

**Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público**

**N°134**

**Semana del 27 de diciembre de 2020 al 2 de enero de 2021**

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°134

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por S.E. el Presidente de la República, respecto del proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°9797-2020
Resumen	<p>El voto de mayoría sostuvo los siguientes fundamentos:</p> <p><b>El hecho de declarar inconstitucional una ley de reforma constitucional por parte del Tribunal Constitucional no implica un desconocimiento a las facultades parlamentarias, por cuanto lo que en ella se cuestiona es el ejercicio concreto de dicha potestad a través de un determinado proyecto. Entender lo contrario, es decir, que el actuar de un órgano estatal es incuestionable, eliminaría toda posibilidad de reclamo jurídico contra los actos de autoridad.</b></p> <p><b>En línea con lo anterior, negar la posibilidad de un control sustancial a una reforma constitucional se aparta de un principio básico de la hermenéutica constitucional, el cual es que las normas de la Constitución deben aplicarse como un todo.</b></p> <p><b>Por lo demás, la iniciativa exclusiva para establecer o modificar normas sobre seguridad social en el Presidente de la República, preceptuada en el artículo 65, inciso cuarto de la Constitución, ha sido así dispuesta por motivos basados en la experiencia práctica. Siendo así, y siguiendo una observancia rigurosa de los principios de juridicidad y supremacía constitucional, no es dable aceptar la duplicación o interferencia de funciones, ni aun arguyendo las circunstancias extraordinarias que vive el país.</b></p> <p><b>Finalmente, está vedado al legislador reformador de la Constitución alterar las bases fundamentales establecidas en ella, pues, si por efecto del artículo 6° de la Carta Fundamental, todas las leyes deben guardar conformidad con la Constitución y no simple compatibilidad con ella, la ley de reforma constitucional ha de detentar una estrecha afinidad con ella.</b></p> <p>El voto disidente de los ministros García, Pozo, Silva y Pica, sostuvo los siguientes fundamentos:</p> <p><b>Carece de objeto el requerimiento de inconstitucionalidad de un proyecto</b></p>	

de reforma constitucional, en la medida que este carece de texto como consecuencia de haber sido rechazado por el Senado y encontrándose pendiente la conformación de una Comisión Mixta que proponga la forma de resolver el conflicto suscitado entre las Cámaras. Consecuencia de lo anterior, es que el requerimiento ha perdido oportunidad.

En la misma línea, al no recaer el requerimiento en un proyecto determinado y por no configurarse estrictamente una cuestión de constitucionalidad, los reproches formulados son meramente abstractos y genéricos. Así, en los hechos, se está pidiendo el ejercicio de una función consultiva de la cual carece el Tribunal Constitucional, con la finalidad que su pronunciamiento pueda incidir en futuros proyectos de ley.

Ahora, desde una aproximación teórica al caso de marras, la máxima expresión del soberano se concreta por medio del ejercicio del poder constituyente originario, que elabora y establece su propio texto constitucional, como también a través del poder constituyente derivado, que actúa mediante las reformas que introduce a la Constitución. Sin embargo, para dar seguridad y primacía a la Constitución debe existir un proceso complejo para modificarla y protegerla de las mayorías cambiantes, debiendo siempre someterse a los requisitos que ella misma establezca.

En seguida, y habiéndose resuelto que resultaba aplicable el proceso legislativo a las reformas constitucionales, aparece que la diferenciación de la tramitación de un proyecto de reforma constitucional con un proyecto de ley está dada por lo que expresa y directamente determina una norma constitucional.

Abordado el asunto anterior, el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, más allá del control formal -es decir, un control material-, no es posible de concebir a partir de los preceptos constitucionales actuales, sin tener certidumbre sobre la fuente de sustentación de dicho control -atendida la falta de cláusulas de intangibilidad-. Lo anterior, pues del ejercicio de comparar el texto propuesto en una reforma constitucional con aquel existente hasta el momento, nunca será armónico, siendo posible la aprobación de reformas que vayan en contra de preceptos constitucionales vigentes, y en ese sentido, inconstitucionales. En definitiva, no basta concretar un control sin parámetro de control.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional no puede convertirse en un sustituto del poder constituyente, sino que debe ser un árbitro que resuelve un conflicto entre órganos cuando conoce de un requerimiento deducido por algún órgano legitimado que le plantea un conflicto jurídico para que lo resuelva ajustado a lo que la propia Constitución determina.

Sobre el asunto particular de las disposiciones transitorias, ellas no solo regulan la vigencia temporal o territorial de las normas constitucionales o de sus reformas, pues estas pueden regular materias sustantivas o excepcionales, sea dentro de la lógica de la temporalidad e instantaneidad,

sea como materias permanentes. Asimismo, tales reglas modifican en lo que sea pertinente el texto original y vigente de la Constitución.

Entre las características de las disposiciones transitorias encontramos (1) su naturaleza constitucional, (2) su autonomía competencial, (3) las relaciones no dependientes entre norma permanente y disposición transitoria, (4) las disposiciones transitorias no decaen, se derogan, (5) pueden regular materias permanentes y (6) el predominio de un sentido temporal.

Ahora bien, en relación con el quórum de los 2/3, establecido por el artículo 127 de la Constitución, este solo se aplica cuando la reforma en cuestión recae en alguno de los capítulos que indica, aplicándose, en caso contrario, el quórum general de los 3/5 que se necesita para la reforma de cualquier otra disposición. En consideración a lo anterior, el Tribunal Constitucional sólo debería declarar contrarios a la Carta Fundamental aquellos vicios de forma que han influido decisivamente en el resultado y siempre que no hayan sido después corregidos durante su misma tramitación, siendo improcedentes los cuestionamientos meramente hipotéticos.

Vinculado a lo anterior, no es posible extender la iniciativa exclusiva presidencial para determinadas materias de ley establecida por el artículo 65 de la Carta Fundamental, a una especie de iniciativa exclusiva en materia de reformas constitucionales, pues en tal caso se lesiona el principio de separación de poderes. Lo anterior, pues de aceptarse esta extensión, se contraviene el texto expreso de la Constitución, ampliando potestades más allá de su hipótesis, e infringiendo abiertamente el artículo 7° constitucional.

Argumentos disidentes del ministro Juan José Romero:

En la producción de normas legales y constitucionales participa el Presidente de la República y el Congreso, resolviéndose las discrepancias entre ambos según el grado de apoyo o consenso que sea capaz de recibir determinado proyecto. Esta es la razón de que el veto del Presidente a un determinado proyecto de ley o de reforma constitucional pueda ser superado por la insistencia de 2/3 de los diputados y senados presente y en ejercicio, respectivamente. Quedando, además, la posibilidad de que la decisión definitiva se adopte a través de un plebiscito, en los casos de una reforma constitucional.

En otro aspecto, no hay un vínculo entre los principios de supremacía constitucional y de juridicidad con la regla constitucional del artículo 65 de la Constitución. En seguida, el principio de supremacía constitucional confirma la existencia de una jerarquía normativa que tiene en su cúspide a las normas constitucionales. Así, lo señalado subraya la especial dignidad de una norma constitucional versus una de jerarquía legal, lo cual es relevante de considerar al momento de efectuarse el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. ([Ver hechos y](#)

	<a href="#">fundamentos del caso</a> )
Fecha	30 de diciembre de 2020

**JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA**

Dictamen	<b>Dictamen N°E64.071</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>En presencia de un acto irregular a la autoridad no sólo le asiste la facultad, sino que se encuentra en el imperativo de iniciar un procedimiento de invalidación de sus actos contrarios a derecho. Así, si en el contexto de una gran compra pública, la empresa cuya oferta resulta adjudicada debe cumplir con todas las especificaciones técnicas señaladas en las normas que rijan este proceso. De verificarse un incumplimiento en el sentido indicado, cabe concluir que la oferta en cuestión adoleció de vicios que afectaron su validez, por lo que corresponde invalidar la selección de ese participante en su caso. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	29 de diciembre de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E64.056</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>La circunstancia de no encontrarse debidamente justificado en el correspondiente plan regulador comunal que, pese a haberse establecido áreas de riesgos por incendio al interior del área comunal en el pertinente estudio, el mismo haya determinado que resultaba inoficioso definir zonas de riesgos por dicha causa, se subsana en la medida que la SEREMI de Vivienda y Urbanismo correspondiente requiera al municipio correspondiente que aborde esta materia; y en tanto la entidad edilicio introduzca las precisiones solicitadas a fin de justificar el real sentido y alcance de la planificación que adoptó. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	29 de diciembre de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E64.061</b>
Órgano	Contraloría General de la República

## ZÚÑIGA – CAMPOS

### ABOGADOS

Resumen	<b>En materia contractual debe primar el respeto al principio de equilibrio económico de las prestaciones mutuas, el que se traduce en el acatamiento de las condiciones fijadas para la presentación de las ofertas y de ejecución del contrato, en lo que respecta a la equivalencia de las cantidades de obras y su precio. Asimismo, en el ámbito de los contratos administrativos el elemento de riesgo y ventura aparece modificado o alterado por diversas situaciones que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración, cuando, en definitiva, ella ha participado en su ocurrencia. Por esta razón, en los casos en que esto ocurra, será de cargo de la Administración restablecer el equilibrio económico de las prestaciones mutuas afectado, por ejemplo, por su demora en aceptar la oferta de un contratista que participó de un proceso licitatorio, ya que no procede exigir que los oferentes prevean tales retrasos más allá de los plazos que la normativa indica. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	29 de diciembre de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E64.075</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>El Fondo de Desarrollo de Magallanes constituye un patrimonio de afectación de recursos públicos, destinado al cumplimiento de los fines que la ley N° 19.275 le ha fijado, esto es, la ejecución de proyectos de fomento y desarrollo de la región, debiendo destinarse un 25% de los caudales que genera anualmente, a la provincia de Tierra del Fuego, e igual porcentaje para la provincia de Última Esperanza. Asimismo, compete al consejo regional resolver la distribución de estos recursos públicos, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a la Corporación de Fomento de la Producción como unidad ejecutoria de tales haberes y al Ministerio de Desarrollo Social en su deber de evaluar la rentabilidad social y económica de los proyectos de inversión; entidades públicas todas que deben actuar conforme a los principios de coordinación, a velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y al debido cumplimiento de la función pública. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	29 de diciembre de 2020

Dictamen	<b>Dictamen N°E64.059</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>Las normas sobre reajuste de remuneraciones, asignaciones, beneficios y demás retribuciones e dinero, reguladas por en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley N°21.196, no ha efectuado distinciones en relación a la extensión</b>

	de la jornada laboral de aquellos funcionarios afectos al sistema remuneracional contemplado en el artículo 5° del decreto ley N°3.551, de 1980. En consecuencia, no procede que se aplique el incremento del reajuste en comento de manera proporcional a la jornada que cumpla un trabajador, toda vez que el inciso décimo, del artículo 1° de la Ley N°21.196 solo resulta aplicable a aquellos trabajadores del sector público que no estén afectos a alguno de los sistemas remuneracionales señalados en los incisos tercero a sexto, del mencionado precepto y cuya remuneración bruta sea de un monto igual o inferior a \$3.000.000. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	29 de diciembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E64.247
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En razón de la emergencia ocasionada por la pandemia del COVID-19, los jefes superiores se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía, pudiendo determinar las unidades o grupos de servidores que deberán permanecer realizando las labores mínimas en forma presencial, para garantizar la continuidad del cumplimiento de las funciones indispensables de los servicios públicos Bajo esta modalidad, no son aplicables las reglas que rigen la jornada ordinaria y extraordinaria de las Leyes N°18.834 y N°18.883, por lo que quienes se desempeñen bajo la modalidad de trabajo a distancia no pueden realizar labores extraordinarias ni se retribuidos por estas. ( <a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a> )
Fecha	30 de diciembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E64.225
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Procede efectuar el pago a los proveedores en los casos en que los contratos no se cumplan de acuerdo a lo pactado producto del cierre total o parcial de las oficinas e instalaciones de los órganos públicos, en lo inmediato, siempre que los proveedores mantengan vigentes los contratos de los trabajadores adscritos al respectivo acuerdo de voluntades y acrediten el cumplimiento del pago de sus remuneraciones y de las obligaciones de seguridad social. Asimismo, dado que la imposibilidad de que se continuaran prestando los servicios se produjo como consecuencia de las medidas adoptadas por la autoridad, se ha configurado un caso fortuito.

