecto de la existencia de un acta de fiscalización, sino que se establece que los fiscalizadores tienen la calidad de ministros de fe y que los hechos que ellos constaten constituyen una presunción legal. Lo anterior es trascendente, puesto que la línea central de esta parte del arbitrio se funda en que sólo el acta de fiscalización goza de la presunción de veracidad y no así un informe, distinción que el legislador no efectuó.

Así, independiente del documento en que estén contenidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 A, se presumen verdaderos – pues en eso consiste la presunción legal – los hechos constatados por los fiscalizadores. Ahora bien, es indudable que el informe de investigación contiene circunstancias fácticas que fueron constatadas por los funcionarios, como también juicios técnicos que emanan de quien lo emite; sin embargo, ello no obsta a que los primeros gocen de la presunción establecida en la norma. En consecuencia, es en el proceso de ponderación de este medio de prueba de la reclamada, en que deben separarse las cuestiones fácticas que gozan de presunción, de aquellos aspectos técnicos que constituyen una opinión de quien la emite.

Décimo sexto: Que, en cuanto al valor probatorio de la prueba pericial, ella ha de ponderarse conforme a las reglas de la sana crítica, de manera que en el análisis de ese medio probatorio entran en juego las razones jurídicas asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya

virtud el tribunal les asigna o resta valor atendiendo especialmente a la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de los antecedentes del proceso, de modo que este examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

En el contexto anterior, resulta indispensable para la configuración del error de derecho hecho valer, que el recurso describa y especifique con claridad las reglas de la lógica, máximas de experiencia y los conocimientos científicos que dejaron de ser considerados en el fallo y el modo en que ello fue capaz de influir en lo dispositivo del mismo.

Sobre este punto, se limita el reclamante a señalar que la ponderación de la pericia “contravino los límites de la sana crítica, en específico, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia al momento de valorar el informe pericial de autos, el cual analizando todos los elementos de la cadena causal concluyó que el corte de suministro se produjo por circunstancias imprevistas e irresistibles, constitutivas de fuerza mayor”, afirmaciones genéricas que ciertamente no satisfacen el presupuesto en análisis.

A mayor abundamiento, tal como acertadamente viene resuelto, si bien la pericia concluye que se trató de un evento climático excepcional, el reproche que concluye con la aplicación de la multa no dice relación con que Essbío no hubiera previsto el volumen de precipitaciones, sino con la falta de coordinación con terceros cuya ubicación estratégica en el Río Cachapoal podía influir en la calidad y continuidad de la prestación del servicio, como efectivamente ocurrió en la realidad, frente al corte del paso de agua por parte de Endesa.

Décimo séptimo: Que, de todo lo expuesto, fluye que, en definitiva, la recurrente reprocha la forma o manera en que fue valorada la prueba documental y pericial por la sentencia impugnada, toda vez que sus cuestionamientos esenciales dicen relación con el alcance y sentido que corresponde atribuirle, actividad que, en esos términos, escapa al control de casación y se agota con las conclusiones asentadas por los jueces del fondo, motivo por el cual la denuncia sobre este particular no podrá prosperar.

Décimo octavo: Que, en cuanto al segundo capítulo de casación, relacionado con la falta de aplicación de la causal de fuerza mayor, corresponde resaltar que se asentó como un hecho de la causa que, entre las 8.00 y las 13.00 horas del día sábado 16 de abril de 2016, los altos niveles de turbiedad que alcanzó el Río Cachapoal obligaron a restringir la producción de agua potable, lo cual implicó bajas de presión en Rancagua y Machalí, además de cortes de agua potable. Posteriormente, el mismo día, se detuvo el ingreso de agua cruda a la planta de tratamiento Nogales, producto del cierre del canal Cachapoal por parte de Endesa, quien se encuentra aguas arriba, circunstancia que detuvo la producción de agua potable de Essbío y obligó a un corte generalizado que se inició a las 16.00 horas y finalizó a la medianoche del día siguiente.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Tal como se adelantó, el reproche de la SISS radica en la descoordinación de la actora, Endesa y la Asociación de Canalistas, que significó no tomar las providencias necesarias para asegurar y mantener el flujo de agua hacia la planta de Nogales.

