

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°128

Semana del 15 al 21 de noviembre de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°128

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	“Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 472, del Código del Trabajo.”	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°9005-2020
Resumen	<p>Conforme a la historia del establecimiento del artículo 19 N°3 de la Constitución, el derecho al recurso forma parte de la garantía del debido proceso legal, consagrada en el inciso sexto de la norma aludida. De ese modo, el derecho al recurso consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo resuelto por el inferior, y el racional y justo procedimiento necesariamente debe contemplar la revisión de las decisiones judiciales.</p> <p>Sin perjuicio de lo dicho, la consagración de la revisión de las decisiones judiciales no significa que se asegura a todo evento el derecho al recurso y a la doble instancia para cualquier clase de procedimiento. Como consecuencia de lo anterior, no siempre la exclusión del recurso de apelación importará una transgresión del debido proceso; a la inversa, no siempre la interdicción al recurso de apelación será compatible con la Constitución.</p> <p>En el caso particular de la improcedencia del recurso de apelación en procedimientos ejecutivos laborales, por aplicación del artículo 472 del Código del Trabajo, cuando esta norma alcanza aquellas sentencias que conceden el recargo contemplado en el artículo 169 del referido Código, impide que se conozcan los cuestionamientos fácticos y jurídicos que pueda plantear el demandado respecto de la procedencia de dicho recargo.</p> <p>Por lo demás, lo señalado en el mensaje de la Ley N°20.987, que introdujo el artículo 472 señalado, indica que la razón para incorporar esta norma es contribuir a la celeridad necesaria a fin de que los créditos se satisfagan prontamente. Esta pretensión de celeridad es contraria a la exigencia de racionalidad y justicia que emanan de la garantía del N°3, inciso sexto, del artículo 19 constitucional, pues aun en casos en que se le imponga al demandado una sanción en sede laboral -como el indicado recargo- se impide interponer un recurso de apelación, no obstante cuestionar fáctica y jurídicamente la procedencia de tal sanción. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	19 de noviembre de 2020	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

Caso	"Cabezas con Fundación Educacional Arnaldo Salamanca Cid."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°127.174-2020
Resumen	<p>El Estado chileno ha reconocido que la identidad de género constituye un derecho fundamental implícito, puesto que se trata de un elemento inherente a la dignidad humana que deriva del derecho a la igualdad ante la ley, cuyo reflejo se traduce en el respeto al principio de no discriminación arbitraria y que se concretiza, entre otras maneras, en el ejercicio del derecho a la educación que tiene todo niño, niña y adolescente de asistir a clases conforme a la identidad de género que han optado.</p> <p>Precisando lo anterior, los artículos 1° y 5° inciso segundo de la Constitución permiten sostener que el derecho de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero a la vez constituye una herramienta indispensable para proteger a la persona en su calidad de tal, al reconocer la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad. Es entre estos aspectos que se encuentra la libertad de determina la identidad de género, siendo el Estado, el que debe crear las condiciones sociales necesarias que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías, lo que comprende por cierto a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual.</p> <p>En relación con lo anterior, el Ministerio de Educación, en cumplimiento de la "Política Nacional de Niñez y Adolescencia Sistema Integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia" ha implementado en su normativa elementos que van dirigidos a proteger el derecho a la identidad de género, por cuanto, entre los principios que inspiran al sistema educativo chileno, se señala el de integración e inclusión –así se señala en el artículo 3 letra k) del D.F.L. 2 del referido Ministerio. En el mismo sentido, la Superintendencia de Educación dictó la Circular N° 768 de 27 de abril de 2017, la que trata los derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación, contándose entre los derechos que les asisten el de acceder o ingresar a los establecimientos educacionales y a permanecer en el sistema educacional formal, a no ser discriminados por el Estado ni por las comunidades educativas en ningún nivel ni ámbito de la trayectoria educativa, entre otros. La misma circular sitúa en los sostenedores y directivos de establecimientos educacionales, el deber de resguardar los derechos de niñas, niños y estudiantes, protegiéndolos de toda forma de acoso discriminatorio.</p> <p>Por todo lo anterior, el uso de determinadas vestimentas de un adolescente, acorde a su identidad de género, es de exclusiva potestad de aquel, con relación a su autodeterminación, la cual no puede ser condicionada en su ejercicio y menos por el establecimiento educacional al que asiste. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

Fecha	17 de noviembre de 2020
-------	-------------------------

Caso	"Silva con Superintendencia de Electricidad y Combustibles."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°85.112-2020
Resumen	<p>Una concesionaria del servicio de distribución de electricidad se encuentra plenamente habilitada para cobrar aquellos consumos eléctricos registrados en el inmueble de manera posterior a su adquisición por una persona, pero con la salvedad de que a ellos no es posible acumular las deudas que no son imputables a la propietaria, como tampoco al predio. Esto último, porque la empresa sólo está habilitada para radicar en el inmueble un determinado consumo de energía eléctrica hasta 45 días después del vencimiento de la primera boleta impaga, por lo que, pierde esa oportunidad si no efectuó el corte de suministro correspondiente.</p> <p>En consideración a lo anterior, el reclamo presentado por un usuario a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) por cobros correspondientes a saldos adeudados, pero que no se cobraron dentro del plazo legal, corresponde sea conocido y resuelto pero, además, requiere se formulen ordenes concretas a los concesionarios la adopción de medidas que aseguren su adecuado y oportuno cumplimiento. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	18 de noviembre de 2020	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E48.875
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>La prerrogativa de que gozan los titulares de servicios de telecomunicaciones para ocupar bienes nacionales de uso público, emana directamente del artículo 18 de la Ley N°18.168, constituyendo un derecho inherente y consustancial a la concesión, de modo que no puede condicionarse su ejercicio a otros requisitos o exigencias que los en él previstos. Además, los titulares tienen derecho, conferido por ley, a ocupar gratuitamente bienes nacionales de uso público, cuando ese uso tenga por finalidad prestar los respectivos servicios.</p> <p>En relación con lo anterior, la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE), en su Reglamento de Atravesos los define como toda obra que cruza la vía férrea, en cualquier dirección, de un lado a otro, subterránea o aérea. Así el cobro de derechos por parte de EFE por los atravesos de las empresas de</p>

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	telecomunicaciones no resulta procedente, toda vez que importa supeditar el ejercicio de la prerrogativa que el artículo 18, inciso primero, de la ley N°18.168 reconoce a los titulares de servicios de telecomunicaciones para “tender” gratuitamente líneas en bienes nacionales de uso público, a requisitos o exigencias que no están establecidos en la normativa vigente. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	4 de noviembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E49.049
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La visación de residencia temporaria habilita a quien la posee para ser contratado en la Administración, en la medida que cumpla con los demás requisitos para ello, criterio que también resulta aplicable a la situación de quienes se les ha concedido por la autoridad correspondiente el permiso especial de trabajo y mientras este se encuentre vigente. Por otra parte, no es la cédula de identidad el instrumento que permite a un extranjero laborar en Chile, sino el contar con residencia o permanencia legal en el país o estar debidamente autorizado para trabajar o habilitado para ello. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	4 de noviembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E48.869
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Los acuerdos de cuerpos colegiados como el Concejo Municipal, tienen la naturaleza de actos administrativos, conforme lo señala el artículo 3° de la Ley N°19.880. Asimismo, las entidades edilicias, sin perjuicio de ser corporaciones autónomas, igualmente deben respetar las limitaciones derivadas del principio de juridicidad establecidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución, según el cual, los órganos de la Administración del Estado tienen que someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, debiendo actuar dentro de su competencia y como dispone la ley. En ese entendido, y además conforme a lo que señalan los artículos 51 y 52 de la Ley N°18.695, cabe concluir que las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República de acuerdo con su Ley Orgánica Constitucional, y que en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad podrá emitir dictámenes sobre todas las materias sujetas a su control. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	29 de octubre de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Dictamen	Dictamen N°E51.692
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>Los servidores contratados a honorarios de la Administración del Estado, que actualmente cotizan para fines de seguridad social y de salud, tiene la calidad legal de trabajadores independientes y, en razón de ello, la tramitación y pago de licencias médicas debe realizarse de acuerdo a las reglas establecidas expresamente para ellos. Por esa razón, las entidades públicas contratantes no están legalmente habilitadas para intervenir en la tramitación y pago de dichas licencias médicas y, por tanto de los subsidios maternales, como tampoco intervienen ni declarando ni reteniendo las respectivas cotizaciones de seguridad social.</p> <p>Así, las licencias médicas por descanso maternal de los servidores a honorarios se tramitan y pagan de conformidad con lo reglamentado en el decreto N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, en lo que dice relación con los trabajadores independientes. Si bien, no hay inconveniente en pactar en el contrato respectivo un beneficio equiparable a la protección de remuneraciones que ampara a los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo, pero esto solo se puede traducir en cubrir las diferencias que pueden existir entre el monto del subsidio que le corresponde al trabajador independiente y el total de sus honorarios, y no así el menor monto que perciba por concepto de subsidio de maternidad con motivo de haber decidido cotizar por un porcentaje inferior al 7%, en ejercicio del derecho que otorga a trabajadores independientes el artículo segundo transitorio de la Ley N°21.133. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	13 de noviembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E48.873
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>Atendidas las instrucciones impartidas respecto de las modalidades de tramitación de los actos administrativos relativas a materias de personal, los actos sobre nombramientos y que se encuentren exentos de toma de razón deben tramitarse a través de la modalidad SIAPER Registro Automático. En consecuencia, los actos administrativos dictados por esa institución, que disponen nombramientos corresponde que sean remitidos a la Contraloría para su registro a través del sistema de tramitación en línea antes mencionado.</p> <p>Por otra parte, los documentos que se ingresen vía oficina de partes deben venir en forma original, ya sea que hayan sido suscritos en papel o de</p>