ZÚÑIGA – CAMPOS  
**ABOGADOS**

	<b>En relación con lo señalado, la exigencia de que el proveedor acredite que mantiene vigentes los contratos de trabajo del personal adscrito al contrato administrativo, así como de encontrarse dando cumplimiento a las obligaciones laborales y previsionales, será obligatoria sólo en la medida que el contratista cuente con trabajadores vinculados al respectivo contrato.</b> <a href="#">(Ver hechos y fundamentos del dictamen)</a>
Fecha	30 de diciembre de 2020



JURISPRUDENCIA JUDICIAL

**1.- Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por S.E. el Presidente de la República, respecto del proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales. Tribunal Constitucional, Rol N°9797-2020, de 30 de diciembre de 2020.**

**Hechos del caso:** El Presidente de la República, el Ministro de Hacienda, el Ministro Secretario General de la Presidencia y la Ministra del Trabajo, formularon requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, que autorice a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el Decreto Ley N°3.500, de 1980, en forma voluntaria y excepcional, a realizar un segundo retiro de hasta el 10% de los fondos acumulados en sus cuentas de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 U.F. y como mínimo 35 U.F.

**Fundamento:**

El voto de mayoría sostuvo los siguientes fundamentos:

*CUARTO: Que, enseguida, interesa clarificar que, del hecho de declararse inconstitucional una ley de reforma constitucional, no se sigue lógicamente que el Tribunal Constitucional esté desconociendo las facultades parlamentarias para promover reformas constitucionales, pues no son ellas lo cuestionado acá, sino que el ejercicio concreto de dicha potestad a través del Proyecto referido.*

*Sostener lo contrario, de que todo lo que un órgano estatal haga o deje de hacer sería incuestionable, por incidir en lo que él mismo estima son sus prerrogativas intocables, conduciría al absurdo de eliminar toda posibilidad de reclamo jurídico contra los actos de la autoridad, extremo que no encuentra asidero alguno en el derecho público chileno, según más adelante se detallará [...]*

*SEPTIMO: Que, la circunstancia de que el Capítulo XV de la Carta no prevea allí límites materiales a la ley de reforma constitucional, como enfatiza la Cámara de Diputados en este caso (fs. 1036), no implica que no las tenga, muy explícitamente, en aquella parte de la misma Constitución destinada a estos efectos. Tal como el artículo 66, al reglar las distintas mayorías parlamentarias con que han de aprobarse las leyes, tampoco indica lindes sustanciales o materiales, es obvio, sin embargo, que le son enteramente aplicables los límites al poder político que contemplan los capítulos I, “Bases de la Institucionalidad”, y III, “De los derechos y deberes constitucionales”, que estatuye el ordenamiento supremo vigente.*

*Negar este criterio importa atribuirse una exención improcedente y apartarse de un principio básico de hermenéutica constitucional, cual es que las normas de la Constitución deben aplicarse como un*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

solo todo y que, a menos que algunas de ellas consagren excepciones expresas o casos especiales donde no cabe su concordancia íntegra, están llamadas a producir efectos directos e inmediatos de manera armónica, sin que la aplicación de una pueda conducir a la ineficacia de otra (STC Roles N°s. 46-87; 280-98, y 1185-08).

Si, por lo demás, la propia Ley de Reforma Constitucional N° 21.200, al consagrar la posibilidad de contar con una nueva Carta Fundamental, dispuso que en todo caso ésta debe respetar ciertos principios básicos, como el carácter de República del Estado de Chile y su régimen democrático, entre otros (artículo 135), con cuanta mayor razón una mera reforma a la Constitución vigente no puede sustraerse de respetar sus normas esenciales, sin riesgo de asumir un carácter insular incompatible con su necesaria inserción dentro de un sistema jurídico coherente y unitario [...]

DECIMOCUARTO: Que, establecido el poder-deber que recae sobre el Tribunal Constitucional para examinar los posibles vicios de forma y de fondo que aquejarían a un proyecto de ley de reforma constitucional, y que la tantas veces demandada “deferencia para con el legislador” no comporta pasar por alto sus antijuridicidades, aunque las inspire un benévolo o vehemente propósito, en todo caso conviene puntualizar que no por ello cualquier defecto adventicio o secundario podría justificar una declaración de inconstitucionalidad, sin dañar el sentido de las proporciones.

Es en este entendido que la presente sentencia encontrará justificación en la infracción directa a las disposiciones que se señalarán de los capítulos I y III de la Constitución, plenamente vigentes, en tanto y en cuanto representan la esencia de un Estado de Derecho. Las que, por eso, no distan medularmente de aquello que es la nota distintiva de cualquier constitución, según preceptuara en 1789 la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución” (artículo 16) [...]

DECIMOCTAVO: Que, al estudiarse la Constitución actual, la Comisión redactora estuvo por incluir en ella “especiales atribuciones al Presidente de la República para ejercer la administración económica del país (...) Al efecto como se verá al tratar de las atribuciones de carácter legislativo del Presidente de la República, amplía considerablemente la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en todas aquellas materias administrativas, económicas, financieras, previsionales y otras que, en general, pueden importar gastos al erario” (STC Rol N° 2025-11, considerando 37°).

Lo que vino a corroborar el Consejo de Estado, al hacer presente que dicha iniciativa exclusiva en manos del Presidente de la República persigue “desterrar de nuestra política otro mal gravísimo (...) la irresponsabilidad parlamentaria (...) agravada (pese a las esforzadas y laudables iniciativas en contrario desplegadas por algunos Presidentes de la República) por las facilidades que la distorsión de los textos constitucionales vigentes hasta ayer les brindaban, en sus pretensiones de coadministrar el Estado y de entrometerse en los mecanismos financieros” (STC Rol N° 2025-11 citada).

*De allí que el texto vigente del artículo 65, inciso cuarto, constitucional, no pueda ser más claro y concluyente en este orden de temas, al prevenir que “Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 6°. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”;*

*DECIMONOVENO: Que, como se puede observar, la residencia de este género de asuntos en el Jefe de Estado no ha obedecido al mero afán teórico de exacerbar el régimen presidencial; tampoco a razones inmoderadas de ocluir el parlamentarismo o toda acción del Congreso Nacional. Lo ha sido, si bien se repara, por motivos basados en la experiencia práctica y que el presente caso contribuye a corroborar.*

*Puede concederse entonces que el Proyecto de Ley examinado no “modifica” formalmente las normas de seguridad social imperantes, como han puesto de resalto las defensas de órganos legislativos en estos autos. Pero no puede desconocerse que éste obviamente “incide” en el sistema vigente de seguridad social, al producir aquellos efectos o consecuencias que -como es de público conocimiento- han hecho notar destacados personeros del Banco Central y del Ministerio de Hacienda, tanto como especialistas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, y del Banco Mundial [...]*

*VIGESIMOSEGUNDO: Que, el debido respeto a este marco normativo, amerita una jurisdicción que preserve “la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales”, tal como ha subrayado esta Magistratura en STC Rol N° 591-06 (considerando 8°).*

*Cree, en este entendido, el Tribunal Constitucional que el Proyecto de Ley objetado absorbe una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida solo por medio de una ley de quorum calificado de exclusiva iniciativa presidencial, sin que a los órganos parlamentarios les sea dable capturarla a pretexto de acontecer una situación “excepcional” o arguyendo el aforismo de que “si puede lo más (reformular la Constitución), puede lo menos (legislar)”, comoquiera que ello distorsiona completamente los preceptos constitucionales pre copiados, que revisten la calidad de normas de derecho público y no de derecho privado, donde sí se puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido;*

*VIGESIMOTERCERO: Que, como corolario de lo anterior, fuerza colegir que es la observancia rigurosa de los principios reseñados lo que obsta aceptar la duplicación o interferencia de funciones, al traducir esta situación una anomalía institucional ampliamente rechazada en la legislación nacional, desde que riñe, naturalmente, con cualquier noción de orden y buen gobierno.*

*De allí que, como antes se señalara, en el régimen jurídico chileno no puede tener lugar la sobre constitucionalización; a menos que se asuma el riesgo de que empleando el arbitrio de una sedicente*

*reforma constitucional, una mayoría amparada en lo excepcional y en el no ejercicio por parte de su legítimo titular, pueda legislar, reglamentar y hasta llegar a sentenciar.*

*Por tanto, dado que la materia de que se trata solo puede ser objeto de una ley de quorum calificado de iniciativa presidencial, con arreglo a la normativa constitucional vigente, el autor del Proyecto de Ley cuestionado carece de competencia para actuar en la misma; sin que su injerencia en dicha competencia ajena se valide por enfrentar el país circunstancias extraordinarias o a pretexto de una supuesta falta de acción del gobierno constituido [...]*

*VIGESIMOSEPTIMO: Que, luego, obligado es decir que el derecho a la seguridad social no es de aquellos que pueda ser afectado durante los estados de excepción constitucional, regulados taxativamente en los artículos 39 y siguientes de la Constitución.*

*De donde se sigue que “el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19”, que motiva el Proyecto de Ley objetado, no constituye causal constitucional que permita distraer los fondos previsionales de una manera que, a la postre, puede terminar por consumirlos o dejarlos exangües para cumplir efectivamente su destino original.*

*No es éste el medio único o necesario para “mitigar los efectos sociales derivados de un estado de excepción constitucional”, como postula el Proyecto de Ley, comoquiera que a estos fines el principio de subsidiariedad y el deber del Estado de dar protección a la población, recogidos en la Carta, en su artículo 1º, incisos tercero y cuarto, lo instan a brindar su ayuda económica a los damnificados, tal como lo ha hecho al dictar la Ley N° 21.252, que estableció un aporte fiscal para la protección de los ingresos de la clase media en los casos que indica [...]*

*VIGESIMONOVENO: Que, desde el ángulo de las garantías normativas que cautelan el derecho a la seguridad social, corresponde recordar que el artículo 127, parte segunda del inciso primero, de la Constitución, prescribe que aquel proyecto de reforma constitucional que recayere -venir a pararsobre los capítulos I y III, entre otros, necesitará en cada Cámara la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.*

*Así lo ha entendido, invariablemente, el poder constituyente derivado cada vez que ha aprobado reformas constitucionales que inciden en esos capítulos que, conforme al citado artículo 127, deben aprobarse por las dos terceras partes de los parlamentarios en ejercicio, como puede verificarse, por ejemplo, con las disposiciones transitorias vigésimo primera y vigésimo cuarta [...]*