Décimo noveno: Que, en términos generales, el caso fortuito alude a las circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que por lo tanto no pueden atribuirse a una falta de la diligencia exigida. “La previsibilidad no hace referencia a un fenómeno psicológico, sino a aquello que debió ser previsto, atendidas las circunstancias. Como ocurre en general con los elementos del juicio de negligencia, la previsibilidad se valora en abstracto, considerando el discernimiento de una persona diligente. Así, se ha fallado que ‘no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto’. En igual sentido se ha declarado que cuando se actúa con culpa ‘el agente infringe el deber exigible, menospreciando la atención y cuidado que debe en su obrar, a los bienes o interese ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que en ellos causaría si ejecuta el acto voluntario’” (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, primera edición año 2008, Editorial Jurídica de Chile, página 90).

En el presente caso, la falta de diligencia de la actora fluye precisamente de la falta de coordinación con Endesa, cuya posición estratégica aguas arriba la situaba en condiciones de influir en la continuidad y calidad del servicio prestado por Essbío.

Vigésimo: Que, en efecto, conforme expresamente dispone el artículo 5° de la Ley General de Servicios Sanitarios, tanto la producción de agua potable como su distribución, son actividades que tienen el carácter de un servicio público, calidad que comparte el servicio eléctrico prestado por Endesa, según se preceptúa en el artículo 7° de la Ley General de Servicios Eléctricos.

En este sentido y como lo ha señalado esta Corte con anterioridad, en autos Rol N°3211-2015, son características de todo servicio público, por un lado, su sujeción a un régimen jurídico de Derecho Público, y, por el otro, la continuidad, regularidad y permanencia de la prestación del servicio a sus usuarios o destinatarios, pues este elemento es de la esencia de la función pública de atender la necesidad colectiva que determina la existencia del servicio, sea que se ejecute por organismos estatales, sea que lo lleve a efecto un concesionario.

Al respecto, los artículos 3° y 28 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575 prescriben que la atención de las necesidades colectivas que es función de esa Administración, a través de los servicios públicos que la integran, debe desarrollarse en forma continua y permanente, lo cual ciertamente exige el cumplimiento del deber de coordinación, imprescindible para dicho efecto y que, en la especie, no fue cumplido por la actora, en los términos en que acertadamente viene resuelto, en tanto se asentó que tanto Essbío como Endesa son parte de la Junta de Vigilancia de la Primera Sección del Río Cachapoal y no se desarrolló una coordinación o adopción de medidas preventivas, a pesar de conocer las declaraciones de alerta temprana y,

posteriormente, de alerta amarilla por el sistema frontal, todo lo cual hacía predecible el aumento de turbiedad y el riesgo para la captación del recurso hídrico que, aguas arriba, era también captado por Endesa.

Vigésimo primero: Que, en consonancia con lo anterior y a mayor abundamiento, esta Corte ha señalado también “Que en cuanto a los efectos de los sistemas frontales, éstos no constituyen un caso fortuito o fuerza mayor, atendido que no concurre el requisito de la imprevisibilidad por cuanto en la zona donde se presentan son fenómenos naturales probables. En las condiciones referidas no resulta atingente sostener que la empresa concesionaria se viera enfrentada a un imprevisto imposible de resistir. Precisamente era previsible que el sistema frontal causara estragos en las instalaciones y sistemas de distribución, sin embargo, se podrían haber evitado o mitigado las consecuencias lesivas para el sistema eléctrico, si se hubieran adoptado las medidas necesarias para procurar la continuidad del servicio” (CS Rol N°20.271-2018 motivo 9°).