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	manera electrónico, cumpliendo en este último caso, con todas las exigencias que la normativa aplicable establece para su validez. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	4 de noviembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E49.262
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La Ley N°20.730 apunta a hacer efectivos los principios de transparencia y probidad, permitiendo a la ciudadanía conocer las actividades de lobby y de gestión de intereses particulares que desarrolle una persona natural o jurídica ante las autoridades y funcionarios respectivos, a fin de influir en las decisiones que estos deben tomar en el desempeño de sus cargos. Para esa finalidad, la citada ley señala específicamente qué autoridades o funcionarios son sujetos pasivos de ella, así como aquellas actividades que estos sujetos realicen se encuentran reguladas. En relación con lo anterior, en los casos en que una asociación gremial solicite una reunión o audiencia con algún sujeto pasivo de la referida ley N° 20.730, aquella tendrá por objeto obtener una decisión administrativa o influir en ella con el objeto de resguardar sus intereses y objetivos gremiales, por lo que quedará regulada por dicho cuerpo normativo y, por tanto, deberá requerirse a través de los canales habilitados para ello. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	5 de noviembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E49.265
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Carabineros de Chile debe actuar dando estricto cumplimiento a la legalidad vigente, dentro de la cual se incluyen las normas que regulan el tránsito por las calles y caminos del país, debiendo asumir, en consecuencia, la responsabilidad ante incumplimientos e infracciones a las mismas. En el mismo sentido, no podrá eximirse de responsabilidad a los funcionarios policiales, por el hecho de cometer las infracciones al encontrarse realizando labores propias de su actividad, debido a que su obligación es efectuarlas dando cumplimiento al ordenamiento jurídico. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	5 de noviembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E49.779
----------	---------------------------

Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La autoridad posee la facultad de regular el procedimiento concursal mediante la dictación de las bases que lo regirán, fijando en ellas los medios a través de los cuales se evaluarán los requisitos de los postulantes y las pautas generales para el desenvolvimiento del certamen, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, así como los plazos y forma de ponderar los diversos antecedentes que los participantes presenten. A ese respecto, a la Contraloría General de la República sólo le corresponde objetarlas si advierte alguna arbitrariedad o infracción a la preceptiva que rige la materia. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	6 de noviembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E49.773
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Las entidades edilicias, para ejercer la facultad de suprimir total o parcialmente las horas que sirven determinados profesionales de la educación, tienen que basarse obligatoriamente en la respectiva dotación docente aprobada, la que a su vez solo puede ser adecuada en los casos en que se verifique alguna de las situaciones que describe el artículo 22 de la Ley N°19.070 y así conste en el PADEM pertinente, por ser aquél el instrumento que sirve de fundamento al ejercicio de esa facultad. Además, en el caso de la supresión total, el legislador ha establecido el procedimiento al que debe someterse el municipio para determinar al profesional de la educación afectado por tal medida. En este contexto, y en relación con el principio de la confianza legítima, cabe anotar que dicho principio no aplica para aquellos casos en que la preceptiva que regula el empleo contempla una regulación especial al efecto, como ocurre en el caso en comento. Sin perjuicio de lo anterior, cuando se haya generado en el docente la confianza legítima de que será prorrogada o renovada su designación como contratado, el decreto alcaldicio que materialice la no renovación del vínculo, o resuelva prorrogarlo por un lapso menor a un año, deberá dictarse y notificarse con treinta días de anticipación al inicio del año escolar de que se trate, conteniendo el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	6 de noviembre de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 472, del Código del Trabajo. Tribunal Constitucional, Rol N°9005-2020, de 19 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Una empresa fue demandada en un proceso de ejecución laboral, cuyo título fundante corresponde al finiquito de uno de sus trabajadores, desvinculado por la causal de necesidades de la empresa. En ese contexto, señala que dejó en custodia del tribunal un cheque a nombre del ejecutante por el monto ofertado en la carta de despido, luego de lo cual, presentó escrito oponiendo excepción de pago. Posteriormente se dictó sentencia definitiva, que rechazó la referida excepción, ordenando la reliquidación del crédito y condenando a la ejecutada en costas, por lo que interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva, que actualmente se tramita ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Con posterioridad, el tribunal se pronunció respecto del recargo solicitado por el ejecutante, según el artículo 169 letra a) del Código del Trabajo, fijándolo en la suma de \$8.860.380. En contra de tal resolución el ejecutado dedujo recurso de reposición y recurso de apelación subsidiario, rechazándose de plano el recurso de reposición y declarándose improcedente la apelación. Seguidamente interpuso recurso de hecho ante tal pronunciamiento, actualmente pendiente de resolución en la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Fundamento: OCTAVO: *El recurso, como expresa la doctrina, es el medio técnico que ejerce una parte dentro del proceso en que se dictó una resolución, que no ha alcanzado el carácter de firme o ejecutoriada, para la impugnación y subsanación de los errores que ella eventualmente pueda adolecer, dirigido a provocar la revisión de la misma, ya sea por el mismo juez que la dictó o por otro de superior jerarquía. No debiendo perderse de vista que “La existencia de los recursos nace de la realidad de la falibilidad humana, que en el caso de la sentencia recae en la persona del juez, y en la pretensión de las partes de no aceptar la resolución que les cause un perjuicio por no haber acogido las peticiones formuladas en el proceso” (MATURANA MIQUEL, Cristián; MOSQUERA RUÍZ, Mario (2010). Los recursos procesales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 21).*

Además, y no obstante pueda parecer una obviedad, no puede perderse de vista que todo recurso procesal pretende eliminar un agravio o perjuicio que una determinada resolución judicial produce para el afectado. De allí que se entienda que el agravio es una condición legitimante de un recurso procesal. Aquel, siguiendo a Couture, consiste en el “Perjuicio o gravamen, material o moral, que una resolución judicial causa a un litigante” (COUTURE, Eduardo (1988). Vocabulario Jurídico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 83).

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

NOVENO: *El artículo 19 N°3, inciso sexto constitucional, obliga al legislador establecer un procedimiento racional y justo, lo cual debe entenderse como la existencia de un debido proceso.*

Este mismo Tribunal, siguiendo el criterio sentado en la historia del establecimiento del artículo 19 N° 3° de la Constitución, ha afirmado que el derecho al recurso forma parte de la garantía del debido proceso legal consagrada en el inciso sexto de la norma aludida.

En efecto, reconociendo que la Constitución no detalló, en su texto, los elementos precisos que componen la garantía del debido proceso legal, ha señalado que “el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo que la CPR asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores.” (Entre otras, STC roles N°s 478, c. 14°; 576, cc. 41° al 43°; 699, c. 9°; 1307, cc. 20° a 22°; 1448, c. 20°; 1557, c. 25°; 1718, c. 7°; 1812, c. 46°; 1838, c. 11°; 1876, c. 20°; 1968, c. 42°; 2111, c. 22°; 2133, c. 17°; 2354, c. 23°; 2381, c. 12° y 2657, c. 11°). (Énfasis agregado).

En múltiples ocasiones ha sostenido, en otros términos, que “El debido proceso contempla, entre sus elementos constitutivos el derecho al recurso, el cual consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo resuelto por el inferior, y el racional y justo procedimiento necesariamente debe contemplar la revisión de las decisiones judiciales (STC Roles N°2743 C.26, 3119 C.19, 4572 C.13, entre otras).

DÉCIMO: *El derecho al recurso, como indiscutible elemento integrante del debido proceso, no es un derecho absoluto. Se ha sentenciado al efecto que “(...) esta Magistratura no ha sido llamada a examinar, mediante razonamientos de constitucionalidad en abstracto, si el sistema de impugnación que establece un precepto legal contraviene o no la Constitución, sino que, para analizar el reproche de constitucionalidad en el caso concreto, debe considerar siempre la naturaleza jurídica del proceso. En otras palabras, una discrepancia de criterio sobre la decisión adoptada por el legislador en materia de recursos o mecanismos impugnatorios no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el art. 93, N° 6, CPR. (STC Rol N° 1.448, c. 43°; 1.838, c. 19°) y 2.853, c. 21°)” (Rol N° 3.338, c. 7°);*

DÉCIMO PRIMERO: *En ámbito específico del medio de impugnación que el precepto impugnado excluye, se ha sostenido, en otras oportunidades “[q]ue, sin embargo, la protección del derecho al recurso no debe asimilarse a ultranza a la segunda instancia (...). De esta manera, la consagración de la revisión de las decisiones judiciales “no significa que se asegure perentoriamente el derecho al*

recurso y a la doble instancia, esto es, a la apelación, para cualquier clase de procedimiento, convocando al legislador a otorgarlo a todo sujeto que tenga alguna clase de interés en él”.

De ello se siguen dos derivaciones. Por una parte, no siempre la exclusión del recurso de apelación importará una transgresión a la garantía constitucional del debido proceso. Y, a la inversa, no siempre la interdicción al recurso de apelación será compatible con la Constitución.

En este sentido, cabe advertir que esta Magistratura ha revisado procedimientos que se resuelven en única instancia, determinando, por ejemplo, que aquello puede ajustarse a la Constitución, en tanto “(...) se contempla una etapa administrativa previa, en la cual las partes son escuchadas y aportan antecedentes, tras lo cual se abre la instancia jurisdiccional en tanto reclamo de dicha resolución, por lo cual no se vislumbra como vulnerado el derecho al racional y justo procedimiento (Rol N° 1.252, c. 7°).

DÉCIMO SEGUNDO: Clásico, en el sentido anterior, es el decir de Eduardo COUTURE, en cuanto a que “Reiteradamente se ha sostenido que las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un procedimiento; sobre este punto la conclusión es pacífica. Pero se ha sostenido, en cambio, que la apelación es esencial, si la primera instancia se ha desenvuelto en forma tal que priva al litigante de garantías mínimas de la defensa” (COUTURE, Eduardo (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, p. 158).

IV.- EL PRECEPTO IMPUGNADO Y SUS EFECTOS RESPECTO DE LA POSICIÓN DEL REQUIRENTE Y SU INAPLICABILIDAD.

EL EFECTO QUE CONLLEVA LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO IMPUGNADO

DÉCIMO TERCERO: Tal como se ha apuntado en otra parte de esta sentencia, la aplicación del artículo 472 del Código del Trabajo, en la gestión pendiente, importó que a la requirente no se le concediera, por el Tribunal Laboral, un recurso de apelación deducido por su parte, respecto de una resolución que dio aplicación al recargo del artículo 169 del Código del Trabajo. En la causa, se aplicó un recargo del 100% de las indemnizaciones, asunto o aspecto de la causa que ciertamente no aparece como menor para la situación del requirente, quien está viéndose expuesto a pagar una indemnización incrementada, sin la posibilidad de que la aplicación de precepto que contempla el recargo, que bien podría entenderse como una sanción, pueda ser revisada por un Tribunal superior

El Tribunal invocó, expresamente, la norma ahora reprochada. Es así, entonces, que cabe concluir que la aplicación del precepto supone un óbice a la revisión de la mentada resolución, por parte de un Tribunal distinto del que la dictó. Debe remarcarse que la improcedencia, según el propio tenor de la resolución, encuentra su fundamento en el artículo 472 del Código del Trabajo, al punto de que el Tribunal no considera la naturaleza jurídica de la resolución que se impugna.