*TRIGESIMOSEGUNDO: Que, tocante a la presente cuestión, resulta imprescindible agregar que el Tribunal Constitucional concuerda con lo expresado en la Sesión N° 409, de 10 de agosto de 1978, por la Comisión redactora de la Nueva Constitución, donde dejó constancia que “las bases inamovibles de la institucionalidad no pueden ser objeto de reforma*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*constitucional”, lo que da cuenta de la imposibilidad de que el legislador reformador de la Constitución pueda alterar las bases fundamentales establecidas en ella.*

*Más aún si la doctrina más autorizada refuerza este parecer. Don Alejandro Silva Bascuñan, al comentar la imposibilidad del poder constituyente derivado de “atentar a la forma general las instituciones”, expresó en palabras que no pueden sino encontrar eco en este fallo, que “[t]al conclusión parece imponerse más claramente cuando el mecanismo de reforma consagrado en el documento ni siquiera consulta necesariamente la intervención del electorado en el proceso modificadorio, puesto que así, sin consentimiento directo del titular” (Tratado de Derecho Constitucional, 1997, Tomo I, punto 61, página 109);*

El voto disidente de los ministros García, Pozo, Silva y Pica, sostuvo los siguientes fundamentos:

*32.- El ejercicio de la jurisdicción reconoce como objeto al proceso, en tanto medio de resolución de conflictos, el cual a su vez requiere de presupuestos de existencia, uno de los cuales es un conflicto actual, de relevancia jurídica, que será el objeto del proceso específico. Así, el texto cuestionado hoy no es un proyecto de norma, pues el proyecto carece de texto vigente, de lo que deriva que este proceso hoy carece de objeto al ser dirigido en contra de un texto que a este día no es el proyecto de norma al estar rechazado, dejando en evidencia que el texto del proyecto es una verdadera hoja en blanco al día de hoy.*

*33.- El requerimiento entonces ha perdido oportunidad, por cuanto actualmente no existe una cuestión de constitucionalidad entre los poderes colegisladores que lleve a que este Tribunal ejerza un control jurídico sobre la norma que cuestiona.*

*El supuesto perjuicio que se pretende evitar mediante el presente requerimiento hoy no existe. No existe porque finalmente los órganos colegisladores acordaron cumplir la idea matriz del proyecto de retiro de los fondos previsionales en los términos planteados mediante otro proyecto de ley. Así, el llamado “segundo retiro” y su cuestión constitucional, hoy no existe, en tanto fue resuelto en el seno del Congreso Nacional, mediante la ley N° 21.295, cuya promulgación fue el 04 de diciembre de 2020 y publicado en el Diario Oficial el 10 de diciembre de este año. Por lo tanto, el procedimiento de tramitación legislativa sobre el llamado “2° retiro del 10 por ciento” fue resuelto al interior del Congreso Nacional, quedando la cuestión de constitucionalidad al margen de la discusión en tanto su contenido fue sancionado mediante ley N° 21.295, publicada el 10 de diciembre de 2020, y que tiene a los chilenos hoy solicitando su segundo retiro por los devastadores efectos económicos y sociales producidos por la pandemia del COVID – 19.*

*34.- Al tiempo en que se discutía en la Cámara el proyecto de reforma constitucional, el Presidente de la República inició un proyecto de ley que, aunque son ligeras diferencias, persiguió el mismo objeto del referido proyecto por cuanto autoriza a los afiliados a una AFP a realizar un retiro único y*

extraordinario de un 10% de sus fondos previsionales. En efecto, como sostuvo uno de los votos en contra de la admisión a trámite del requerimiento: “La asociación de ambos proyectos, esto es, el de reforma constitucional y la iniciativa legal, resulta obligada, porque ambos persiguen el mismo propósito y, en tal sentido, su trámite legislativo está interconectado, de suerte que el éxito o fracaso de uno incide en la tramitación del otro”.

35.- En tal sentido, “estando el proyecto en situación de ser nombrada la Comisión Mixta, dicha regla constitucional precave la fórmula de solución de conflictos respecto de proyectos aprobados por una cámara y rechazados por otra (...) En consecuencia, el conflicto planteado respecto del proyecto de reforma constitucional quedó al amparo de decisiones que se pueden adoptar, conforme al artículo 70 de la Constitución, de un modo tal que el Presidente de la República tiene una fórmula práctica para impedir su continuidad. Y, a la vez, el Congreso Nacional puede transformar dicha tramitación en una decisión puramente administrativa que derive en evidenciar la inexistencia de un conflicto normativo en este caso” (c. 9º).

36.- Al no recaer el requerimiento en un proyecto determinado y por no configurarse estrictamente una cuestión de constitucionalidad, los reproches que formula son meramente abstractos y genéricos. Lo que busca en definitiva el requirente es que este Tribunal, a través de su sentencia dé a conocer una opinión respecto de los reproches que se plantean, de manera que, acogiendo el requerimiento, la doctrina de la sentencia tenga repercusión e impongan límites a eventuales actuaciones futuras que provendrían del Parlamento en ejercicio del poder constituyente derivado que se le ha confiado.

37.- Entonces, a través de este requerimiento se le pide al Tribunal Constitucional ejercer una función consultiva de la que carece, como ha señalado esta Magistratura cuando tuvo por no presentado un requerimiento que tenía esa finalidad, al explicar que “la atribución del Tribunal Constitucional es resolutoria no consultiva, por lo cual necesariamente debe resolver un problema” (STC 6662, c. 9º). En el mismo sentido, en la causa Rol N° 23-84 expuso que el Tribunal Constitucional “es un órgano jurisdiccional a quien la Carta Fundamental le ha confiado la misión de resolver cuestiones de constitucionalidad concretas que se susciten entre los órganos colegisladores (...) El Tribunal Constitucional, pues, no es un órgano de consulta sobre el sentido y alcance de la preceptiva constitucional que pueda incidir en futuros proyectos de ley, ni tampoco está autorizado para emitir dictámenes durante la tramitación de dichos proyectos, sobre materias jurídico constitucionales abstractas o generales”(c. 6º).

38.- Siendo entonces el Tribunal Constitucional un órgano al que sólo se le permite ejercer las facultades que explícitamente le otorga la Constitución y que, por ello, tales atribuciones son de derecho estricto, no es un cuerpo asesor o de carácter consultivo, ya que sólo puede pronunciarse en las materias que la Carta Fundamental señala y a petición de un órgano o persona legitimada para requerirlo si es que el constituyente le haya otorgado esa característica [...]



44.- *Ahora bien, la máxima expresión del soberano se concreta por medio del ejercicio del poder constituyente originario, que elabora y establece su propio texto constitucional, como también a través del poder constituyente instituido o derivado, el cual actúa mediante las reformas que introduce a la Constitución y que se entienden incorporadas a su texto. Es que, si bien las constituciones buscan tener estabilidad en el tiempo, deben contemplar mecanismos que permitan adecuar su texto a nuevas exigencias, sobre todo a aquellas que no fueron previstas al momento de ser aprobado. Sin embargo, para dar entonces seguridad y primacía a la Constitución, por un lado, debe existir un proceso complejo para modificar la Constitución para protegerla de las mayorías cambiantes y, por otro lado, debe permitirse la reforma siempre que se respeten los requisitos que ella misma establezca. La reforma entonces intenta encontrar una respuesta a un conflicto que es esencial para la propia vida del Estado constitucional, por cuanto busca salvar “[t]anto el principio democrático como el principio jurídico de supremacía constitucional, configurando un poder especial entre el poder constituyente originario y el poder constituido ordinario” (De Vega, Pedro (1985). Ob. cit., p. 22), encontrándose el poder constituyente derivado subordinado al poder constituyente originario, pero por encima de los demás poderes estatales instituidos con facultades normativas, como son el Gobierno, el Congreso, el Poder Judicial (Nogueira Alcalá, Humberto (2008). “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional”. Revista Ius Et Praxis. 2008. p. 240).*

45.-*No obstante, debe tenerse presente que, aun cuando el poder derivado debe ajustarse al procedimiento señalado en la Carta Fundamental, tiene la misma legitimidad política que el que le dio su origen y, en tal sentido, actúa también como poder soberano al momento de llevarse a cabo la reforma. Ello se explica porque, como asegura Miguel Carbonell, “[l]os vínculos entre democracia y reforma constitucional son insoslayables. De hecho, la posibilidad de que una Constitución sea reformada es una de las mejores y más acabadas expresiones de su propia legitimidad (es decir, de su capacidad para reclamar obediencia voluntaria para sus mandatos por parte de los sujetos a los que pretende regular): en tanto puede ser cambiada, todos deben en principio obedecerla y, en caso de discrepar de sus prescripciones, deben intentar el cambio por la vía constitucional exclusivamente (la de la reforma), sin que sea posible apelar a ningún tipo de traba jurídica como legitimación para salir del orden constitucionalmente establecido” (Carbonell, Miguel (2008). Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México. México. Ed. Porrúa, p. 218).*

46.- *Sin embargo, cabe constatar en el pleno teórico, que el requirente pretende reclamar, sin norma expresa, para sí y solo para sí, el poder constituyente derivado respecto a aquellas materias que legalmente pertenecen a la iniciativa exclusiva, limitando materialmente el poder constituyente derivado, al extender los alcances del texto constitucional con un sentido que transgrede el principio de supremacía constitucional (art. 6° y 7°), el principio democrático y republicano (art. 4°); el principio de soberanía (art. 5°) y las propias atribuciones especiales del Presidente de la República que lo limitan a los proyectos de ley (artículo 32, N° 1) y al plebiscito de reforma constitucional (artículo 32 N° 4 en relación con el artículo 128 de la Constitución) [...]*

59.- *Respecto de la tramitación del proyecto de reforma, es del caso señalar que a lo largo del período 1990-2005 los órganos constituyentes derivados han dado tramitación de proyecto de ley a las reformas constitucionales, agregando en lo pertinente las formalidades del capítulo de reforma constitucional contenido en la Constitución de 1980.*

60.- *De lo anterior, se concluye que el problema de dudar si era o no aplicable el proceso legislativo a la reforma constitucional surge sólo con el advenimiento de la Constitución de 1980, y en realidad sólo desde la instalación del Congreso el 11 de marzo de 1990, hasta la dictación de la ley 20.050, pues desde 1833 hasta el 11 de septiembre de 1973, las normas de los propios textos constitucionales, la práctica del proceso legislativo y el propio sistema político hicieron que no cupiera duda alguna que la respuesta era afirmativa sin excepción alguna, a lo que se agregaban las formalidades especiales y agravadas propias del procedimiento de reforma constitucional, que no eran más que las establecidas expresamente.*

61.- *Este cambio aparente trajo una serie de complicaciones, tales como la facultad de insistir, las indicaciones, la formación de comisiones mixtas ante el rechazo en una cámara, etc.; frente a ésta última cuestión se señaló que estar en presencia de un verdadero “vacío constitucional” † (que parecía ser más aparente que real), por la suerte de nebulosa normativa que se produciría respecto de ciertas situaciones durante la tramitación de la reforma constitucional, vacío que en realidad significaba la omisión de algunos trámites -comisión mixta por ejemplo- y que vino a ser “llenado” o “cubierto” mediante un importante cambio normativo, que es la norma del nuevo artículo 127, instituido por la reforma de la ley 20.050, que hace aplicables expresamente las normas de formación de la ley en lo no reglado expresamente a propósito del procedimiento de reforma, con el límite del respeto de los quórums de reforma constitucional.*

*A la luz de lo expuesto, entonces es necesario concluir que la diferenciación de la tramitación de un proyecto de reforma a la constitución y de un proyecto de ley en sentido estricto está hoy dada por lo que expresa y directamente determine una norma constitucional que es diferente.*