Vigésimo segundo: Que, en consecuencia, la sanción aplicada a la actora dice relación con el incumplimiento de dicho deber de coordinación, lo cual llevó a la suspensión del servicio público de producción y distribución de agua potable, afectando a una serie de clientes, todo lo cual excluye la concurrencia de un caso fortuito en los términos del artículo 35 de la Ley General de Servicios Sanitarios, como así también los yerros jurídicos que se han denunciado bajo este capítulo, el cual no podrá prosperar.

II.- En cuanto al recurso de casación de la parte reclamada.

Vigésimo tercero: Que este arbitrio centra su reproche únicamente en cuestionar la interpretación que los sentenciadores del grado hicieron de la expresión “generalidad de los usuarios”, utilizada por el artículo 11 inciso 1° letra b), que sustentó la sanción.

En relación a este punto, el artículo 11 de la Ley N°18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios utiliza precisamente estas expresiones para señalar cuál es el supuesto de hecho que autoriza la aplicación de la multa establecida en la letra b) del inciso 1° de dicha disposición, es decir constituye un elemento de la descripción legal del ilícito sectorial, en este caso, asociado al resultado de la infracción o magnitud de la lesividad del acto, que determina la aplicación del quantum de la sanción administrativa. En efecto, allí se prescribe: b) “De cincuenta y una a mil unidades tributarias anuales, cuando se trate de infracciones que pongan en peligro o afecten gravemente la salud de la población, o que afecten a la generalidad de los usuarios de los servicios”.

Entiende esta Corte que tal descripción debe interpretarse con arreglo a las reglas hermenéuticas de los artículos 19 y siguientes del Código Civil y, a falta de definición legal o de una técnica, haciendo prevalecer el sentido natural y obvio de las expresiones empleadas por la ley, el que permite atender a la afectación de una generalidad como un rango o espectro del alcance para el efecto lesivo de la infracción que apunta a su carácter masivo o indiscriminado sobre quienes componen a cierta clase,

categoría o género, siendo claramente, en este caso, la categoría o el género a observar la de los usuarios del servicio sanitario.

De esta suerte, no es efectivo que cuando la letra b) antes transcrita emplea esta expresión dentro de la descripción de la hipótesis fáctica que permite configurar una infracción sanitaria y que genera la consecuencia de responder con tal elevada magnitud, esté refiriéndose a la totalidad o la casi totalidad de las personas que usan el servicio sanitario, puesto que si el legislador hubiere querido definir la gravedad de la infracción a partir de una afectación para todos y cada uno de los integrantes del género o inclusive para una mayoría, así lo hubiera consagrado.

Así lo ha señalado esta Corte con anterioridad, en autos Rol N°11.648-2019 al expresar: “el tipo que contiene la infracción contenida en la letra b) del artículo 11 de la Ley N°18.902, al describir como un elemento a considerar para determinar su cuantía, el concepto de ‘generalidad de usuarios’, necesariamente, entrega al juez la obligación de dar sentido y contenido al mismo, siendo además, conforme a las reglas de la lógica, evidente que no se refiere a un número determinado de usuarios, porque dependerá de las circunstancias y la población que tenga cada lugar en el cual se haya dejado de prestar el servicio, presupuestos fácticos que deberán integrarse para determinarlo”.

Vigésimo cuarto: Que, en el presente caso, ha sido asentado como un hecho de la causa que el total de clientes de Essbío en la Sexta Región es de 238.504 y el total de clientes afectados en Rancagua y Machalí es de 58.561 clientes, que se compone de 42.523 en la primera y 16.038 en la segunda.

Por su parte, la propia actora indicó en su reclamación que la suma de clientes en las zonas de Rancagua y Machalí es de 104.342.

Al respecto, el Informe de Investigación refiere que el evento ocurrido el día 16 de abril “generó la detención de la producción de agua potable proveniente de esta fuente superficial, situación que obligó a generar un corte generalizado que afectó al sector poniente de la ciudad de Rancagua (42.523 clientes afectados) y a la totalidad del área concesionada de Machalí (16.038 clientes afectados)”.