DÉCIMO CUARTO: Entonces, la norma impide a que al requirente – quien cuestiona fáctica y jurídicamente la procedencia del recargo – se le conceda la apelación deducida respecto de una resolución que dio lugar al mismo. De ello se sigue para aquel, el pago de indemnizaciones incrementadas, cuando precisamente, entiende y cuestiona que no se han dado los presupuestos que se exigen para que proceda dicha sanción. Básicamente pues argumenta que desde la desvinculación ha estado llano a pagar las indemnizaciones correspondientes, introduciendo alegaciones fácticas y jurídicas en tal sentido.

DÉCIMO QUINTO: Si bien no corresponde a este Tribunal entrar a determinar la procedencia o improcedencia de tal recargo, no puede desatenderse que al respecto se ha trabado una controversia fáctica jurídica, siendo las alegaciones del requirente pertinentes respecto a la aplicación del artículo 169 ya aludido, en tanto se ha entendido a su respecto que “el aumento fue concebido por el legislador como una sanción para el empleador cuando existiendo acuerdo entre las partes en torno a la oferta de pago extendida por éste con ocasión del término de dicho vínculo- tanto en el monto como en la solución del mismo- lo incumple dejando al dependiente en total indefensión” (Corte Suprema, Causa Rol N° 4034-10, Considerando 11°)

EL PRECEPTO IMPUGNADO Y LAS RAZONES DE SU INAPLICABILIDAD

DÉCIMO SEXTO: La norma, según se ha apuntado, importa - en los hechos – que independiente de la naturaleza de la resolución recurrida, la apelación deducida resulta improcedente.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, cabe considerar que el precepto impugnado fue incorporado, a nuestro ordenamiento, mediante la Ley N° 20.087, que “Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”.

Si se estudia la historia legislativa de la señalada Ley, se advierte que no existe una fundamentación específica respecto de la norma ahora reprochada, es decir, de aquella norma que hace improcedente, por regla generalísima, la apelación. No se esgrimieron fundamentos específicos respecto al establecimiento de tal regla, ni se ponderaron los alcances que aquella podría tener en la multiplicidad de circunstancias en que puede ser aplicada, dada su amplitud.

DÉCIMO OCTAVO: Sin embargo, si se tiene en cuenta lo aseverado en el Mensaje, a propósito del cumplimiento de la sentencia y ejecución de los títulos ejecutivos laborales, la justificación de la improcedencia de apelación diría relación con la finalidad que se buscó con la modificación de dicha materia, que no es otra que la búsqueda de agilizar el proceso de ejecución, a fin de que la obligación respectiva se haga efectiva en el más breve plazo.

Se señaló en el Mensaje, aludiendo al cumplimiento de la sentencia y ejecución de los títulos ejecutivos laborales, que “En el proyecto se establece una enumeración no taxativa de los títulos ejecutivos laborales. Se plantea también una normativa especial referente al cumplimiento del fallo y la ejecución

de otros títulos ejecutivos laborales que busca dar agilidad al proceso de ejecución, a fin de que la obligación reconocida en una sentencia o estipulada en un título se haga efectiva en el más breve plazo” (Historia de la Ley N° 20.087, p. 11).

La doctrina, en idéntico sentido, ha identificado que aquel es el fundamento del precepto. Así, ha señalado que “la reforma al procedimiento laboral en Chile ha tenido como uno de sus objetivos principales abreviar los tiempos de duración de los juicios logrando que la decisión se obtenga en un muy breve tiempo (tres meses en promedio)”. Siendo uno de los medios empleados, para tal objetivo, “La limitación de los medios de impugnación durante la ejecución.” (DÍAZ URTUBIA, Paola (2013). La ejecución de las sentencias laborales: bases para una discusión. En Estudios Laborales de Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo. Volumen 8, Página 111).

DÉCIMO NOVENO: Entonces, la razón que tuvo en vista el legislador para reemplazar el procedimiento laboral, mediante la Ley N° 20.987 – en la que se incorpora el precepto reprochado – es contribuir a la celeridad que aquel debe tener, a fin de que los créditos se satisfagan prontamente. La norma impugnada, entonces, responde a tal finalidad.

Si bien dicha finalidad aparece como loable, no necesariamente resulta compatible con las exigencias de racionalidad y justicia que emanan de la garantía N° 3, inciso 6°, del artículo 19 constitucional.

En este caso, como se verá, la pretensión de celeridad que fundamenta la regla impugnada – que hace improcedente el recurso de apelación - coarta aquel derecho.

VIGÉSIMO: Lo anterior, pues la aplicación del precepto impide al requirente recurrir de la sentencia que le impone una sanción del orden laboral, consistente en el recargo de las indemnizaciones debidas, no obstante cuestionar fáctica y jurídicamente la procedencia de tal sanción, cuestión que lesiona, en esta oportunidad, el derecho a un procedimiento racional y justo, en cuanto le priva de un mecanismo eficaz de revisión de dicha resolución, cuyos efectos son de enorme trascendencia para el requirente, en tanto implica verse expuesto al pago de indemnizaciones incrementadas, no obstante haber cuestionado, en términos razonables, la procedencia de aquello, según se apuntó más arriba.

En base al precepto impugnado, el requirente tendría que conformarse con lo resuelto por el Tribunal laboral, sin la posibilidad de someter dicha a la revisión de otro tribunal, en lo fáctico y en lo jurídico. Una decisión de tal importancia devendría, entonces, en inamovible.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en este caso, la exclusión del recurso de apelación, bajo la sola idea de dotar al procedimiento de mayor celeridad, no resulta conciliable con las exigencias de racionalidad y justicia que el artículo 19, N° 3, inciso 6°, le impone al legislador, en la configuración de los procedimientos.

Lo anterior, pues la falta de medios de impugnación no se subsana con una fase previa ni con la jerarquía, composición, integración o inmediación del tribunal que conoce del asunto, como lo ha

admitido, excepcionalmente, nuestra jurisprudencia para validar que se puedan adoptar decisiones en única instancia. ([Volver](#))

2.- Cabezas con Fundación Educacional Arnaldo Salamanca Cid. Corte Suprema, Rol N°127.174-2020, de 17 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo una acción de protección en contra de la Fundación Educacional Arnaldo Salamanca Cid, sostenedora del Colegio Adventista de Copiapó, porque negó el acceso a una adolescente transgénero, de 13 años de edad, al establecimiento educacional debido a que concurrió vestida con el uniforme femenino del plantel.

Fundamento: *Tercero: Que, de la normativa que latamente transcribe el fallo que se analiza, se desprende que el reconocimiento y la suscripción de diversos Tratados Internacionales unido a la legislación interna, permite concluir que el Estado chileno ha reconocido que “la identidad de género” constituye un derecho fundamental implícito, puesto que se trata de un elemento inherente a la dignidad humana que deriva del derecho a la igualdad ante la ley, cuyo reflejo se traduce en el respeto al principio de no discriminación arbitraria y que, en la especie, se concretiza en el ejercicio del derecho a la educación que tiene todo niño, niña y adolescente (NNA) de asistir a clases conforme a la identidad de género que han optado.*

Para precisar lo anterior, cabe señalar que el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental prescribe que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Agrega su inciso cuarto que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales 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 que esta Constitución establece.”

Esta norma es fundamental para nuestro ordenamiento jurídico, porque representa una fuente de derechos y una herramienta de interpretación, desde que, de su lectura, en primer lugar, se extrae la idea esencial que rige y sostiene nuestra Carta Fundamental, esto es, que las personas constituyen un fin en sí mismas y, por tanto, de ello emanan los conceptos de dignidad, libertad e igualdad de la cual gozan. En segundo término, se extrae la premisa, en virtud de la cual el Estado se constituye en un garante del resguardo de esas garantías, para lo cual deberá proporcionar al individuo las herramientas necesarias dirigidas a conseguirlo.

Cuarto: Que, en ese orden de ideas, el artículo 5° inciso segundo de la Constitución reafirma lo expuesto, al prescribir que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por tanto, el derecho 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 determinar su identidad de 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”-, el que 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 (vid SCS Rol N° 97.283-2020).

Quinto: Que, sobre la base de lo expuesto, surge de manera lógica y consecuente, como derecho fundamental implícito, el de 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), entendiéndolo como un atributo de la personalidad - derecho humano-. 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 él un ser racional, capaz de decidir y elegir su existencia.

En este sentido, dicha categoría es aplicable a los NNA, porque se trata de sujetos de derechos, es decir, personas con derechos y dignidad humana que requieren, además, atendida su autonomía progresiva de una protección especial, la que, a su vez, descansa sobre la base del principio denominado del interés superior del NNA, considerado por los autores como un derecho sustantivo en la materia; un criterio rector para la elaboración de leyes en favor de aquéllos y una norma de procedimiento a la que se debe acudir para resolver en todos los órdenes relativos a la vida de éstos.

Máxima que cabe destacar, atendida su naturaleza, se encuentra en constante evolución y adaptación a las necesidades de dichas personas, conforme evoluciona, al mismo tiempo, la sociedad en su conjunto y que debe ser entendida de manera independiente del ejercicio que de esos derechos puedan realizar los NNA conforme a la ley como es el caso de la Ley N° 21.120, porque dicha situación no les impide ser titular del derecho a elegir –como a todo ser humano- su identidad género.

Sexto: Que, siguiendo ese razonamiento, el derecho a la educación de los NNA está consagrado en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reseñan en lo pertinente que:

Artículo 28:

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular [...]”

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. [...]

Y el artículo 29 agrega que:

“1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena [...]

Séptimo: Que, del mismo modo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 13, desarrolla el contenido del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sentido que la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, debe tener, como características interrelacionadas, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

La accesibilidad significa que las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito estatal, que se traduce en tres dimensiones: i) no discriminación, esto es, que la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables de hecho y de derecho, sin diferencia por ninguno de los motivos prohibidos de hacerlo, ii) accesibilidad material en términos geográficos o por medio del uso de tecnología, y iii) accesibilidad económica, esto es, que la educación ha de estar al alcance de todos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1999. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Observaciones generales 13 (21º período de sesiones, 1999), párr. 6).