62.- *Tampoco cabe confundir la función que se le entrega al Tribunal Constitucional de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales de aquella que le compete cuando el control recae sobre fuentes de derecho que tienen una jerarquía inferior a la de la Carta Fundamental.*

*Ello es consecuencia de que la finalidad que persiguen es diferente. En el caso del control sobre reformas “[e]l objeto del control está representado por normas de rango super-primario, dotadas de fuerza para modificar, mediante un cambio, una adición o abrogación, una parte de la Constitución” (Ragone, Sabrina (2012). Ob. cit., p. 191). Según Pedro De Vega, la reforma constitucional actúa, en primer lugar, “[c]omo un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía” (De Vega (1985). Ob. cit., p. 67).*



*Tales finalidades no se dan estrictamente en la ley porque ésta, teniendo una jerarquía inferior a la de la Carta Fundamental, busca regular y concretar -en reglas generales, abstractas y predeterminadas- los valores, principios y reglas contenidas en ella.*

*Las particularidades de las reformas constitucionales explican que el procedimiento para aprobarlas sea diverso respecto al común aplicable a la legislación, exigiéndose un consenso más elevado que la usual mayoría relativa u otra forma de agravamiento [...]*

*80.- La auto u hetero asignación de poderes de control de reforma constitucional, no exime de la tarea intelectual de identificar la frontera desde la cual se realiza el control y dónde la sustitución. El examen de constitucionalidad de una regla constitucional exige una técnica interpretativa que resulta ajena al deber de esta Magistratura puesto que implicaría sujetar los contenidos constitucionales a una interpretación particular ajena a las formas y competencias que la propia Constitución requiere.*

*A este respecto, el control de constitucionalidad material de reforma constitucional encierra un problema conceptual: las constituciones se reforman para que su texto exprese algo diferente de lo que expresan al momento de ser reformadas, por lo que si se compara el texto propuesto con el texto existente nunca serán armónicos, lo que en clave de control de constitucionalidad toda reforma sería siempre inconstitucional. Es por ello que para sostener la existencia de un control material -y no solo formal- de reforma constitucional se requiere como presupuesto necesario alguna cláusula pétrea, intangible o inmutable que constituya el parámetro de control.*

*Por lo mismo, este es un problema no solo normativo, sino que principalmente metodológico. No es posible concebir, a partir de los propios artículos 6° y 7° de la Constitución y fuente de actuación, sin tener certidumbre sobre la fuente de sustentación de dicho control. El problema metodológico se inicia con la singularización del artículo 93, numeral 3° de la Constitución, pero está lejos de terminar ahí. Por lo mismo, buena parte de esta tarea le compete a quién recurre en un caso tan excepcional [...]*

*99.- Se ha sostenido que “el control de constitucionalidad de una reforma es, probablemente, el fragmento más delicado de toda la teoría del control de la producción estatal, en razón de que tal enjuicia y pone en evidencia quien tiene la última palabra de la arquitectura del poder y los derechos fundamentales. Visto desde esta óptica, el control jurídico se trataría, por decirlo de una vez y en pocas palabras, de la competencia de las competencias; a la función específica consistente en interpretar los significados de la realidad constitucional, los jueces agregarían la potestad de constituir las reglas mismas” (Ferreyra, Raúl Gustavo (2007). Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad. México. Ed. Porrúa, pp. 153-154).*

*100.- El Tribunal Constitucional no puede convertirse en un sustituto del poder constituyente, sino en un mero árbitro que resuelve un conflicto entre órganos cuando conoce de un requerimiento deducido por algún órgano legitimado que le plantea un conflicto jurídico y normativo para que lo resuelva ajustado a lo que la propia Carta Fundamental determina. En ese sentido, tiene una*

*competencia muy acotada, debiendo actuar con prudencia y conforme a los principios de deferencia y de interpretación conforme a la Constitución, reconociendo la esfera de discrecionalidad de que goza el poder reformador. No hacerlo así conlleva el peligro de atentar en contra de su propia legitimidad al enfrentarse con un poder que es muy fuerte desde la perspectiva democrática: el poder constituyente derivado o reformatorio de la Constitución.*

101.- Cabe recordar al respecto que este Tribunal ha expresado que la autonomía del legislador -y por cierto también y, con mayor razón la del poder constituyente derivado- “comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa”(STC Roles Nos. 1219, c. 10 y N° 1295, c. 28), sin que le competa emitir un juicio de mérito técnico o político sobre ella (STC Roles N° 141, c. 26°; 465 c. 22°; 1838 c. 36°; 2487 c. 15°, entre otras), por cuanto esta Magistratura “no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales” (STC Rol N° 517 c. 12°). Es por ello que este Tribunal no puede incorporar “a los fundamentos de sus resoluciones cualquier elemento de ese carácter” (STC Roles N° 231, c. 7° y N° 242 c. 3°), debiendo “prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual” (STC Rol N° 325, c. 38). Tampoco está facultado para cuestionar “la precisión, completitud y eficiencia de la ley”, ya que no puede sustituir “el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea” (STC Rol N° 1295, c. 2). En definitiva, como el Tribunal Constitucional sólo ejerce un control de juridicidad o jurídico, vinculado a la constitucionalidad de los preceptos legales, y no un control político o de las “cuestiones políticas”, porque esto último es facultad privativa del órgano legislativo, ha de respetar el principio del “judicial restraint” –es decir, de la auto limitación judicial- o también llamado de la “deferencia razonada” o de la “corrección funcional”, el cual -según Pérez Luño- “[o]bliga al intérprete a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución” (Pérez Luño, Antonio E. (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid. Ed. Tecnos, 10° ed., p. 283), para así no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución [...]

110.- El requerimiento reprocha además que la regla del proyecto de reforma se haya incorporado a través de una disposición transitoria. Según el Diccionario de la Lengua Española, transitorio es “que tiene una duración limitada, que no es para siempre”, “que dura relativamente poco tiempo”, es decir, tal vocablo se opone a lo permanente, aplicándose a normas de diferente jerarquía.

Por su parte, el Diccionario Panhispánico del español jurídico señala que las disposiciones transitorias “deberán utilizarse con criterio restrictivo y delimitar de forma precisa la aplicación temporal y material de la disposición transitoria correspondiente e incluirán por su orden: regulación autónoma de la anterior y nueva normativa para situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor; las que declaren la pervivencia o ultraactividad de la norma antigua respecto de situaciones

*jurídicas anteriores a la entrada en vigor de la nueva normativa; las que declaren la aplicación retroactiva o inmediata de la norma nueva para situaciones ya creadas al amparo de la anterior norma; las que declaren pervivencia de la antigua para situaciones jurídicas creadas después de la entrada en vigor de la nueva; y las que regulen de modo autónomo y provisional situaciones jurídicas que se produzcan después de la entrada en vigor. No podrán tener carácter de transitorias las que difieren la aplicación de determinados preceptos sin que esto implique la pervivencia de un régimen jurídico previo, y las que dejen de tener eficacia cuando se apliquen una sola vez.” Por lo tanto, de acuerdo a tal definición, es posible regular situaciones jurídicas de forma autónoma y provisional mediante disposiciones transitorias, lo que no constituye una novedad en la práctica que de ellas ha hecho el constituyente derivado chileno.*

111.- *Ahora bien, la necesidad de dictar disposiciones transitorias para incorporarlas al texto constitucional se explica en que “no obstante la inherente inseparabilidad lógica y normal de la cualidad de inmutable de la regla constitucional, el establecimiento de ésta provoca de ordinario la necesidad de promulgar algunas normas transitorias que propenden genéricamente a la mejor incorporación de la nueva ordenación básica a la sociedad política que se va a encuadrar” (Silva Bascuñán, Alejandro (1971). El valor jurídico de las disposiciones constitucionales transitorias, RDJ, Tomo LXVIII, p. 75).*

*Ellas tienden entonces a disponer, entre otras materias, la época en que comiencen a regir nuevas normas constitucionales, una condición suspensiva de vigencia normativa, la oportunidad para realizar ciertos actos, mecanismos para facilitar el cumplimiento de nuevas normas, la derogación de reglas de rango inferior, el territorio en que comenzarán a regir determinadas normas.*

112.- *La expresión “transitoria” es, sin embargo, equívoca porque pareciera sugerir que a mediante reglas de ese tipo sólo es posible la regulación de la eficacia intertemporal o la entrada en vigencia de una norma, como si tratara de una materia pasajera, temporal o destinada a caducar. Sin embargo, no toda disposición transitoria responde a tal descripción y por ello es indispensable examinar el objeto de cada una de ellas para verificar su estructura normativa, lo que nos lleva a constatar que existen disposiciones transitorias que se dictan para regular situaciones excepcionales que incluso a veces tienen vigencia permanente, de acuerdo a las razones que tuvo en cuenta el poder constituyente derivado para hacerlo (por ejemplo: disposición 17° transitoria incorporada a la Carta de 1925 que dispuso la nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre y que luego, a través de la disposición 3° trans. de Constitución de 1980 aún le da rigor para hacer pervivir efectos normativos pasados).*

113.- *Las disposiciones transitorias no solo regulan la vigencia temporal o territorial de las normas constitucionales o de sus reformas. En efecto, es perfectamente posible, como consta al revisar las disposiciones transitorias introducidas a la Carta de 1980, que ellas regulan materias sustantivas y excepcionales ya sea: a) dentro de la lógica de la temporalidad e instantaneidad (en cuanto a que se*

agotan cuando se cumplen) -como ocurrió, por ejemplo, con la disposición referida a la Corte Penal Internacional (art. 24° transitorio) o sucederá con la disposición transitoria que permite la paridad de género en el resultado de las elecciones de los convencionales constituyentes- ya sea: b) como materias permanentes, como sucede con la disposición 13° transitorio en cuanto al quorum de votación para modificar la LOC sobre Votaciones Populares en relación a la elección de senadores y diputados o con la que nacionalizó las empresas de la Gran Minería del Cobre (17° transitoria de la Carta de 1925) y que el constituyente de 1980 recoge en la disposición tercera transitoria.

114.- Como nada impide, por lo tanto, que el constituyente derivado introduzca disposiciones constitucionales transitorias que sean posteriores al establecimiento del texto original y vigente, tales reglas lo modifican en lo que sea pertinente. Se trata de normas que poseen la misma jerarquía constitucional de cualquiera otra regla permanente introducida derivado ya que se sujetan a las mismas normas de procedimiento de reforma que si se trata de reglas permanentes. Es por ello que “una vez ‘promulgado el proyecto de reforma y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta” (art. 129 inciso final).