De todos los antecedentes referidos hasta ahora, queda en evidencia que se afectó a la generalidad de los usuarios. En efecto, se trató de una parte importante – cercana a la mitad – de la población usuaria en Rancagua y de la totalidad de los clientes de Machalí, quienes se vieron privados del servicio público de agua potable, quedando en evidencia la afectación global, respecto de un número importante de usuarios en esta área de concesión.

Acto seguido, y sin nueva vista de la causa, se procedió a dictar sentencia de reemplazo, cuyos fundamentos son los siguientes:

Tercero: Que, respecto de la primera de las infracciones, tal como se ha razonado, no es posible estimar que el frente de mal tiempo que causó la turbiedad de las aguas del Río Cachapoal pueda ser considerado como un caso fortuito, en tanto se trató de un hecho previsible para la concesionaria, por

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

cuanto la autoridad administrativa dio a conocer, desde el día 12 de abril, la existencia de alerta preventiva por sistema frontal y, en efecto, el 13 de abril la Onemi Regional envió directamente a la actora un correo electrónico requiriendo la adopción de las medidas necesarias para asegurar la continuidad y calidad de los servicios.

A mayor abundamiento, el reproche de la SISS a la empresa no radica en no haber previsto el frente de mal tiempo y sus efectos sobre las aguas del Río Cachapoal, sino la falta de cumplimiento del deber de coordinación entre la concesionaria y Endesa, cuya ubicación estratégica aguas arriba demandaba la ejecución de acciones preventivas concretas que permitieran asegurar el suministro de agua potable a los usuarios de Rancagua y Machalí. Ello queda en evidencia, además, si se considera que para la localidad de Coya, objeto de la misma resolución sancionatoria, el frente de mal tiempo fue considerado un caso fortuito.

En este sentido, la calidad de prestadoras de un servicio público que ostentan tanto Essbio como Endesa les demanda el cumplimiento del deber de coordinación y la garantía en la continuidad, conforme a lo dispuesto en la Ley N°18.575, exigencia legal que no fue satisfecha en el presente caso, aun cuando se contaba con antecedentes suficientes para prever las consecuencias que, a la postre, se materializaron en los hechos que motivan la sanción.

Cuarto: Que, en consecuencia, se aprecia que la reclamante incurrió en una inobservancia a lo dispuesto de manera expresa en el artículo 35 de la Ley General de Servicios Sanitarios, por no tomar las providencias necesarias para asegurar y mantener el flujo de agua hacia la planta de agua potable de Nogales, presupuesto que motiva la mantención de la multa, en esta parte.

Quinto: Que, en aquello que concierne a la infracción al artículo 11 letra b) de la Ley N°18.902, resultó probado que el corte del suministro de agua potable afectó a un total de 58.561 clientes, que comprendieron gran parte –casi la mitad– de aquellos situados en la zona de Rancagua y la totalidad de los clientes de Machalí, de modo que se trata, por tanto, de un evento que afectó de manera masiva a estas áreas de la concesión, configurándose así la exigencia de afectación a la generalidad de los usuarios, contenida en la norma ya citada, de modo que la reclamación planteada bajo este supuesto tampoco podrá prosperar. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- Asistente de la educación, establecimientos JUNJI financiados vía transferencia de fondos, SLEP, reajuste remuneraciones. Dictamen N°E47.343, de 29 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una agrupación de trabajadores de establecimientos educacionales financiados vía transferencia de fondos (VTF) por la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), solicitaron la reconsideración del dictamen N° 8.110, de 2020, por el cual se resolvió,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

en lo que interesa, que los asistentes de la educación de esos establecimientos, dependientes de un Servicio Local, no tienen derecho al reajuste de remuneraciones del sector público, que otorgó la ley N°21.126.