Para este análisis, resulta pertinente destacar la primera dimensión de la no discriminación, que refiere a las denominadas “categorías sospechosas”, como aquellas características o rasgos personales

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

que, por regla general, “no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo y la religión y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria. Tal y como su nombre indica, el empleo de tales categorías resulta “sospechoso” per se en razón de una probable discriminación. Ello no significa, claro está, que toda discriminación exija la presencia de una categoría sospechosa” (Díaz de Valdés, José Manuel. Las categorías sospechosas en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en formato digital: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000100189&lng=es&nrm=iso.ISSN0718-6851).

Octavo: Que, por tanto, el sistema educacional chileno, ha declarado tener como una de sus bases, el pleno desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de los estudiantes, en especial de los NNA, entendiéndolo que la identidad de género es un derecho fundamental, que constituye un atributo inherente a la personalidad humana de todo individuo, sin excepción.

Es bajo esta premisa que el Ministerio de Educación, en cumplimiento de la “Política Nacional de Niñez y Adolescencia Sistema Integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia”, ha implementado en su normativa elementos que van dirigidos a proteger ese derecho. Así es como el D.F.L N° 2 de la referida cartera ministerial, ratifica lo que hasta aquí se ha desarrollado, expresando en su artículo 3 que: “El sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”, destacando como uno de los principios que lo inspira: “k) Integración e inclusión. El sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes, y posibilitará la integración de quienes tengan necesidades educativas especiales. Asimismo, el sistema propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los y las estudiantes de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, nacionalidad o de religión”.

Siguiendo esta línea de protección, la Superintendencia de Educación dictó la Circular N° 768 de 27 de abril de 2017, la que trata los derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación, fijando los principios orientadores para la comunidad educativa: a) la dignidad del ser humano; b) interés superior del NNA; c) no discriminación arbitraria y d) propiciar buena convivencia escolar. Igualmente establece los derechos que les asisten, entre los cuales se enumeran: a) el de acceder o ingresar a los establecimientos educacionales, a través de mecanismos de admisión transparentes y acorde a la normativa vigente; b) a permanecer en el sistema educacional formal, a ser evaluados y promovidos mediante procedimientos objetivos y transparentes de igual manera que sus pares, sin que el ser una persona trans, implique discriminaciones arbitrarias que afecten este derecho; c) a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral, atendiendo especialmente las circunstancias y características del proceso que les corresponde

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

vivir; d) a participar, a expresar su opinión libremente y a ser escuchados en todos los asuntos que les afecten, en especial cuando tienen relación con decisiones sobre aspectos derivados de su identidad de género; e) a recibir una atención adecuada, oportuna e inclusiva en el caso de tener necesidades educativas especiales, en igualdad de condiciones que sus pares; f) a no ser discriminados o discriminadas arbitrariamente por el Estado ni por las comunidades educativas en ningún nivel ni ámbito de la trayectoria educativa; g) a que se respete su integridad física, psicológica y moral, no pudiendo ser sujeto de tratos vejatorios o degradantes por parte de ningún miembro de la comunidad educativa; h) a estudiar en un ambiente de respeto mutuo, con un trato digno e igualitario en todos los ámbitos, en especial en el de las relaciones interpersonales y de la buena convivencia e i) a expresar la identidad de género propia y su orientación sexual.

La Circular en comento, igualmente, expresa que es deber de los sostenedores y directivos de establecimientos educacionales, resguardar los derechos de niñas, niños y estudiantes, protegiéndolos de toda forma de acoso discriminatorio, tales como, prejuicios, abuso físico o mental, trato negligente, vulneración de su intimidad y privacidad y/o malos tratos; velando por su integridad psicológica y física y dirigiendo todas las acciones necesarias que permitan la erradicación de tales conductas del ámbito educativo, debiendo incorporar medidas y programas de apoyo pertinentes a la etapa que transita el estudiante en su identidad de género, debiendo fijar un procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género en la institución educativa.

Noveno: Que, asentadas las ideas anteriores, se evidencia correcta la decisión de los jueces de base de acoger la presente acción constitucional, desde que, como se dijo, es deber del Estado velar por la dignidad e igualdad en el trato a las personas transexuales en el ámbito educacional, porque la identidad de género constituye un elemento intrínseco de la naturaleza humana y, como tal, constituye una garantía fundamental que no puede ser renunciada o desconocida por ninguna persona natural o jurídica, porque lo contrario importaría transgredir la dignidad de ese ser humano en su ineludible e integral generalidad y, en este caso particular, además, el principio rector que rige la materia, esto es, el de la protección del interés superior de NNA.

De manera que, si bien, constituyen un avance los acuerdos que suscribieron la madre y apoderada de la adolescente con el Director del colegio, en cuanto a disponer de servicios higiénicos para ella y aceptar el uso de su nombre social. El no permitirle el ingreso al colegio con la vestimenta acorde a su identidad de género, desconoce su derecho fundamental sobre dicha identidad, puesto que esa decisión, tal como se desprende de la normativa expuesta, corresponde a una prerrogativa que es de exclusiva potestad de la adolescente porque representa, justamente, su autodeterminación en relación a su género, la que es parte de su dignidad como persona humana y que, por tanto, así entendida no puede ser condicionada en su ejercicio y menos por el establecimiento educacional, cuyo actuar debe ceñirse a la Constitución Política de la República y la ley, la que conforme a lo dicho ordena el respeto a la identidad de género de los NNA. ([Volver](#))

3.- Silva con Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Corte Suprema, Rol N°85.112-2020, de 18 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo la reclamación regulada por el artículo 19 de la Ley N°18.410, en contra de la Superintendencia de Electricidad y Combustible, por la dictación de la Resolución Exenta N°1303 de fecha 12 de diciembre de 2019, que rechazó el recurso de reposición deducido contra el Oficio Ordinario N°14.022, de fecha 3 de julio del mismo año, que acogió parcialmente el reclamo de la usuaria contra la Empresa Eléctrica de Colina Limitada.

Fundamento: *Sexto: Que, en este escenario, tal como señaló la SEC en el Ordinario N°7444, la empresa sólo estaba habilitada para radicar en el inmueble aquel consumo generado hasta 45 días después del vencimiento de la primera boleta impaga, por cuanto no es posible adoptar el mismo tratamiento en relación a los consumos posteriores, cuyo pago debe perseguirse de aquellas personas que los generaron.*

Por el contrario, la concesionaria se encuentra plenamente habilitada para cobrar aquellos consumos eléctricos registrados en el inmueble de manera posterior a su adquisición por la actora, pero con la salvedad de que a ellos no es posible acumular las deudas que no son imputables a la propietaria, como tampoco al predio.

Séptimo: Que, de este modo, es posible apreciar que el conflicto se suscita por el hecho que la SEC no ha implementado un procedimiento de cumplimiento y ejecución de sus propias resoluciones. En efecto, el Ordinario N°7444 es claro en señalar cuáles son los consumos que pueden radicarse en el inmueble y, por otro lado, en la carta de fecha 14 de septiembre de 2018, la concesionaria da cuenta de haber realizado el cálculo y concluye que tal monto asciende originalmente a \$52.850 que, con interés, alcanza los \$2.057.316. Sin embargo, la empresa sigue enviando a la actora boletas por sobre los 5 millones de pesos y, conminada a entregar un detalle de dicha deuda, se limita a remitir un informe de cuenta corriente que no distingue entre aquellos consumos que se radican en el inmueble y los que no.

Octavo: Que, al efecto, el artículo 2° de la Ley N°18.410 dispone: “El objeto de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles será fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas”.

A su vez, el artículo 3° que regula de manera específica las atribuciones del órgano, contempla en su numeral 17 la de “Resolver, oyendo a los afectados, los reclamos que se formulen por, entre o en contra

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

de particulares, consumidores y propietarios de instalaciones eléctricas, de gas y de combustibles líquidos, en general, y que se refieran a cualquier cuestión derivada de los cuerpos legales o reglamentarios cuyo cumplimiento le corresponde fiscalizar.

Los reclamos serán comunicados por la Superintendencia a los afectados, fijándoles un plazo prudencial para informar. Si dicho informe fuere suficiente para esclarecer la cuestión debatida, dictará resolución inmediata. Si el afectado no contestare en el plazo fijado o si el hecho imputado fuere estimado de gravedad, la Superintendencia deberá disponer que se practique una investigación que le permita formarse juicio completo y dictar la resolución que sea procedente.

En las resoluciones que dicte podrá aplicar multas u otras sanciones, conforme lo autoriza esta ley”.

Finalmente, conforme al artículo 15 del mismo cuerpo normativo, constituye una infracción grave el no acatar las órdenes de la autoridad.

Noveno: Que el adecuado ejercicio de la facultad de fiscalizar el cumplimiento de la normativa eléctrica y resolver los reclamos de los usuarios, no se agota con la recepción de las denuncias y la posterior emisión de un acto meramente declarativo, sino que requiere, además de la formulación de órdenes concretas a los concesionarios, la adopción de medidas que aseguren su adecuado y oportuno cumplimiento, bajo el apercibimiento de iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio, por la vía de la respectiva formulación de cargos.

Décimo: Que, para el presente caso, lo anterior significaba necesariamente disponer que a la actora se le practicara una liquidación de los montos adeudados, diferenciando de manera clara la distinta naturaleza de cada uno de ellos, esto es, los que derivan de los \$52.850 originales, devengados dentro de los 45 días siguientes desde la primera boleta impaga, radicados en el inmueble; aquellos posteriores a esa fecha, cuyo pago debe perseguirse de quien incurrió en ellos; y la energía eléctrica consumida por la propietaria, expresando además, cuál fue el interés aplicado.

De este modo, la realización de una correcta distinción entre cada uno de los consumos habría llevado necesariamente a concluir que a la actora no le es imputable el consumo energético generado en el lapso que corre de manera posterior a los señalados 45 días y anterior al 1° de febrero de 2018.