115.- En consecuencia, las características de las DT son su:

a) *Naturaleza constitucional.* Esto implica que nada que esté dentro de la Constitución le es ajeno y, por cierto, teniendo ese rango pueden incorporar nuevas reglas y materias como DT. Las disposiciones transitorias forman parte de la Constitución y por lo tanto están sujetas a lo dispuesto en el artículo 127. las normas transitorias integran el texto de la Constitución tal como las normas permanentes, tienen la misma jerarquía y una misma fuente de origen, el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, según corresponda. El mismo requirente señala que “[d]esde el punto de vista de su obligatoriedad, las disposiciones constitucionales permanentes y las transitorias no difieren en nada” (fs. 63).

b) *Autonomía competencial.* Sujeto a las reglas del artículo 127 ambos poderes constituyentes derivados pueden ingresar materias a ese apartado de la Constitución con libertad constituyente de configuración. En principio, no hay reglas de prevalencia o derrotabilidad entre DT definidas por el Congreso Nacional o por el Presidente de la República, con la sola salvedad de los desacuerdos esenciales. Habrá reglas definitivas impulsadas por el Congreso con la oposición del Presidente, cuando aquél insista por los dos tercios de los parlamentarios en ejercicio en cada cámara. A su vez, el Presidente podrá doblemente derrotar reformas que no estima convenientes por el veto impeditivo o si es vencido por la apelación al plebiscito.

c) *Relaciones no dependientes entre norma permanente y DT.* Hay de todo tipo de vínculos. Hay DT que son una mera adecuación de normas permanentes como la 12° (Ley N° 20.050). Otras regulan un plazo de vigencia como la 16° (Ley N° 20.050). Sin embargo, lo que mayormente regulan son una práctica jurídica que da cuenta de que se han incorporado disposiciones transitorias a la Constitución

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*sin modificar su texto permanente. Es el caso de las disposiciones transitorias 24<sup>a</sup> (Ley N° 20.352), 26<sup>a</sup> (Ley N° 20.644), 29<sup>a</sup> a 31<sup>a</sup> (Ley N° 21.216 y Ley N° 21.296), 32<sup>a</sup> (Ley N° 21.219), 39<sup>a</sup> (Ley N° 21.248), 41<sup>a</sup> (Ley N° 21.257) y 42<sup>a</sup> (Ley N° 21.261). Perfectamente, una DT puede ser contradictoria con una norma permanente porque esa es la decisión del constituyente como la 9° DT (Ley N° 19.591).*

*d) Las DT no decaen se derogan. Las disposiciones transitorias se mantienen formalmente vigentes mientras no sean derogadas. Así por ejemplo, muchas de ellas que se referían al estatuto de poderes de la junta militar en los 80, fueron expresamente eliminadas por la reforma constitucional del año 2005 y su texto sistematizado fue fijado como lo conocemos hoy mediante el D.S. N° 100 del año 2005. Por lo mismo, no caen en desuso como la función de las normas transitorias es más amplia de aquella que le atribuye el requerimiento. Así, por ejemplo, la disposición transitoria 13<sup>a</sup> establece el quórum exigido para modificar la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios en lo que diga relación con el número de senadores y diputados, las circunscripciones y distritos existentes, y el sistema electoral vigente, vale decir, eleva el quórum de aprobación de una ley orgánica constitucional, dispuesto en el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución. Esta no es una disposición que, en los términos señalados por el requirente a fs. 62, caerá en desuso o inutilidad cuando cumpla el objetivo para el cual fue promulgada, toda vez que la disposición transitoria 13<sup>a</sup> no cumple ninguna función de adecuación respecto de una norma permanente y solo perderá eficacia cuando sea modificada.*

*e) Pueden regular materias permanentes. En las DT de la Constitución actualmente vigente se contienen regulaciones de muchas cuestiones de carácter permanente y no meramente temporal, como por ejemplo la pervivencia de pertenencias mineras anteriores al Código del ramo de 1982, la pervivencia de los estacamentos salitreros, parte del estatuto de CODELCO y la minería nacionalizada, las bases constitucionales de la adhesión de Chile al Tribunal Penal Internacional, la validación a futuro de tributos de afectación preconstitucionales, el indulto por delitos anteriores al 11 de marzo de 1990, la pervivencia de tratados internacionales preconstitucionales y el traspaso de potestades de intendentes a gobernadores regionales, sin que nunca se haya sostenido su inconstitucionalidad ni su invalidez por estar en el capítulo de disposiciones transitorias.*

*f) Predomina un sentido temporal de las DT. A pesar de su vigencia formal, las disposiciones transitorias suelen reglar situaciones o hipótesis de hechos que es reconocible que tendrán una limitada ocurrencia en el tiempo, y por ello su adjetivo de “transitorias”, pues su objeto de regulación no es permanente, al referirse a atribuciones o ejercicio de derechos en un período determinado o condicionado y no con carácter de indefinido, por lo que no se incluyen en el cuerpo principal [...]*

*131.- La exigencia del quórum de los 2/3 a que alude el art. 127 constitucional sólo se aplica a la reforma que “recayere” sobre los capítulos del texto constitucional que cita. Es decir, como dice el Diccionario, con tal vocablo se alude a algo que “vuelve a caer”, que reincide. Por lo tanto, si la*



*reforma contemplada en una disposición transitoria constitucional no recae en alguno de esos capítulos, sino que trata sobre una materia específica de carácter regulatorio vinculado a alguna norma contenida en uno de dichos capítulos, no se exige un quórum de 2/3, sino el quórum general de los 3/5 que se necesita para la reforma de cualquier otra disposición.*

132.- *El proyecto cuestionado sólo se refiere a una medida excepcional y voluntaria para permitir el retiro de un porcentaje de los fondos previsionales acumulados por los afiliados, existiendo un plazo acotado para hacer tal retiro, por lo que tiene un carácter transitorio y especial en cuanto a su aplicación. No modifica así los elementos esenciales del contenido del art. 19 N° 18 permanente que asegura el derecho a la seguridad social. Su contenido es acotado, transitorio y excepcional, lo cual explica que se haya dispuesto en una norma transitoria y no en la permanente. Establece entonces reglas especiales de administración y acceso a los fondos acumulados, lo cual no está constitucionalizado.*

133.- *La práctica constitucional, muestra que cuando se han introducido disposiciones transitorias en la Constitución que de algún modo inciden, pero sin modificar, una de las normas contenidas en los capítulos que exigen un quórum mayor, el constituyente derivado califica tal reforma para ser aprobada con 3/5. Así se votó, por ejemplo, la reforma de la ley N° 19.055, que incidió en el indulto de los condenados por delitos terroristas a que se refiere el art. 9 contemplado en el Cap. I [...]*

138.- *Si el procedimiento seguido ante el Parlamento es un instrumento para lograr la elaboración de la reforma constitucional, aplicando el principio democrático el máximo órgano de justicia constitucional sólo debería declarar contrarios a la Ley Fundamental aquellos vicios de forma que han influido decisivamente en el resultado y siempre que no hayan sido después corregidos o subsanados durante su misma tramitación. Para ello resulta importante distinguir entre irregularidades invalidantes o no invalidantes, teniendo presente la trascendencia del vicio de que se trate. Tal criterio ha sido afirmado por nuestro propio Tribunal Constitucional al sostener que, al examinar los defectos de forma, “en el trámite de control preventivo obligatorio o preventivo provocado, ha restringido su declaración sólo a vicios que han influido decisivamente en el resultado de la tramitación legislativa y siempre que aquéllos no hayan sido ulteriormente corregidos durante la tramitación” (STC rol N° 2646, de 22 de abril de 2014 (considerandos 31° y 32°).*

139.- *Pues bien, el proyecto de reforma, aún cuando fue calificado por la Cámara con aprobación de 3/5, en el hecho fue aprobado por ella por más de los 2/3 de sus miembros en ejercicio (en general por 130 diputados y, en particular, su inciso primero por 133 de ellos y sus incisos segundo, tercero, cuarto y quinto por 141 diputados). Al respecto conviene tener presente que, refiriéndose al cumplimiento de los quórum de aprobación de una ley orgánica constitucional, esta Magistratura ha sostenido que la calificación que efectúe el Congreso de una ley como simple, siendo de carácter orgánico constitucional, no obsta a su validez formal si en los hechos cumplió el quórum requerido, por lo “que el error en que se incurrió durante la tramitación de su aprobación en la Cámara de*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Diputados, al calificar como ley simple materias propias de leyes orgánicas, queda desprovisto de la trascendencia indispensable para ser declarado inconstitucional, por cuanto el quórum de votación excede el mínimo exigido por el inciso 2° del ya mencionado artículo 63 (66)” (STC 312, c. 6°; 560, cc 11 a 13).*

*140.- Siendo entonces el Tribunal guardián del principio democrático (STC 9529, c. 3°) y debiendo por ello ser cuidadoso para juzgar los eventuales defectos procesales producidos durante la tramitación no sólo de la ley sino también de una reforma constitucional, no se vislumbra que exista un vicio formal en el caso de autos no sólo por los argumentos jurídicos que ya dimos sino porque, en este caso se reunió un quórum de aprobación que excede con creces los 2/3 que exige la Constitución en relación a reformas que recayeren sobre el Capítulo III de la Carta, como reprocha el requerimiento.*

*141.- De este modo, el cuestionamiento planteado al respecto es hipotético, ya que, en el primer trámite constitucional, la reforma fue aprobada con el quórum agravado de 2/3 y, en el segundo trámite constitucional, el proyecto de reforma constitucional fue rechazado, porque en el Senado no se alcanzó el quórum mínimo de aprobación de una reforma a la Constitución.*

Argumentos disidentes del ministro Juan José Romero:

*9. El criterio esencial que, al respecto, provee nuestro ordenamiento constitucional es que para la producción de normas legales y constitucionales participa el Presidente de la República y el Congreso, y que las discrepancias entre ambos se zanján –al final- según el grado de apoyo o consenso que sea capaz de recibir un determinado proyecto. Ésta es la razón de que el veto del Presidente de la República a un determinado proyecto de ley (artículo 73) o de reforma constitucional (artículo 128) pueda ser superado por una insistencia de 2/3 de los diputados y senadores presentes y en ejercicio, respectivamente. En el caso de una reforma constitucional, el Presidente de la República cuenta, además, con la posibilidad de que la última palabra o decisión definitiva la tenga la ciudadanía a través de un plebiscito. Este último dispositivo de resolución de discrepancias sigue la misma línea: las disputas se zanján, al final, contando votos.*

*10. Así, en general, aquellos conflictos que deriven de la aplicación de la regla del artículo 65 sobre iniciativa exclusiva de ley siempre podrán resolverse por la vía del establecimiento de una nueva disposición constitucional que tenga como objeto o efecto restringir total o parcialmente la mencionada regla. Y es sensato que así sea, más aún considerando que se trata de un filtro que opera como cortapisa al inicio del proceso de formación de una ley, es decir, como obstáculo a la posibilidad de iniciar una deliberación legislativa. Por lo mismo, no es casualidad que para la tramitación de un proyecto de reforma constitucional no exista (ni haya existido en la historia constitucional chilena) una regla de iniciativa exclusiva a favor de alguno de los órganos colegisladores. El requerimiento busca respaldo en el artículo 127 de la Carta Fundamental, pero dicha norma, más que apoyar su*

*pretensión, abona la tesis opuesta, ya que habiendo tomado en consideración el artículo 65, lo hace para exigir que la moción de reforma tenga un número máximo de firmas.*

*11. Hay que tener presente, además, que el proceso de reforma constitucional es, como no podría ser de otra forma, más exigente en cuanto al grado de consenso requerido y ofrece mayores resguardos frente a una actuación arbitraria de alguno de los órganos colegisladores. Tanto es así que, además del mecanismo de vetos e insistencias, se contempla la posibilidad de que sea la ciudadanía a través de un plebiscito quien dirima la discrepancia, tal como ya ha sido comentado [...]*

*18. Volvamos al origen nuevamente. La parte requirente argumenta en defensa de la iniciativa exclusiva de ley. Nadie discute que en el proceso de formación de una norma de jerarquía legal dicha regla constitucional debe ser respetada. Pero, como se está examinando no una reforma legal, sino una constitucional, se argumenta en función de persuadir que dicha regla de iniciativa exclusiva de ley pertenece a aquel selecto grupo de principios sobre los cuales descansa todo nuestro ordenamiento constitucional y, según el requirente, el futuro de Chile.*

*19. Para cubrir con mayor ropaje o darle más linaje a la regla de iniciativa exclusiva de ley, la cual – cabe recordar- no es de aquellas que requieren de un quórum de 2/3, sino de 3/5, se la asocia inapropiadamente con el principio de supremacía constitucional (artículo 6º) y con el de juridicidad (artículo 7º). Primero, no hay un vínculo particular (que no tenga cualquier otra norma) entre dichos principios con la regla constitucional del artículo 65. Y, segundo, el principio de supremacía constitucional confirma la existencia de una jerarquía normativa que tiene en su cúspide a las normas constitucionales. Esto, más que favorecer la postura a favor de la inconstitucionalidad de una disposición constitucional, subraya la especial dignidad de una norma constitucional versus una de jerarquía legal. En este aspecto hacemos notar que el fallo del cual disentimos discurre como si se tratara, sin más, de un control de constitucionalidad de una ley. ([Volver](#))*

## **II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA**

### **1.- Procedimiento de invalidación, PDI, grandes compras. Dictamen N°E64.071, de 29 de diciembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Una empresa solicitó un pronunciamiento acerca de la legalidad de la resolución exenta N° 326, de 2019, de la Policía de Investigaciones de Chile, PDI, en virtud de la cual se inició el procedimiento de invalidación de la selección de esa empresa en la gran compra N° 46.005, llevada a cabo para la adquisición de los vehículos que indica.