Fundamento: *Como cuestión previa, es útil recordar que el dictamen cuya reconsideración se solicita resolvió, en síntesis, que los asistentes de la educación de los jardines infantiles financiados VTF, dependientes de un Servicio Local, no tienen derecho al mencionado reajuste, toda vez que sus remuneraciones, conforme con el artículo 49 de la ley N° 21.109, que establece un Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública, son determinadas de acuerdo al Código del Trabajo, lo que configura la hipótesis excepcional prevista en el inciso segundo del artículo 1° de la citada ley de reajuste, en orden a que ese beneficio no rige para los trabajadores del mismo sector cuyas remuneraciones sean fijadas por la entidad empleadora. Además, la referida ley N° 21.109 no contiene una norma que ordene expresamente la aplicación del reajuste de la especie, como la contenida en el artículo 4° de su similar N° 19.464.*

Sobre el particular, cabe manifestar que, en materia de administración de haberes públicos, el Estado y sus organismos deben observar el principio de legalidad del gasto, consagrado en los artículos 6°, 7° y 100 de la Constitución Política; 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 56 de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de esta Contraloría General, y en el decreto ley N°1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado, de forma tal que los desembolsos que se autoricen con cargo a esos caudales solo pueden emplearse para los objetivos y situaciones expresamente previstos en el ordenamiento jurídico y bajo las condiciones que este prevé, tal como lo ha señalado, entre otros, el dictamen N° 76.133, de 2013.

En este contexto, es menester destacar que al tenor del artículo 28 de la ley N° 21.040, que crea el Sistema de Educación Pública, los Servicios Locales están sujetos a las normas del citado decreto ley N° 1.263, de 1975.

Siendo así, y a la luz de los principios de resguardo del patrimonio público y de control a que alude el artículo 3° de la citada ley N° 18.575, las sumas consideradas para el otorgamiento del citado reajuste de remuneraciones del sector público, que otorgó la ley N° 21.126, no pueden ser concedidas a empleados distintos de aquellos contemplados expresamente por la anotada normativa. ([Volver](#))

2.- Dirección de Compras y Contratación Pública, registro de proveedores, inhabilidad sobreviniente proveedor, eliminación. Dictamen N°E47.345 de 29 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Dirección de Compras y Contratación Pública solicitó un pronunciamiento respecto a la forma en que debe operar la inhabilitación de un proveedor en el Registro de Proveedores, cuando a su respecto se produce de forma sobreviniente la causal contemplada en el N° 7, del artículo 92, del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda -reglamento de la ley N° 19.886-, en especial si debe emitir un acto administrativo

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

disponiendo dicha inhabilitación o si ella puede operar de forma automática, una vez que la Dirección del Trabajo le remite la información respectiva.

Fundamento: *Como puede apreciarse, al finalizar la evaluación de las solicitudes de los proveedores interesados en ingresar al referido registro, la Dirección de Compras y Contratación Pública debe emitir un acto administrativo que apruebe o rechace la inscripción, el que será reclamable ante el Tribunal de Contratación Pública.*

Luego, considerando que la incorporación al singularizado registro debe efectuarse a través de la emisión de una resolución, procede que la suspensión o eliminación del mismo se lleve a cabo mediante la dictación de un acto administrativo, pues es esa la vía por la que los órganos de la Administración del Estado expresan formalmente sus decisiones.

De esta forma, si una vez inscrito un proveedor en el anotado registro, le sobreviene la causal de inhabilitación en análisis, esa inscripción debe ser dejada sin efecto por la mencionada Dirección, mediante la emisión de la correspondiente resolución.

Lo anterior no debe confundirse con la inhabilitación para contratar que afecta al proveedor condenado por prácticas antisindicales o por infringir los derechos fundamentales del trabajador -en virtud del artículo 4, inciso primero, de la ley N° 19.886-, pues al tratarse de una inhabilitación legal esta opera desde que la sentencia respectiva se encuentra ejecutoriada, lo que debe ser cotejado por las entidades públicas contratantes. En consecuencia, la eliminación del registro de proveedores por la aludida condena, es solo una medida administrativa de publicidad que busca transparentar esa circunstancia y declararla, pero no constituye en sí misma la inhabilitación para contratar.