Al desconocer la distinta naturaleza de cada uno de los cobros y no velar por el cumplimiento de dicha segregación, en los términos dispuestos por ella misma el año 2018, la SEC incurre en una ilegalidad, en tanto se vulneran los artículos 141 y 225 letra q) de la Ley General de Servicios Eléctricos, circunstancia que necesariamente obliga al acogimiento del reclamo, en los términos que se dirá..
[\(Volver\)](#)

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

1.- Empresa de Ferrocarriles del Estado, concesionarios servicios de telecomunicaciones, atraviesos, cobro derechos. Dictamen N°E48.875, de 4 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: La empresa GTD Grupo Teleductos S.A. señaló que poseen instalaciones necesarias para la prestación de servicios de telecomunicaciones, y que junto con la Empresa de los Ferrocarriles del Estado han realizado un catastro de atraviesos preexistentes respecto de los cuales la nombrada empresa pública estaría exigiendo su regularización y el pago de los derechos pertinentes. Sin embargo, añade que el cobro de los referidos derechos no sería procedente tratándose de “atravesos subterráneos que se sostienen sobre la infraestructura de calles y caminos que cruzan a desnivel (modo subterráneo) la faja de EFE”, y de “atravesos aéreos de cables que se sostienen sobre postes de terceras compañías de servicios, no ahincados dentro de la faja ferroviaria”.

En razón de lo expuesto, la interesada solicita que esta entidad fiscalizadora emita un pronunciamiento acerca de la procedencia del cobro en comento por parte de EFE en los casos antes señalados.

Fundamento: *Sobre el particular, cumple con manifestar que el artículo 18, inciso primero, de la ley N°18.168 -General de Telecomunicaciones-, prescribe que “Los titulares de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho a tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para los fines específicos del servicio respectivo”.*

Luego, su inciso segundo estatuye que “Tales derechos se ejercerán de modo que no se perjudique el uso principal de los bienes a que se refiere el inciso anterior y se cumplan las normas técnicas y reglamentarias, como también las ordenanzas que correspondan”.

En relación con las antedichas disposiciones, la reiterada jurisprudencia administrativa - contenida, entre otros, en los dictámenes Nos 42.842, de 2015, 54.751, de 2016, y 883, 33.351 y 33.354, de 2019, de la Contraloría General- ha señalado que la prerrogativa de que gozan los titulares de servicios de telecomunicaciones para ocupar bienes nacionales de uso público, emana directamente del enunciado artículo 18, constituyendo un derecho inherente y consustancial a la concesión, de modo que no puede condicionarse su ejercicio a otros requisitos o exigencias que los en él previstos.

Además, que los aludidos titulares tienen derecho, conferido por la ley, a ocupar gratuitamente bienes nacionales de uso público, cuando ese uso tenga por finalidad prestar los respectivos servicios.

Por otra parte, es menester indicar que conforme con el artículo 1° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones -que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica de EFE-, dicha entidad es una persona jurídica de derecho público,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio y se relaciona con el Gobierno a través de la referida cartera.

A continuación, el artículo 2º, inciso primero, del mismo texto legal, prevé que EFE “tendrá por objeto establecer, desarrollar, impulsar, mantener y explotar servicios de transporte de pasajeros y carga a realizarse por medio de vías férreas o sistemas similares y servicios de transporte complementarios, cualquiera sea su modo, incluyendo todas las actividades conexas necesarias para el debido cumplimiento de esta finalidad. Asimismo, podrá explotar comercialmente los bienes de que es dueña”.

Su inciso final puntualiza que “Los actos y contratos que realice la Empresa en el desarrollo de su giro se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las normas del presente decreto con fuerza de ley”.

Enseguida, acorde con el artículo 28º del reseñado decreto con fuerza de ley, forman parte del patrimonio de EFE, entre otros, “a) Las vías férreas que, por disposición del Gobierno, se hayan incorporado o se incorporen a ella, todo con sus dependencias y anexos”, “b) Los terrenos ocupados por las vías férreas y por sus dependencias y anexos”, e “i) En general, todos los bienes muebles e inmuebles y derechos que adquiera a cualquier título”.

Luego, es útil anotar que sobre la materia EFE ha emitido un documento denominado “Reglamento de Atravesos” -versión 2017-, elaborado con la finalidad de regular la construcción y mantención de tales elementos, según se desprende de su numeral 1.

Al respecto, su numeral 10 define “Atraveso” como “toda obra que cruza la vía férrea, en cualquier dirección, de un lado al otro, subterránea o aérea”.

A su turno, el párrafo primero del numeral 2.1 del mismo instrumento previene que “Toda obra o instalación que atraviesa la vía férrea propiedad de EFE, deberá contar con la autorización expresa de EFE y cumplir con las especificaciones técnicas que disponga la empresa, así como cancelar los derechos, cánones y tarifas que correspondan”, cuyos valores -por los conceptos de aprobación y revisión del proyecto de atraveso, y de paso anual- se encuentran detallados en diversos pasajes del texto en comento.

Precisado aquello, y en ese contexto normativo y jurisprudencial, cabe examinar la juridicidad del cobro de derechos por parte de EFE en las hipótesis planteadas por la peticionaria.

En cuanto a la primera, este órgano contralor entiende que se refiere a la situación en la que las respectivas instalaciones de telecomunicaciones se encuentran desplegadas en un bien nacional de uso público que cruza a desnivel la vía férrea, el terreno ocupado por esta, sus dependencias o anexos.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Bajo ese entendido, es dable concluir que el cobro de los aludidos derechos no resulta procedente, toda vez que importa supeditar el ejercicio de la prerrogativa que el artículo 18, inciso primero, de la ley N° 18.168, transcrito, reconoce a los titulares de servicios de telecomunicaciones para “tender” gratuitamente líneas en bienes nacionales de uso público, a requisitos o exigencias que no están establecidos en la normativa vigente, lo que no se aviene con las disposiciones legales y dictámenes apuntados en los párrafos que preceden.

Lo anterior, por cierto, es sin perjuicio, del deber de EFE -en tanto integrante de la Administración del Estado- de coordinarse con los respectivos organismos administradores de los bienes nacionales de uso público de que se trate, para los fines a que haya lugar, con arreglo a lo prescrito en el artículo 5° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En mérito de lo expuesto, EFE deberá arbitrar las medidas tendientes a ajustar su actuación al criterio antes reseñado, informando de ello a la Coordinación Nacional de Seguimiento y Apoyo al Cumplimiento de la División de Auditoría de esta institución fiscalizadora, dentro del plazo de 20 días hábiles contado desde la recepción del presente pronunciamiento.

Por otra parte, la segunda hipótesis corresponde al caso de instalaciones de telecomunicaciones que, encontrándose apoyadas en postes de terceros que están hincados en bienes nacionales de uso público, cruzan en forma aérea bienes de propiedad de EFE, según así se infiere del tenor de la solicitud formulada por la ocurrente.

Al respecto, es posible apreciar que, en esa situación, el tendido de líneas que atraviesan sobre bienes que -de conformidad con el precitado artículo 28° de la ley orgánica de EFE componen su patrimonio, implica un uso de los mismos por los titulares de servicios de telecomunicaciones que no resulta amparado por el mencionado artículo 18, inciso primero, de la ley N° 18.168, y cuyo emplazamiento -en su caso, y coincidiendo con lo informado por la nombrada empresa estatal- podría adicionalmente constituir un riesgo para la operación ferroviaria.

En razón de lo anterior, no se advierten reproches de juridicidad que efectuar a EFE en relación con el cobro de derechos por estos conceptos -sean atravesos u otros usos-, de modo que no se ha acogido, en este caso específico, la reclamación planteada.

Es dable agregar, en cuanto a las servidumbres continuas y aparentes que podría alegar una concesionaria de servicios de telecomunicaciones en contra de una empresa pública en su calidad de dueña de inmuebles -aspecto también argüido por la solicitante-, que ello es una materia ajena al ámbito de competencia de esta entidad de control, por lo que no procede dictaminar acerca de esa particular temática.

Por último, cabe manifestar que, frente a los requerimientos de informe de la Contraloría General, la Subsecretaría de Transportes deberá, en lo sucesivo, pronunciarse expresamente sobre el asunto de

que se trate, no siendo suficiente que se limite a remitir una carta de EFE en la esta expone su parecer acerca de la materia, tal como por lo demás ya se le señaló en el dictamen N° 37.740, de 2014, de este origen. ([Volver](#))

2.- Servicio de Salud, profesional funcionario extranjero, permiso especial de trabajo, residencia en trámite, requisitos contratación, pago de remuneraciones. Dictamen N°E49.049 de 4 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Un profesional médico cirujano de nacionalidad peruana solicitó un pronunciamiento sobre el motivo esgrimido por el Servicio de Salud de esa región, para negar su nombramiento en calidad de contrata, pese a contar con permiso especial de trabajo emitido por la Gobernación Provincial de Aysén, y a estar tramitando su residencia temporaria. Agrega que habría iniciado sus funciones el 2 de marzo de 2020 en el Centro de Salud Familiar de esa localidad, y que le fue informada dicha negativa con posterioridad.

Fundamento: De lo expuesto se aprecia que para ingresar a la Administración del Estado se debe ser ciudadano, que implica ser chileno, lo que se acreditará mediante el certificado de nacimiento respectivo o por fotocopia de la cédula nacional de identidad, acorde con el criterio contenido en el dictamen N° 51.184, de 2008. Excepcionalmente, se podrá designar en empleos a contrata a extranjeros, ajustándose a los términos previstos en el citado Estatuto Administrativo, sin que se exija contar con cédula de identidad.

Por su parte, corresponde señalar que conforme a lo indicado en los dictámenes N°s62.092, de 2012; 84.720, de 2013, y 5.390, de 2020, de este origen, la visación de residencia temporaria habilita a quien la posee para ser contratado en la Administración, en la medida que cumpla con los demás requisitos para ello, criterio que también resulta aplicable a la situación de quienes se les ha concedido por la autoridad correspondiente el permiso especial de trabajo y mientras este se encuentre vigente.

Pues bien, de la documentación tenida a la vista, consta que la profesional extranjera afectada contaba con una tarjeta especial de trabajo otorgada mediante la resolución exenta N° 82, de 2020, de la Gobernación Provincial de Aysén, permiso temporal que abarcaba el periodo comprendido entre el 2 de marzo y el 2 de julio de la presente anualidad.