**Fundamento:** *Sobre el particular, se debe recordar que el inciso primero del artículo 53 de la ley N°19.880 dispone que la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los*



# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.*

*Al efecto, es dable consignar que la jurisprudencia administrativa ha señalado que en presencia de un acto irregular a la autoridad no sólo le asiste la facultad, sino que se encuentra en el imperativo de iniciar un procedimiento de invalidación de sus actos contrarios a derecho (aplica criterio contenido en el dictamen N° 23.315, de 2018).*

*En este contexto, procede consignar que de los antecedentes tenidos a la vista aparece que mediante la resolución exenta No 326, de 2019, la PDI dispuso el inicio de un proceso de invalidación, lo que se concretó a través de la resolución exenta N° 355, del mismo año, fundamentando esa decisión, según se advierte en los considerando Nos 3 y 4, y el N° 1 de su parte resolutoria en el hecho de que había existido una vulneración de los documentos que rigieron el proceso de selección, ya que la empresa recurrente no había señalado en el certificado de garantía acompañado que los accesorios que se instalarán en los móviles no serían causal para que se perdiera, en caso alguno, la garantía de los vehículos.*

*Esta exigencia estaba contemplada como una especificación técnica obligatoria en los términos de referencia de la intención de compra, en los que se indicaba que las ofertas que no cumplieran los requerimientos técnicos serían declaradas inadmisibles.*

*Por consiguiente, en mérito de lo expuesto, y considerando que la peticionaria no acompañó antecedentes que permitieran constatar que había efectuado dicha declaración y, por ende, que no se perdería la garantía de los vehículos por la instalación de accesorios en ellos, cabe concluir que su oferta adoleció de vicios que afectaron su validez, por lo que correspondía invalidar la anotada selección.*

*Sin perjuicio de lo anterior, y en relación a la alegación efectuada por la requirente en el sentido de que la PDI pudo solicitarle que subsanará la referida omisión cabe recordar que el N° 10 de la pertinente intención de compra señalaba, en lo que interesa, que si la PDI determina que una oferta no cumple con los requerimientos de la invitación, procederá a rechazarla fundadamente y el defecto no podrá ser subsanado con posterioridad por el oferente, debiéndose declarar inadmisibile dicha oferta mediante la dictación de la correspondiente resolución fundada.*

*Luego, no resultaba procedente que la entidad licitante pidiera la corrección a que alude la peticionaria.*

*Por otra parte, en cuanto al reclamo de que el proveedor finalmente seleccionado habría alterado los precios de su oferta económica, es del caso anotar que de la documentación examinada aparece que este presentó su oferta en valores netos. Asimismo, que la PDI solicitó a todos los participantes aclarar*

*si sus valores incluían el impuesto al valor agregado, oportunidad en que este indicó que su propuesta no incluía dicho tributo.*

*Al respecto, cabe destacar que con los datos ingresados por dicha empresa y por una simple operación aritmética era posible determinar el valor total unitario de su propuesta económica, por lo que no se advierte un error en la formulación de tal oferta que revista el carácter de esencial, de modo que resultó procedente lo decidido por la PDI en orden a declararla admisible (aplica oficio N° 5.201, de 2015).  
([Volver](#))*

## **2.- Planes reguladores, instrumentos de planificación. Dictamen N°E64.056 de 29 de diciembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Una persona señala que la Municipalidad de Quilpué y la SEREMI de Vivienda y Urbanismo de Valparaíso no habrían acatado el oficio N°7.966 de la Contraloría Regional de Valparaíso, solicitando se reitere su cumplimiento y se determinen las correspondientes responsabilidades de los funcionarios involucrados.

**Fundamento:** *Sobre el particular, cabe apuntar que el artículo 1.1.2. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), sancionada por el decreto N° 47, de 1992, del ministerio del ramo, define “Estudio de riesgos” como el documento técnico elaborado por uno o más profesionales especialistas, cuyo objetivo es definir peligros reales o potenciales para el emplazamiento de asentamientos humanos.*

*Seguidamente, que el artículo 2.1.10. de la OGUC, prescribe que “El Plan Regulador Comunal será confeccionado, en calidad de función privativa, por la Municipalidad respectiva, y estará conformado por los siguientes documentos”, indicando en su N° 1 la Memoria Explicativa, la que debe contener, al menos, el diagnóstico de la totalidad del territorio comunal o del área afecta a planificación e identificar, en lo que interesa, letra d) “El fundamento de las proposiciones del Plan, sus objetivos, metas y antecedentes que lo justifican”, en base, entre otros, a un Estudio de Riesgos y de Protección Ambiental, con sus respectivas áreas de restricción y condiciones para ser utilizadas, de acuerdo a las normas que ahí precisa.*

*Consigna, ese mismo precepto en su inciso final, que “Los estudios o trabajos complementarios a la formulación del Plan deberán ser suscritos por los profesionales especialistas que los hubieren elaborado”.*

*A su turno, corresponde anotar que el artículo 2.1.17. de la OGUC establece, en lo que concierne, que en los planes reguladores podrán definirse áreas restringidas al desarrollo urbano, por constituir un peligro potencial para los asentamientos humanos, las que se denominarán “zonas no edificables” o bien, “áreas de riesgo”, agregando en su inciso cuarto que “Por “áreas de riesgo”, se entenderán aquellos territorios en los cuales, previo estudio fundado, se limite determinado tipo de construcciones por razones de seguridad contra desastres naturales u otros semejantes, que requieran para su*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*utilización la incorporación de obras de ingeniería o de otra índole suficientes para subsanar o mitigar tales efectos”, añadiendo en su inciso final, que las “áreas de riesgos” se determinaran en base a, entre otras, “Zonas o terrenos con riesgos generados por la actividad o intervención humana”.*

*Luego, que el oficio circular N° 350, de 2014, de la División de Desarrollo Urbano de la aludida cartera de Estado (DDU N° 269), sobre “Definición de áreas de riesgo por amenaza de incendio en los Instrumentos de Planificación Territorial”, en su N° 3, en lo que atañe, instruye a los municipios para que incorporen el “Riesgo por Amenaza de Incendio” en la formulación o modificación de sus respectivos planes reguladores comunales, para lo cual deben considerar la identificación y definición del área de riesgo en base al pertinente estudio.*

*Por último, es del caso tener presente que con posterioridad a la emisión del pronunciamiento de que se trata, la SEREMI por oficio N° 2.159, de 2019, requirió al indicado municipio que abordara la materia observada dando cumplimiento a lo manifestado por este Órgano Fiscalizador, en tanto que la singularizada entidad edilicia respondió a ello a través de su oficio N° 729, de igual anualidad, expresando que introdujo las precisiones solicitadas a fin de justificar el real sentido y alcance de la planificación que adoptó.*

*Pues bien, del análisis de la Memoria Explicativa y el Estudio de Riesgos y Protección Ambiental tenidos a la vista en esta ocasión, se aprecia, en síntesis, que dichos instrumentos dan cuenta de las razones por las cuales no se definió un área de riesgo asociada a incendio, lo que se encuentra suscrito por los profesionales competentes que ahí se individualizan.*

*En ese contexto, y a diferencia de lo aseverado por el señor Zulueta Ramírez, esta Sede de Control estima, coincidiendo con las reparticiones públicas que informaron, que con el requerimiento efectuado por la SEREMI a la aludida corporación y con las precisiones introducidas por esta última, se ha dado cumplimiento al mencionado oficio N° 7.966, de 2019, toda vez que no se advierten incongruencias con la normativa aplicable, dado que ha sido el propio estudio en comento el que ha determinado, por la razones que expone, no definir un área de riesgo por incendio, decisión que fue adoptada por los profesionales que lo suscribieron y por el municipio en ejercicio de su función de planificador.*

*Asimismo, tampoco aparece que no se hubiere observado la jurisprudencia citada por la Sede Regional, pues no existe contradicción con los otros documentos que conforman el PRC como la ordenanza local y sus planos.*

*Finalmente, respecto de la objeción relativa a los usos de suelo que habría planteado restringir el estudio de que se trata para la zona sur de la comuna, cabe apuntar que ello no pudo sino entenderse como una recomendación, considerando que es competencia privativa del municipio asignar las normas urbanísticas a las zonas del PRC. ([Volver](#))*

**3.- Dirección de Arquitectura, obras públicas, licitación pública, actualización precio oferta adjudicada, principio de equilibrio económico. Dictamen N°E64.061 de 29 de diciembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Una empresa constructora que reclamó respecto de la negativa de la Dirección de Arquitectura, Región de Valparaíso, a actualizar los valores ofertados por esa empresa en las licitaciones públicas de los contratos “Reposición Subcomisaría de Quintero PCSP 2012 Comuna Quintero” y “Construcción Centro de Creación, Comuna de La Ligua”, motivó un oficio de la Contraloría Regional de Valparaíso, que concluyó que si bien las adjudicaciones de dichas propuestas se retrasaron por razones atribuibles a la Administración, no resultaba procedente dar lugar al reajuste solicitado.

Respecto del precitado oficio, la empresa solicitó su reconsideración.