Por otro lado, en cuanto a si la inhabilitación en comentario -de inscribirse en el registro de proveedores-, incluye a los organismos públicos, es menester indicar que, en la medida que estos últimos se encuentren inscritos en dicho registro y sean condenados por prácticas antisindicales o por afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, les resulta aplicable tal inhabilitación. ([Volver](#))

3.- IPS, seguridad social, exonerado político, causahabiente, reconocimiento derecho abono de tiempo. Dictamen N°12.483 de 29 de octubre de 2020.

Hechos del caso: El Instituto de Previsión Social (IPS) solicitó se determine si procede que junto con reconocer que una persona, actualmente fallecida, fue exonerada por motivos políticos, se le conceda a su hija, en su calidad de causahabiente, el abono de tiempo del artículo 4° de la ley N°19.234.

Fundamento: *En este contexto, es preciso hacer presente que mediante los dictámenes N° 24.435, de 2009; 23.803, de 2010 y 37.400, de 2013, de este origen, esta Entidad de Control le reconoció a la causahabiente de un exonerado político que liquidó su bono de reconocimiento -y que, por ende, no causó derecho a una pensión no contributiva, acorde con lo previsto en el artículo 16 de la ley N°*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

19.234-, el derecho al abono del artículo 4°, pues la disposición legal conforme con la cual se concede esa prestación, no distingue si la persona que fue reconocida como exonerada por razones políticas, se encuentra o no fallecida.

Ahora bien, en el expediente previsional de la señora Flores Cabello que acompañó el Instituto de Previsional a su presentación, aparece que aquella fue exonerada por motivos políticos de Confecciones Burger, el día 14 de diciembre de 1977 y que, a la data de su deceso, ocurrido el 1 de diciembre de 1993, no había solicitado ser reconocida como tal, en cambio, fue su hija quien, el día 30 de agosto de 1999, efectuó tal requerimiento ante el ex Ministerio del Interior, el que fue admitido por la Oficina de Exonerados Políticos, según quedó establecido en el certificado de acta N° 585, de la Sesión 438, del día 22 de junio de 2015.

No obstante, en la misma documentación figura, que, acorde con lo dispuesto en el artículo 16 de la citada ley N° 19.234, la causante no pudo causar derecho a una pensión no contributiva, pues su bono de reconocimiento emitido según la alternativa de cálculo N° 1, se encontraba liquidado y comprometido en la jubilación que percibía en el sistema del decreto ley N° 3.500, de 1980.

Efectuadas las indicadas precisiones, conviene aclarar, por una parte, que a la fecha del deceso de la causante, ocurrido el 1 de diciembre de 1993, la recurrente tenía 13 años - pues nació el 11 de agosto de 1980- y, por la otra, que al momento en que la causante fue exonerada por motivos políticos se encontraba afecta al régimen del ex Servicio de Seguro Social, regulado en la ley N° 10.383, cuyo artículo 44 dispone, en lo pertinente, que tendrán derecho a una pensión de orfandad los hijos menores de 15 años, pudiendo ampliarse hasta los 18 años si son estudiantes, y los hijos inválidos de cualquier edad, de lo que cabe concluir que la recurrente ha reunido las condiciones para ser su causahabiente, a saber, ser su hija y haber tenido 13 años a la época en que aquella falleció.

Por tanto, considerando que, según lo informado por el Instituto de Previsión Social, en la época en que se verificó el deceso de la causante, aquella reunía los requisitos exigidos para que la autoridad le hubiese otorgado el abono del artículo 4° de la ley N° 19.234 -lo cual no se verificó porque falleció sin haber efectuado la solicitud de acogerse a los beneficios de la ley N° 19.234-, y que su hija, en su calidad de causahabiente, fue quien efectuó dicho requerimiento, procede que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública -en la medida que confirme que tal solicitud se ajustó al procedimiento establecido al efecto-, emita el acto administrativo que reconozca a la causante como exonerada política y conceda en favor de la interesada, tal abono. ([Volver](#))