De ese modo, es posible apreciar que la recurrente pudo ser contratada por el referido servicio en aquel período, en la medida que hubiere satisfecho los requisitos contemplados para ser designada en calidad de contrata, sin que le fuera exigible acompañar una cédula nacional de identidad, en atención a que no le corresponde acreditar el requisito de ciudadanía, por tratarse de una profesional extranjera. Además, según se señaló en el dictamen N° 58.534, de 2006, no es la cédula de identidad el instrumento que permite a un extranjero laborar en Chile, sino el contar con residencia o permanencia legal en el país o estar debidamente autorizado para trabajar o habilitado para ello.

Asimismo, cabe hacer presente que SIAPER permite identificar a los funcionarios extranjeros con su número de pasaporte, por lo que la cédula de identidad no es un instrumento imprescindible para esos efectos.

Por consiguiente, se debe concluir que no se ajustó a derecho que ese servicio rechazara la contratación de la recurrente por no contar con su cédula nacional de identidad, circunstancia que, en lo sucesivo, deberá tener presente esa repartición, sin perjuicio de efectuar el pago por los servicios efectivamente prestados por la interesada durante el mes de marzo de 2020, en caso de no haberse procedido a su entero, atendido el principio de enriquecimiento sin causa. ([Volver](#))

3.- Municipales, concejo municipal, acuerdos, iniciativas de desarrollo, comunidades indígenas, asociaciones indígenas, consulta, derecho a desarrollar actividad económica, requisitos. Dictamen N°E48.869 de 4 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: El alcalde de la Municipalidad de Curarrehue solicitó la reconsideración del dictamen N° 914, de 2020, de este origen, en virtud del cual se determinó, en síntesis, que los acuerdos que indica, adoptados por su Concejo Municipal, no se ajustaron a derecho, ya que estos se pronunciaron sobre materias que no forman parte de las funciones de las municipalidades.

Fundamento: *Al respecto, cabe recordar que mediante el acuerdo N°285, de 2017, se aprobó reconocer al Consejo de Autoridades Tradicionales como Organización Representativa del Territorio, y se declaró que toda iniciativa de desarrollo o proyectos a efectuarse en la comuna debía ser consultada a este último. Luego, a través del acuerdo N° 470, de 2018, se declaró a dicha comuna como espacio libre de presencia de empresas foráneas de hidroeléctricas y de cualquier proyecto de carácter extractivista que atente contra el medio ambiente.*

Precisado lo anterior, dicha autoridad fundamenta su petición en el hecho de que a través de los citados acuerdos, no se buscó establecer limitaciones a actividad económica alguna como tampoco determinar qué organización debía representar a las comunidades indígenas, sino que efectuar meras declaraciones de intenciones o de principios acerca de determinadas materias, tanto así que esos acuerdos no se formalizaron a través de actos administrativos, por lo que no puede entenderse que hayan producido efectos contrarios a derecho.

Como puede advertirse, el recurrente no desvirtúa el fundamento en que se basó el dictamen impugnado para determinar la ilegalidad de los aludidos acuerdos, pues las materias sobre las que versaron, no se enmarcan en las funciones que la normativa haya incorporado dentro de las competencias que poseen tales entidades edilicias. Asimismo, cabe precisar que los acuerdos de los cuerpos colegiados -como ocurre con el Concejo Municipal-, tienen la naturaleza de actos administrativos, según lo señala el artículo 3° de la ley N° 19.880 (aplica criterio contenido en el dictamen N° 8.255, de 2018).

Enseguida, el alcalde de Curarrehue sostiene que esta Entidad de Control no tiene facultades para revisar la legalidad de los individualizados acuerdos, haciendo referencia a la autonomía de que goza la corporación que dirige.

A este respecto, corresponde anotar que si bien las entidades edilicias son corporaciones autónomas, igualmente ellas deben respetar las limitaciones derivadas del principio de juridicidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, según el cual los órganos de la Administración del Estado -dentro de los que se encuentran tales entidades- tienen que someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, debiendo actuar dentro de su competencia y como dispone la ley (aplica dictamen N° 24.159, de 2016).

Asimismo, cabe recordar que la ley N° 18.695 establece, en lo que interesa, en sus artículos 51 y 52, que las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República de acuerdo con su Ley Orgánica Constitucional, y que en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, esta Entidad de Fiscalización podrá emitir dictámenes sobre todas las materias sujetas a su control, cumpliendo con su obligación de velar por el irrestricto respeto al ordenamiento jurídico por parte de los organismos sometidos a su fiscalización, como ocurre tratándose de los municipios, por lo que se desestima la alegación formulada por el referido alcalde (aplica dictamen N° 17.547, de 2016).

En consecuencia, atendido que no se aportaron antecedentes que permitan desvirtuar lo resuelto en el dictamen objetado -en orden a que los mencionados acuerdos no se ajustaron a derecho-, se rechaza la presente solicitud de reconsideración, reiterándole a la autoridad que debe adoptar las medidas necesarias para su regularización, informando de ello a la Contraloría Regional de La Araucanía dentro del plazo de 90 días hábiles, contado desde la total tramitación del presente dictamen. ([Volver](#))

4.- Seguridad social, protección a la maternidad, municipalidades, personal a honorarios, licencias médicas maternales, cobro subsidio, pacto contractual, pago diferencias. Dictamen N°E51.692 de 13 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Un diputado consultó sobre los derechos maternales de una mujer, quien se desempeña como servidora a honorarios en la Municipalidad de La Florida y hace presente que esa entidad no ha cubierto económicamente su período de descanso maternal, en circunstancias de que existiría un compromiso previo por parte de ese municipio de otorgar tal cobertura, como sí habría acontecido en un embarazo anterior. Por ello, añade, la mujer efectuó un reclamo a la Contraloría General de la República, solicitando un pronunciamiento en tal sentido, el que, a la fecha de emisión de esa presentación parlamentaria, se encontraba pendiente de respuesta, por lo que requirió se informe al respecto.

Fundamento: *En relación con la materia se debe hacer presente que, luego de la entrada en vigencia de la ley N° 21.133 -publicada el 2 de febrero del año 2019-, los trabajadores independientes, con*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

rentas provenientes del artículo 42, N° 2, del decreto ley N° 824, de 1974, Ley sobre Impuesto a la Renta, están obligados a cotizar para los distintos regímenes de protección social.

Como consecuencia de la anotada obligación de cotizar, se produce la afiliación al sistema de seguridad social, que permite otorgar las correspondientes prestaciones de salud y previsión, pudiendo gozar de las licencias médicas por incapacidad laboral y maternales y, por tanto, de los subsidios pertinentes, entre los que se encuentran los previstos con ocasión del descanso por maternidad. Estos beneficios, conforme se estableciera en el dictamen N° 14.498, de 2019, no pueden ser restringidos en los respectivos contratos de honorarios, pues emanan del anotado Sistema al cual se adscribieron.

Luego, en lo que respecta específicamente al descanso de maternidad y los subsidios que se perciben durante este, asociados a las licencias maternales que se emiten a su respecto, cabe señalar que en el dictamen N° 2.746, de 2020, se precisó que los servidores contratados a honorarios de la Administración del Estado, que actualmente cotizan para fines de seguridad social y de salud, tienen la calidad legal de trabajadores independientes y, en razón de ello, la tramitación y pago de licencias médicas debe realizarse de acuerdo a las reglas establecidas expresamente para aquellos.

En atención a tal regulación normativa, las respectivas entidades públicas contratantes no están legalmente habilitadas para intervenir en la tramitación y pago de dichas licencias médicas y, por tanto, de los subsidios maternales -como sí acontece con sus trabajadores dependientes-, como tampoco intervienen ni declarando ni reteniendo las respectivas cotizaciones de seguridad social.

Así, las licencias médicas por descanso maternal de los servidores a honorarios se tramitan y pagan de conformidad con lo reglamentado en el decreto N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, en lo que dice relación con los trabajadores independientes. Asimismo, el cálculo de los subsidios de la especie se determina sobre la base de las normas del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y su fiscalización compete a la Superintendencia de Seguridad Social.

En cuanto a esto último, el monto a pagar por dichas licencias está fijado por la base imponible dispuesta en dicho decreto con fuerza de ley, la que se determina, en gran medida, por el monto de la cotización que efectúa cada trabajador. En el caso de los dependientes, esa cotización se retiene obligatoriamente por su empleador y, acorde al artículo 84 del decreto ley N° 3.500, de 1980, corresponde al 7% de sus remuneraciones imponibles.

Por su parte, los trabajadores independientes también están obligados a cotizar un 7% para efectos de salud- según lo preceptuado en el artículo 92 del citado decreto ley-, pero estos pueden, conforme lo dispuesto en el artículo segundo transitorio de la ley N° 21.133, por los primeros años de vigencia de ese texto legal, manifestar su voluntad de cotizar por un porcentaje menor de la renta imponible, que es la que resulta de multiplicar su base establecida en el inciso primero del artículo 90 del citado decreto ley, por 5%, 17%, 27%, 37%, 47%, 57%, 70%, 80%, 90% y 100%, en la declaración anual de la renta del año tributario 2019 y siguientes, respectivamente.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Ahora bien, al acceder a esta opción reducida, se impacta directamente en el monto de cobertura de una licencia médica, recibiendo solo una cobertura parcial, lo que afecta, por ende, drásticamente los subsidios de maternidad que perciben las servidoras a honorarios durante su descanso maternal, lo que solo puede ser subsanado a través de una modificación legal.

En este sentido, cabe señalar que en los dictámenes N°s. 33.643, de 2019, y 2.746, de 2020 -a propósito de las consultas referidas a si resulta procedente mantener el pago de los honorarios durante el período en que una servidora de ese tipo se ausenta en virtud del descanso de maternidad y en el que recibe un subsidio de esa naturaleza-, se manifestó que no hay inconveniente en pactar en el contrato respectivo un beneficio equiparable a la protección de remuneraciones que ampara a los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo, pero esto solo se puede traducir en cubrir las diferencias que pueden existir entre el monto del subsidio que le corresponde al trabajador independiente y el total de sus honorarios, pues la entidad contratante no está habilitada legalmente para recuperar el subsidio del caso, como sí acontece con sus empleados dependientes.

Como puede advertirse de la jurisprudencia citada, esta Contraloría General, por medio de sus pronunciamientos, ha ido extendiendo a las prestadoras a honorarios los derechos de protección a la maternidad, reconociendo la observancia y aplicación de principios y garantías que imperan en esta materia.