**Fundamento:** *Sobre el particular, y teniendo en cuenta lo informado, a instancias de este organismo fiscalizador, por la Dirección de Arquitectura, resulta relevante consignar que la jurisprudencia administrativa de esta sede de control ha manifestado -v.gr., en su dictamen N° 49.409, de 2012- que en materia contractual debe imperar el respeto al principio de equilibrio económico de las prestaciones mutuas, el que se traduce en el acatamiento de las condiciones fijadas para la presentación de las ofertas y de ejecución del contrato, en lo que respecta a la equivalencia de las cantidades de obras y su precio.*

*Asimismo, que en el ámbito de los contratos administrativos el elemento de riesgo y ventura aparece modificado o alterado por diversas situaciones que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración, cuando, en definitiva, ella ha participado en su ocurrencia.*

*Debe recordarse, además, que las decisiones que adopten los órganos públicos como parte en los acuerdos que suscriben deben respetar los principios de buena fe, en virtud del cual las partes deben tender a su correcto cumplimiento, ajustándose a un modelo de conducta tal que no cause daño a ninguna de ellas, y de enriquecimiento sin causa, que obliga a la Administración al pago de sus obligaciones, a fin de conservar el equilibrio económico de las prestaciones (aplica, entre otros, el dictamen N° 56.435, de 2015, de este origen).*

*Por otra parte, es pertinente manifestar que el artículo 86 del decreto N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento para Contratos de Obras Públicas, aplicable a los convenios de la especie, establece, en su inciso segundo, que “Si la resolución que adjudique una propuesta no se dicta dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de apertura de la licitación, los proponentes tendrán derecho a desistirse de sus propuestas y a retirar los antecedentes presentados, salvo que las bases administrativas hayan fijado un plazo diferente para resolverla”, y que “Dictada la resolución, no habrá derecho a desistimiento, como tampoco por la demora en su tramitación”.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Puntualizado lo anterior, cabe anotar que del análisis de los documentos tenidos a la vista, y en lo que concierne a la licitación del contrato “Reposición Subcomisaría Quintero PCSP 2012 Comuna Quintero”, se aprecia que la apertura técnica de las ofertas se llevó a efecto el 13 de diciembre de 2016.*

*Consta, además, que a través de sus cartas de 29 de junio, 10 de agosto y 6 de diciembre, todas de 2017, el proponente seleccionado expresó que mantenía vigente la oferta técnica y económica presentada en el marco del mencionado proceso concursal hasta las fechas indicadas en cada caso.*

*Finalmente, se observa, que la licitación en comento fue adjudicada a la firma recurrente el 13 de septiembre de 2017, mediante la resolución N° 16, del mismo año, de la Dirección de Arquitectura, Región de Valparaíso, y que dicho acto administrativo fue tomado razón por la respectiva contraloría regional con fecha 29 de diciembre de esa anualidad.*

*Por otra parte, en cuanto al contrato “Construcción Centro de Creación, Comuna de La Ligua”, se advierte que la respectiva apertura técnica tuvo lugar el 26 de mayo de 2017.*

*Se aprecia, también, que la oferente seleccionada, por medio de sus cartas de 24 de julio, 18 de octubre y 6 de diciembre, todas de 2017, manifestó que mantenía la vigencia de la propuesta técnica y económica formulada en el respectivo certamen, hasta las datas consignadas en cada uno de esos documentos.*

*Por último, cabe apuntar que dicha licitación fue adjudicada a la recurrente el 21 de diciembre de 2017, mediante la resolución N° 20, del mismo año, de la mencionada oficina regional de la Dirección de Arquitectura, y que dicho acto administrativo fue tomado razón por la respectiva contraloría regional el 16 de enero de 2018.*

*Pues bien, en el contexto reseñado, y habida cuenta que las adjudicaciones de los referidos contrato se dilataron por causas atribuibles a la Administración más allá de los 60 días que la normativa contempla para tales efectos, debe colegirse, conforme a la citada jurisprudencia, que en la medida que esta decidió aceptar las ofertas de la contratista, es de su cargo restablecer el equilibrio económico de las prestaciones mutuas afectado por su demora, ya que no procede exigir que los oferentes provean tales retrasos más allá de los plazos que la normativa indica para efectuar la adjudicación (aplica, entre otros, los dictámenes Nos 37.412 y 37.515, ambos de 2017, de este origen).*

*Cabe señalar, además, que a diferencia de lo expresado en el pronunciamiento que se impugna, del tenor de las cartas antes singularizadas solo es posible inferir la intención de la adjudicataria de perseverar en los respectivos contratos y, por tanto, de no ejercer el derecho a desistimiento previsto en el referido artículo 86, sin que se adviertan elementos de juicio que permitan presumir que haya renunciado a la actualización solicitada.*

*En consecuencia, procede que esa dirección, en coordinación con las respectivas entidades mandantes, y teniendo presente el criterio antes reseñado, arbitre las medidas tendientes a efectuar la*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*actualización de las ofertas adjudicadas, considerando el período que va desde el vencimiento del plazo contemplado en el referido artículo 86, hasta que las correspondientes resoluciones adjudicatorias hubieren ingresado totalmente tramitadas a su oficina de partes, conforme a lo previsto en el artículo 89 del citado reglamento.*

*Finalmente, es menester precisar que lo antes señalado no infringe el carácter no reajutable de los contratos en comento, por cuanto la actualización de que se trata, en tanto dice relación con las propuestas seleccionadas, constituye una operación que comprende el período posterior al vencimiento del plazo establecido en el referido artículo 86 y previo a los respectivos convenios, sin que, por lo demás, implique un perjuicio al patrimonio público, ya que solo se refiere a la actualización de la moneda, de modo que no altera el valor ofertado. ([Volver](#))*

#### **4.- CORFO, ENAP, Fondo de Desarrollo de Magallanes, patrimonios de afectación, inversiones, financiamiento. Dictamen N°E64.075 de 29 de diciembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Dos consejeros regionales de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena consultaron en relación al mecanismo que debe emplear el intendente como órgano ejecutivo del GORE para distribuir los recursos del Fondo de Desarrollo de Magallanes - FONDEMA- a que se refiere la Ley N° 19.275, y cumplir con la obligación de destinar un 25% de los haberes que aquel genera anualmente a cada una de las provincias de Última Esperanza y Tierra del Fuego.

**Fundamento:** *Puntualizado lo anterior, el inciso primero del artículo 1° de la aludida ley N° 19.275, que destina recursos para el FONDEMA, preceptúa que este se constituirá con la recaudación que el Estado obtenga por concepto del derecho a que se refiere el artículo 6° del decreto ley N° 2.312, de 1978 -que grava la explotación que haga la ENAP de yacimientos productores de gas y/o petróleo en el país- y con todos los ingresos que el Estado perciba o retenga, descontados los impuestos, como resultado de la diferencia entre el valor de la producción de gas y/o petróleo y la retribución que paga a los contratistas conforme a cada contrato especial de operación celebrado al amparo del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1987, del Ministerio de Minería -cuyos montos a traspasar por el Estado no podrán ser superiores al 5% del valor total de la producción-, en ambos casos, con motivo de las actividades realizadas en dicha región.*

*Agrega, que tales caudales se destinarán anualmente al señalado fondo a través de su incorporación en la ley de presupuestos pertinente, que aquél tendrá carácter acumulativo y será administrado por el citado GORE para su asignación a proyectos de fomento y desarrollo de esa zona, entregando su operación al Comité Regional de Fomento de la Producción de Magallanes y de la Antártica Chilena.*

*Su artículo 2° establece que “A lo menos, un 25% de los recursos que genera anualmente esta ley, deberá ser destinado por el Gobierno Regional a la provincia de Tierra del Fuego. Lo mismo regirá para la provincia de Última Esperanza”.*



*Además, de acuerdo con su artículo 3°, la inversión de sus caudales se rigió, hasta el 31 de diciembre de 2007, por las glosas 02 y siguientes de la partida Ministerio del Interior-Gobiernos Regionales de las respectivas leyes de presupuestos. En tanto, a partir del año 2008 –tal como lo indicó el dictamen N° 53.915, de 2014, de este origen-, la preceptiva que le es aplicable se incorpora en un programa especial del anotado GORE, actual programa 03 de la ley de presupuestos vigente.*

*Por su parte, acorde con los artículos 1° y 4° del decreto N° 732, de 1994, del Ministerio de Hacienda, que reglamenta la citada ley N° 19.275, el FONDEMA estará sujeto a la regulación aplicable al patrimonio y al sistema presupuestario regional, debiendo mantenerse sus caudales en una cuenta corriente especial y separada de otros ingresos que le correspondan al Gobierno Regional.*

*Luego, los literales a, b y c, de su artículo 3°, en relación con su artículo 2°, agregan que el referido comité de la CORFO, en su calidad de operador del fondo, debe, entre otras cosas, recepcionar los estudios, programas y proyectos que se postulen al financiamiento del fondo en comento y someterlos a la consideración del GORE; elaborar y proponer las bases de los llamados a propuesta para la ejecución de los proyectos aprobados; y efectuar el análisis técnico económico de las propuestas, evaluarlas y formular las proposiciones que de ello emanen.*

*Asimismo, la letra e) del artículo 24 de la ley N° 19.175 –según el texto fijado por la ley N° 21.074, sobre Fortalecimiento de la Regionalización del País-, prevé, en lo que interesa, que corresponderá al Gobernador Regional en su calidad de órgano ejecutivo del Gobierno Regional, “Proponer al consejo regional la distribución de los recursos del o los programas de inversión del gobierno regional, señalados en el artículo 73 de esta ley, conforme a ítems o marcos presupuestarios, así como de las inversiones sectoriales de asignación regional”.*

*Al respecto, tal como lo señalaron los dictámenes N°s. 24.101, de 2009 y 53.915, de 2014, de este origen, el FONDEMA constituye un patrimonio de afectación de recursos públicos, destinado al cumplimiento de los fines que la ley N° 19.275 le ha fijado, esto es, la ejecución de proyectos de fomento y desarrollo de la región, debiendo destinarse un 25% de los caudales que genera anualmente, a la provincia de Tierra del Fuego, e igual porcentaje para la provincia de Última Esperanza.*

*Seguidamente, cabe manifestar que compete al consejo regional la función de resolver, sobre la base de la proposición que le formule el gobernador regional –cargo que actualmente debe entenderse referido al intendente, conforme al artículo séptimo transitorio de la señalada ley N° 21.074-, la distribución de los caudales a que se refiere la consulta.*

*En tal sentido, y tal como lo ha precisado este Organismo de Control, entre otros, en su dictamen N°8.299, de 2012, corresponde al órgano colegiado la potestad de establecer el destino que, dentro de los objetivos que señalan las leyes N°s. 19.175 y 19.275, se dará a los fondos que ellas regulan. Ello, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a la Corporación de Fomento de la Producción como unidad ejecutora de tales haberes y al Ministerio de Desarrollo Social en su deber de evaluar la*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*rentabilidad social y económica de los proyectos de inversión, acorde con los artículos 75 de la ley referida ley N° 19.175 y 19 bis del decreto ley N° 1.263, de 1975.*

*Pues bien, de acuerdo con los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575, que obligan a la Administración a actuar conforme a los principios de coordinación, a velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y al debido cumplimiento de la función pública, las autoridades de los organismos antes indicados, acorde con sus competencias y en las instancias en que les compete intervenir, deberán adoptar las medidas necesarias a fin de dar permanente cumplimiento a la citada ley N° 19.275, en orden a destinar parte de los recursos que genera anualmente el FONDEMA a financiar proyectos de fomento y desarrollo en las provincias de Tierra del Fuego y Última Esperanza, en el porcentaje que indica.*

*Precisado lo anterior, en relación a la consulta relativa a si los porcentajes que deben ser asignados a proyectos de las mencionadas provincias deben estar reflejados en cada una de las iniciativas financiadas por el FONDEMA, o bien al finalizar el año presupuestario, o si debe considerarse el total acumulado desde la creación de tal fondo, es del caso recordar que la mencionada ley N° 19.275 prevé que un 25% de los haberes que genera anualmente esa preceptiva deberá ser destinado por el gobierno regional a cada una de las aludidas provincias, sin que prevea un mecanismo para ello.*

*Sin embargo, si al término de un determinado año quedare un remanente de esos porcentajes que no ha podido ser destinado a financiar proyectos de fomento y desarrollo en las aludidas provincias, esos recursos deberán quedar reservados para cumplir con ese fin en los indicados territorios, en el ejercicio siguiente.*

*Ahora bien, en cuanto a los haberes de años anteriores que debieron ser destinados al indicado fin en las provincias de Tierra del Fuego y Última Esperanza y que actualmente se encuentran acumulados en la cuenta corriente especial del FONDEMA, el GORE y la CORFO deberán adoptar las medidas necesarias a fin de contar con una cartera de proyectos para ser financiados con dichos haberes, informando de ello a la Contraloría Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena dentro del plazo de 60 días hábiles contado desde la notificación del presente dictamen.*