En ese orden, se les ha reconocido expresamente los derechos que el Código del Trabajo impone observar a los empleadores, como son el fuero maternal, los derechos de alimentación y de sala cuna y, asimismo, se ha expresado que los beneficios asociados al descanso maternal de esas servidoras no pueden restringirse o limitarse en los respectivos contratos de honorarios.

No obstante, y como ya se adelantó, se ha precisado que los servicios públicos no pueden intervenir en la tramitación y pago de las licencias médicas de esas trabajadoras, pues el legislador no lo ha autorizado. Sin perjuicio de ello, igualmente se ha reconocido la posibilidad de pactar cláusulas en los respectivos contratos de honorarios que cubran la diferencia entre los subsidios percibidos y los honorarios estipulados.

Ahora bien, en el caso de la especie, corresponde indicar que el reclamo formulado por doña Claudia Díaz Morales ante esta Entidad Fiscalizadora, y respecto del cual insistió por medio de la referencia W015.662, de 26 de junio del presente año, dio origen al precitado dictamen N° E24.985, de 5 de agosto de 2020, en virtud del cual le han sido reconocidos los derechos maternales precitados.

Asimismo, es dable indicar que la Municipalidad de La Florida informó que, en el caso de la interesada y por aplicación del dictamen N° 14.498, de 2019, se ha dado observancia a los derechos maternales indicados, haciendo presente, a su vez, que doña Claudia Díaz Morales debe tramitar sus licencias médicas y perseguir su cobro ante las entidades previsionales pertinentes, en base a la normativa aplicable. No obstante, esa entidad nada ha indicado en relación a si se pactaron cláusulas tendientes

a cubrir las diferencias entre los subsidios percibidos y los honorarios estipulados, y en cuyo evento cuáles son los términos de las mismas.

En ese contexto, tal como ya se manifestó, en los dictámenes N°s. 33.643, de 2019 y 2.746, de 2020, se reconoce expresamente dicha facultad respecto de las diferencias existentes entre los subsidios maternales y el monto de los honorarios, por lo que, en tanto se pacten tales cláusulas dentro del marco de lo dispuesto, corresponde su cumplimiento. ([Volver](#))

5.- Facultades CGR, actos sujetos a registro automático, tramitación documentos, nombramiento firmados de manera electrónica, documentos originales. Dictamen N°E48.873 de 4 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: La Superintendencia de Pensiones solicitó un pronunciamiento respecto de la tramitación de los actos administrativos que aprueban nombramientos firmados de manera electrónica.

Fundamento: *Por lo tanto, al no ser objeto de control previo de legalidad, los nombramientos efectuados por la Superintendencia de Pensiones deben ser remitidos a esta Institución de Control para su correspondiente registro.*

Enseguida, se debe tener en cuenta que de conformidad con lo señalado en el oficio N° 9.718, de 2019, de esta procedencia, que imparte instrucciones respecto de las modalidades de tramitación de los actos administrativos relativos a materias de personal, los actos administrativos sobre nombramientos y que se encuentren exentos de toma de razón deben tramitarse a través de la modalidad SIAPER Registro Automático.

En consecuencia, los actos administrativos dictados por esa institución, que disponen nombramientos, corresponde que sean remitidos a esta Contraloría para su registro a través del sistema de tramitación en línea antes mencionado.

Por otra parte, en relación con los documentos que se ingresen vía Oficina de Partes, es preciso anotar que el inciso primero del artículo 6°, de la aludida resolución N° 6, dispone que deberán acompañarse a los actos administrativos sometidos a trámite de toma de razón o registro, los antecedentes originales que les sirven de fundamento. El inciso segundo añade que lo anterior también será aplicable a aquellos actos que se tramiten electrónicamente, salvo los datos que se puedan verificar mediante consulta en línea, a través de sistemas interoperables, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo, del artículo 10 B, de la ley N° 10.336.

Por ende, los actos administrativos ingresados a esta Contraloría General deben venir en formato original, ya sea que hayan sido suscritos en papel o de manera electrónica, cumpliendo, en este último caso, con todas las exigencias que la normativa aplicable en la especie establece para su validez (aplica criterio contenido en dictamen N° 32.341, de 2018).

En ese contexto, no resulta procedente ingresar en papel por la Oficina de Partes de esta Contraloría General, actos administrativos electrónicos, pues el original de los mismos es el documento electrónico y no una impresión de estos, por lo que aquellos solo se pueden tramitar por la modalidad SIAPER Registro Automático. ([Volver](#))

6.- Salud, lobby, reuniones gremios de trabajadores y profesionales, solicitud mediante canales habilitados. Dictamen N°E49.262 de 5 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: El Ministerio de Salud consultó acerca de si las reuniones solicitadas por gremios de trabajadores y profesionales, que se relacionan con dicha Cartera de Estado, deben ser requeridas a través de la plataforma definida en la ley N° 20.730.

Fundamento: *Ahora bien, en relación con la consulta del rubro se debe tener presente lo consignado en el Primer Informe de la Comisión de Gobierno del Senado, recaído en el proyecto de la actual ley N° 20.730, pues consta que durante su tramitación se formuló una propuesta en orden a excluir a determinadas organizaciones de la aplicación de dicha preceptiva, lo que en definitiva fue descartado, sosteniéndose que “ello carece de todo fundamento, ya que el objetivo de una ley de lobby es transparentar el ejercicio de una actividad que es legítima. Siendo la esencia de esta regulación la acción de lobby y no el sujeto que la realiza” (aplica dictamen N° 18.251, de 2016).*

En este mismo orden de ideas, es pertinente destacar que la citada ley N° 20.730 apunta a hacer efectivos dos principios de gran relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, como lo son los de transparencia y de probidad, permitiendo a la ciudadanía conocer las actividades de lobby y de gestión de intereses particulares que desarrolle una persona natural o jurídica ante las autoridades y funcionarios respectivos, a fin de influir en las decisiones que estos deben tomar en el desempeño de sus cargos (aplica dictamen N°18.251, de 2016).

A continuación, es preciso anotar que de la normativa citada se desprende, en primer término, que no toda autoridad o funcionario es sujeto pasivo de la ley N° 20.730, sino únicamente aquellos servidores que ese texto legal señala (aplica criterio contenido en el dictamen N° 25.579, de 2019, de este origen).

Asimismo, se advierte que no todas las actividades de los sujetos pasivos de la ley N°20.730 están reguladas por dicha normativa (aplica dictamen N° 11.897, de 2017).

Dicho lo anterior, cabe recordar que el decreto N° 71, de 2014, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - reglamento de la ley N° 20.730-, prevé en su artículo 10 que las personas que realicen lobby o gestión de intereses particulares, deben requerir una audiencia o reunión a través de los formularios especialmente previstos para tal fin, en los cuales es necesario consignar, entre otros, la singularización del peticionario y la materia que se pretende tratar en la audiencia o reunión, con referencia específica a la decisión que se busca obtener.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Por otro lado, el artículo 1º del decreto ley N° 2.757, de 1979, que establece normas sobre las asociaciones gremiales, señala que ellas son las organizaciones constituidas en conformidad a esa normativa, que reúnan personas naturales, jurídicas, o ambas, con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes.

De este modo, es menester indicar que, por regla general, en los casos en que una asociación gremial solicite una reunión o audiencia con algún sujeto pasivo de la referida ley N° 20.730, aquella tendrá por objeto obtener una decisión administrativa o influir en ella con el objeto de resguardar sus intereses y objetivos gremiales, por lo que quedará regulada por dicho cuerpo normativo y, por tanto, deberá requerirse a través de los canales habilitados para ello, de acuerdo con la ley N° 20.730 y su reglamento (aplica criterio contenido en el dictamen N° 34.030, de 2016).

Lo anterior, sin perjuicio de que, en algún caso concreto, la autoridad al ponderar la solicitud efectuada por una de esas asociaciones determine que aquella se enmarca en alguna de las hipótesis contempladas en el referido artículo 6º, de la mencionada ley N°20.730, en cuyo caso no estará regulada por ese texto legal (aplica dictámenes N°s.13.392, de 2016, 18.251, de 2016, 11.897, de 2017). ([Volver](#))

7.- Carabineros, vehículos en arriendo, pago infracciones de tránsito, responsabilidad funcionarios. Dictamen N°E49.265 de 5 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: La Dirección de Logística de Carabineros de Chile solicitó un pronunciamiento acerca de la obligatoriedad que tendría de reembolsar a la empresa que indica, los montos por ella pagados por concepto de infracciones de tránsito relacionadas con vehículos que se encuentran en uso por esa institución policial en el marco de un contrato de arrendamiento.

Fundamento: *Sobre el particular, se debe señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico, está consagrado el principio de legalidad - contenido principalmente en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República y en el artículo 2º de la ley N° 18.575-, en virtud del cual las autoridades deben actuar en el marco de las atribuciones que les confiere la ley y someterse a las normas vigentes, principio que el personal de Carabineros de Chile, por cierto, también se encuentra obligado a respetar.*

Por tanto, la mencionada institución policial debe actuar dando estricto cumplimiento a la legalidad vigente, dentro de la cual se incluyen las normas que regulan el tránsito por las calles y caminos del país, debiendo asumir, en consecuencia, la responsabilidad ante incumplimientos e infracciones a las mismas.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Lo anterior, se encuentra acorde con lo sostenido por esta Entidad de Control, entre otros, en los dictámenes N°s. 20.327, de 2018, y 14.690, de 2013, al disponer que compete a quienes desarrollan labores de manejo de vehículos dar cumplimiento a las disposiciones legales que rigen el tránsito, en particular, aquellas contenidas en la ley N° 18.290, por lo que las consecuencias pecuniarias que puedan derivar de su infracción, son de responsabilidad y cargo de estos.

En el mismo sentido, se ha señalado que no podría eximirse de responsabilidad a los funcionarios policiales, por el hecho de cometer las infracciones al encontrarse realizando labores propias de su actividad, debido a que su obligación es efectuarlas dando cumplimiento al ordenamiento jurídico (aplica criterio contenido en dictamen N° 20.327, de 2018).

Por lo tanto, en mérito de lo expuesto, menester es concluir que Carabineros de Chile debe arbitrar todas las medidas que sean necesarias para reembolsar aquellos montos pagados por la antedicha sociedad.

Sin perjuicio de lo anterior, esa institución policial deberá investigar los hechos que motivaron las referidas multas y las eventuales responsabilidades que puedan asistir a los funcionarios que conducían los vehículos en las oportunidades en que ellas fueron cursadas. ([Volver](#))

8.- Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, facultades, evaluación de programas e instituciones públicas, evaluadores externos, registro de expertos. Dictamen N°E49.779 de 6 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona reclamó en contra de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (DIPRES) ya que para ingresar al “Registro de Expertos en Evaluación de Programas e Instituciones Públicas” (el registro) establecido por ese servicio, se exigen requisitos que, a su juicio, constituyen una barrera de entrada para los postulantes, por lo que a pesar de contar con más de 25 años de experiencia en el sector público y privado, no le estaría permitido postular a aquel.

Fundamento: *Enseguida, cabe señalar que la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en el dictamen N° 24.256, de 2014, de este origen, ha precisado que la autoridad posee la facultad de regular el procedimiento concursal mediante la dictación de las bases que lo regirán, fijando en ellas los medios a través de los cuales se evaluarán los requisitos de los postulantes y las pautas generales para el desenvolvimiento del certamen, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, así como los plazos y forma de ponderar los diversos antecedentes que los participantes presenten, correspondiendo a este Órgano Fiscalizador objetarlas sólo si se advierte una arbitrariedad o alguna infracción a la preceptiva que rige la materia.*

Luego, es del caso señalar que de los antecedentes tenidos a la vista aparece que la DIPRES ha publicado en la dirección de internet “<https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-25186.html>” de su sitio web, toda la información relativa al proceso de postulación en línea al señalado

registro -conforme a las áreas de especialización pertinentes-, a las convocatorias en curso y finalizadas, con indicación de los expertos seleccionados para las respectivas evaluaciones.

En este contexto, es dable manifestar que el establecimiento del aludido registro de expertos como la fijación de los requisitos técnicos que deben satisfacer quienes lo integran como evaluadores externos, se enmarca dentro de las facultades que el ordenamiento jurídico ha conferido a la DIPRES en la materia.

En el mismo sentido, es del caso recordar que es a la Administración activa a quien le compete determinar las competencias que deberán cumplir quienes realicen las evaluaciones de los programas e instituciones públicas, pudiendo advertir de los antecedentes tenidos a la vista, que los requisitos de que se trata dicen relación con la idoneidad técnica de los evaluadores, sin que se observen criterios discriminatorios de ingreso. ([Volver](#))

9.- Municipalidades, docentes, supresión parcial de horas, normativa aplicable, confianza legítima. Dictamen N°E49.773 de 6 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: Dos personas, docentes de la Municipalidad de Temuco y Pucón respectivamente, reclamaron en contra de dichas entidades edilicias, al amparo de la confianza legítima, por la reducción de sus horas contratadas.

Fundamento: *Sobre el particular, es útil recordar que el dictamen N° 6.400, de 2018, entre otros, ha sostenido que las continuas renovaciones de las contrataciones -desde la segunda renovación anual al menos-, originan en los respectivos servidores la confianza legítima de que tal práctica será reiterada en el futuro, de modo que para adoptar la decisión de no renovar, de hacerlo en condiciones diversas o ponerle término anticipado, es menester que la autoridad emita un acto que explicita los fundamentos que avalen su decisión, detallando el razonamiento y los antecedentes de hecho y de derecho en que se sustenta.*

Ahora bien, cabe señalar que la ley N° 19.070 dispone, en su artículo 72, que los profesionales de la educación dejan de pertenecer a una dotación docente, entre otras causales, por la establecida en la letra j), esto es, por supresión de las horas que sirven.

En concordancia con ese precepto, el artículo 73, inciso primero, de la misma ley, prevé que la causal de término antes indicada debe basarse obligatoriamente en el artículo 22 de la ley 19.070, y estar fundamentada en el PADEM, mediante el cual se haya resuelto la supresión total de horas. Precisa además la forma en que se determinará al profesional de la educación que será objeto de la referida medida.

Agrega la misma disposición -entre otros aspectos-, que el decreto alcaldicio o la resolución de la corporación que disponga la supresión total deberá ser fundado y notificado a los docentes que dejan la dotación, los que además tendrán derecho a una indemnización de cargo del empleador.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Luego, el artículo 77, inciso primero, del citado Estatuto Docente dispone, en lo que interesa, que si por la aplicación de las causales comprendidas en el artículo 22 de ese cuerpo legal, es adecuada la dotación y ello representa una supresión parcial de horas, los profesionales de la educación titulares que sean afectados, tendrán derecho a percibir una indemnización parcial proporcional al número de horas que dejen de desempeñar.

En ambos casos -supresión total y parcial-, el profesional afectado podrá reclamar de la medida adoptada de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 75 de la ley N°19.070, si estimare que hubo ilegalidad a su respecto.

A su turno, el aludido artículo 22 otorga a las municipalidades que fijan las dotaciones docentes comunales, la facultad de realizar adecuaciones en éstas, en virtud de las causales que la propia norma enumera, cuales son, variación en el número de alumnos, modificaciones curriculares, cambios en el tipo de educación que se imparte, fusión de establecimientos educacionales y reorganización de la entidad de administración educacional.

Como puede advertirse de la precitada normativa, las entidades edilicias, para ejercer la facultad de suprimir total o parcialmente las horas que sirven determinados profesionales de la educación, tienen que basarse obligatoriamente en la respectiva dotación docente aprobada, la que a su vez solo puede ser adecuada en los casos en que se verifique alguna de las situaciones que describe el artículo 22 y así conste en el PADEM pertinente, por ser aquél el instrumento que sirve de fundamento al ejercicio de esa facultad (aplica dictamen N° 31.719 de 2007).

Además, en el caso de la supresión total, el legislador ha establecido el procedimiento al que debe someterse el municipio para determinar al profesional de la educación afectado por tal medida.

Ahora bien, en atención a que la ley N° 19.070 ha regulado específicamente, tanto la causal de cese de servicios por supresión total de horas, como la supresión parcial, es dable concluir que en los casos en que alguna de esas medidas sea adoptada por un municipio, será necesario dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 73 y 77 de ese estatuto, respectivamente.

En este contexto, y en relación con el principio de la confianza legítima, cabe anotar que de acuerdo al criterio contenido en el mencionado dictamen N° 6.400, de 2018, dicho principio no aplica para aquellos casos en que la preceptiva que regula el empleo contempla una regulación especial al efecto, como ocurre en la especie.

Por ende, tratándose de la supresión de horas -total o parcial- siempre deberá recurrirse a la normativa prevista en los artículos 73 y 77 del Estatuto Docente, no siendo aplicables los criterios vinculados a la confianza legítima.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso aclarar que tal principio sí resulta aplicable a la causal de término de la relación laboral contenida en la letra d) del artículo 72 de la ley N°19.070, que dispone

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

que los profesionales de la educación que forman parte de una dotación docente del sector municipal, dejarán de pertenecer a ella por término del período por el cual se efectuó el contrato, puesto que no se prevé un procedimiento para hacerla efectiva; como asimismo, también corresponde su aplicación en el caso de una renovación por un plazo inferior.

Al efecto, debe recordarse que el dictamen N° 37.403, de 2017, precisó que cuando se haya generado en el docente la confianza legítima de que será prorrogada o renovada su designación como contratado, el decreto alcaldicio que materialice la no renovación del vínculo, o resuelva prorrogarlo por un lapso menor a un año, deberá dictarse y notificarse con treinta días de anticipación al inicio del año escolar de que se trate, conteniendo el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta.

Puntualizado lo anterior, cabe precisar que los reclamos de la especie dicen relación con la supresión de horas, y no con la no renovación de contrataciones o prorrogas por un tiempo inferior, por lo que procede referirse al cumplimiento de la normativa que regula dicha medida a fin de determinar si los municipios se ajustaron o no a derecho al aplicarla.

En cuanto a las reducciones de horas reclamadas por la señora García Navarrete, es pertinente indicar que de acuerdo a lo informado por la Municipalidad de Temuco, el año 2019 ella fue contratada para desempeñar labores docentes con cargo a la Subvención General por 7 horas, al igual que el año 2018; a la SEP por 10 horas, mientras que el año 2018 lo fue por 14 horas; y, al PIE por 1 hora, en tanto que para la anualidad precedente eran 2 horas.

Luego, de los antecedentes aportados aparece que la única comunicación efectuada a la interesada acerca de la reducción de su carga horaria para el año 2019, fue respecto de sus horas SEP, pues consta que por el ordinario N° 6.103, de 12 de noviembre de 2018, el jefe del Departamento de Administración de Educación Municipal de Temuco le comunicó que “un eventual nuevo nombramiento para el próximo periodo escolar, quedará sujeto al ajuste de dotación que se realizará en nuestros establecimientos educacionales, vinculado a la implementación del Programa de Mejoramiento Educativo, a los resultados de la evaluación de desempeño profesional realizada por el equipo de gestión de su establecimiento y al presupuesto disponible para cada unidad educativa SEP”.

Al respecto, cabe indicar que la supresión de horas dispuesta por el municipio de las horas SEP, no se fundó en alguna de las causales que contempla el artículo 22 de la ley N°19.070 para adecuar la dotación docente, ni aparece que se haya sustentado en el PADEM aprobado para el periodo 2019 -tenido a la vista-, sin que conste tampoco que se hubiere dado cumplimiento a dicha normativa respecto de las contrataciones vinculadas a la Subvención General y al PIE.

Por su parte, en relación con la señora Riveros Constanzo, consta de los antecedentes aportados que fue contratada por la Municipalidad de Pucón para desempeñarse durante el año 2019 en la Escuela José Miguel Martínez Soto por 40 horas cronológicas semanales, siendo dispuesta una nueva

contratación para el año 2020 por 35 horas en otro colegio de la misma comuna, lo cual implicó una reducción de su carga horaria y un cambio de establecimiento educacional, sin sujeción al procedimiento previsto en el artículo 77 del Estatuto Docente.

En consecuencia, las supresiones parciales de horas de que fueron objeto las señoras García Navarrete y Riveros Constanzo no se ajustaron a derecho, razón por la cual las autoridades comunales respectivas deberán adoptar las medidas pertinentes a fin de regularizar dichas situaciones, informando documentadamente de ello a la Contraloría Regional de La Araucanía en el plazo de 20 días hábiles, contado desde la recepción de este pronunciamiento. ([Volver](#))