*Por otra parte, en lo referente a la propuesta efectuada por el indicado gobierno regional en orden a provisionar fondos para dar cumplimiento al aludido artículo 2° de la ley N° 19.275, cabe señalar que, como medida de buena administración tendiente a cautelar la correcta administración y aplicación de los recursos públicos involucrados, resulta pertinente que el referido GORE abra cuentas corrientes bancarias -distintas de la actualmente vigente-, con cargo a las cuales, se administren y financien, separadamente, los caudales que se deben destinar a las acciones de fomento y desarrollo en cada una de las provincias de Última Esperanza y de Tierra del Fuego.*

*Finalmente, respecto a las consecuencias del incumplimiento de la inversión de los referidos recursos, dado que la normativa que regula el FONDEMA tampoco contiene un mecanismo de fiscalización y*



*sanción específico, ello se rige por las reglas generales sobre la materia, entre ellas, debe considerarse las facultades y atribuciones fiscalizadoras que a esta Contraloría General le corresponden. ([Volver](#))*

**5.- Superintendencia de Servicios Sanitarios, personal a contrata, jornada parcial, reajuste remuneraciones, bonos, aguinaldo. Dictamen N°E64.059 de 29 de diciembre de 2020.**

**Hechos del caso:** La Superintendencia de Servicios Sanitarios solicitó un pronunciamiento que determine si se ajusta a derecho el criterio de esa entidad, en orden a que solo resulta procedente pagar a funcionaria que se desempeña a contrata, asimilada al grado 9º, con jornada de 22 horas semanales, los bonos y aguinaldos contemplados en la ley N° 21.196, si su remuneración líquida al mes de noviembre de 2019, es menor a la mitad de los topes establecidos en dicha normativa, por cuanto estos solo se aplican respecto de una jornada completa.

**Fundamento:** *Sobre el particular, conforme a lo previsto en el inciso primero del artículo 1º de la ley N°21.196, a contar del 1 de diciembre de 2019, deben reajustarse en un 1,4% las remuneraciones, asignaciones, beneficios y demás retribuciones en dinero, imponibles para salud y pensiones, o no imponibles, que perciban los trabajadores del sector público, incluidos los profesionales regidos por las leyes N°s. 15.076 o 19.664 y el personal del acuerdo complementario de la ley N° 19.297.*

*Luego, el inciso sexto del citado precepto dispone que, a contar del 1 de diciembre de 2019, el reajuste establecido en el inciso primero se incrementará en 1,4 puntos porcentuales para los sueldos base mensuales de los grados 6 al 25 de la escala establecida en el artículo 5º del decreto ley N° 3.551, de 1980. Asimismo, el incremento señalado en este inciso se aplicará a las remuneraciones, asignaciones, beneficios y demás retribuciones en dinero, imponibles para salud y pensiones, o no imponibles, asociadas a los grados, niveles o categorías antes referidos y aquellas a que tengan derecho dichos trabajadores.*

*Como es posible advertir, la normativa en análisis no ha efectuado distinciones en relación a la extensión de la jornada laboral de aquellos funcionarios afectos al sistema remuneracional contemplado en el artículo 5º del decreto ley N° 3.551, de 1980, a fin de determinar el porcentaje de reajuste procedente.*

*En efecto, en aquellos casos en que el legislador ha considerado la jornada laboral de los trabajadores, lo ha indicado expresamente, como acontece en el artículo 1º, inciso décimo, de la mencionada ley N° 21.196, de conformidad con el cual, los trabajadores del sector público a quienes se les aplique el reajuste del 1,4% indicado en el inciso primero, pero que no estén afectos a alguno de los sistemas remuneracionales señalados en los incisos tercero a sexto y cuya remuneración bruta del mes de noviembre de 2019 sea de un monto igual o inferior a \$3.000.000, tendrán derecho a un incremento de 1,4 puntos porcentuales por una jornada completa, aplicándose de manera proporcional respecto de aquellos trabajadores con jornadas inferiores a la indicada.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*En consecuencia, no procede que se aplique el incremento del reajuste de 1,4 puntos porcentuales en forma proporcional a la jornada que cumpla la trabajadora, toda vez que, a diferencia de lo que parece entender esa entidad, el citado inciso décimo del artículo 1º del mencionado cuerpo legal solo resulta aplicable a aquellos trabajadores del sector público que no estén afectos a alguno de los sistemas remuneracionales señalados en los incisos tercero a sexto, del mencionado precepto.*

*Enseguida, el artículo 2º de la citada ley N° 21.196 concede, por una sola vez, un aguinaldo de Navidad a los trabajadores que, a la fecha de publicación de esa ley, desempeñen cargos de planta o a contrata en las entidades que indica, señalando su inciso segundo, el monto del mismo según los tramos que allí se expresan, en consideración a la remuneración líquida percibida por los trabajadores en el mes de noviembre de 2019.*

*Por su parte, el artículo 8º del referido cuerpo legal otorga, por una sola vez, un aguinaldo de Fiestas Patrias para el año 2020, a los trabajadores que, al 31 de agosto de ese año, desempeñen cargos de planta o a contrata en las entidades a que se refiere el artículo 2º, y para los trabajadores a que se refieren los artículos 3º, 5º y 6º de esa ley, por el monto y según los tramos que en el mismo precepto se indican, según la remuneración líquida de los trabajadores.*

*Luego, el artículo 19 de la aludida ley N° 21.196 señala que solo tendrán derecho a los beneficios a que se refieren los artículos 2º, 8º y 13 -esto es, a los aguinaldos de Navidad y Fiestas Patrias y al bono de escolaridad-, los trabajadores cuyas remuneraciones brutas de carácter permanente, en los meses que en cada caso corresponda, sean iguales o inferiores a \$2.560.669, excluidas las bonificaciones, asignaciones o bonos asociados al desempeño individual, colectivo o institucional.*

*Ahora bien, conforme a la citada normativa, y en armonía con el dictamen N° 18.177, de 2017, la única exigencia que el legislador ha contemplado para percibir los beneficios de la especie, consiste en que el empleado se encuentre laborando en las fechas que contempló el legislador, en alguno de los organismos y calidades que aquellas señalan.*

*A su vez, el bono de escolaridad, dispuesto en el artículo 13 de la misma ley, se otorga por cada hijo que cumpla con las exigencias descritas en esa disposición legal, estableciendo su pago, por una sola vez, a los trabajadores que indica dicha ley, mediante dos cuotas iguales, la primera en marzo y la segunda en junio del año 2020.*

*A continuación, los artículos 25 y 76 de la ley N° 21.196 conceden, por una sola vez, a los trabajadores de las instituciones mencionadas en los artículos 2º, 3º, 5º y 6º de la citada normativa, un bono de vacaciones y un bono especial, respectivamente, en ambos casos no imponibles y que no constituirán renta para ningún efecto legal, según los tramos y montos que en cada disposición se indican, y que no excedan de una remuneración bruta de carácter permanente de \$2.560.669 y \$2.557.475, respectivamente.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*En dicho contexto, cabe destacar que la referida ley N° 21.196 no hace distinción respecto del pago de los señalados bonos en aquellas situaciones en que los servidores se desempeñen en jornadas completas o parciales. En efecto, en el cálculo de los beneficios en comento, no importa la jornada de trabajo del servidor, toda vez que los artículos 2º, 8º, 13, 25 y 76 de la ley N° 21.196 no han hecho referencia alguna a esa circunstancia, no encontrándose los servicios facultados para disminuir su monto en consideración a factores que no han sido previstos al efecto (aplica criterio contenido en el dictamen N° 56.402, de 2008).*

*Luego, cabe hacer presente que en el inciso segundo del artículo 11 señala que “los trabajadores que en virtud de esta ley puedan impetrar el correspondiente aguinaldo de dos o más entidades diferentes, solo tendrán derecho al que determine la remuneración de mayor monto”.*

*Asimismo, esta Entidad de Control estableció, a través de su dictamen N° 3.856, de 1985, que el aguinaldo de Navidad, debía ser pagado a cada trabajador, sin considerar si realiza sus labores en lapsos completos o no, agregando que en el evento de que desarrolle cargos compatibles corresponde que lo perciba solo en uno de ellos.*

*De esta manera, cabe concluir que el criterio adoptado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios para conceder el incremento del reajuste, así como los aguinaldos y bonificaciones, respecto de una funcionaria que se desempeña en jornada parcial, no se encuentra ajustado a derecho, toda vez que la ley N° 21.196, no ha considerado la jornada de trabajo de los mismos para la determinación del reajuste y de la cuantía de dichos estipendios, en relación a un trabajador sujeto al sistema remuneracional del artículo 5º del decreto ley N° 3.551, de 1980, por lo que dicha entidad deberá adoptar las medidas tendientes a regularizar la situación de la funcionaria afectada. ([Volver](#))*

### **6.- COVID-19, teletrabajo, jornadas presenciales, trabajos extraordinarios, pago, requisitos. Dictamen N°E64.247 de 30 de diciembre de 2020.**

**Hechos del caso:** La Municipalidad de Ñuñoa solicitó un pronunciamiento que determine si corresponde ordenar trabajos extraordinarios al personal que desempeña sus funciones semanales en parte en forma presencial en la municipalidad y en parte en modalidad de trabajo a distancia en sus domicilios, considerando lo expresado en el dictamen N° 8.232, de 2020, de esta procedencia, y los oficios Nos 3.235, de 2020 y E5087, de 2020, de las Contralorías Regionales de La Araucanía y Valparaíso, respectivamente.

**Fundamento:** *Luego, es del caso indicar que en razón de la emergencia ocasionada por la pandemia del COVID-19, esta Contraloría General concluyó en su dictamen N° 3.610, de 2020, en lo que importa destacar, que los jefes superiores se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía, pudiendo determinar las unidades o grupos de servidores que deberán permanecer realizando las*

*labores mínimas en forma presencial, para garantizar la continuidad del cumplimiento de las funciones indispensables de los servicios públicos.*

*Añade ese pronunciamiento que no resulta jurídicamente admisible la posibilidad de realizar trabajos extraordinarios por el personal sujeto a trabajo a distancia como medida dispuesta en el contexto de la contingencia sanitaria, atendido que dichas labores se prestarán fuera del lugar de trabajo y sin sujeción a las medidas de control establecidas en situación de normalidad.*

*En ese sentido, el dictamen N° 8.232, de 2020, de este origen, señaló que la regulación de la jornada ordinaria y extraordinaria en las citadas leyes estatutarias se encuentra concebida y dirigida a los funcionarios que se desempeñan en forma presencial en los recintos de los respectivos organismos, o en terreno en virtud de un cometido funcionario, y no mediante teletrabajo, por lo que, reiterando lo expresado en el aludido dictamen N°3.610, de 2020, concluyó que los trabajadores que desarrollan sus labores en la modalidad de trabajo a distancia en las actuales circunstancias sanitarias, no pueden realizar labores extraordinarias ni ser retribuidos por estas.*

*En efecto, de la citada normativa se advierte que los trabajos extraordinarios tienen como presupuesto básico el que estos sean ordenados a continuación o fuera de la jornada ordinaria de trabajo, la que se extiende diariamente -de lunes a viernes- dentro del horario de inicio y término que fija el organismo respectivo, y que se realicen presencialmente, sujetándose a un sistema fidedigno de registro de ingreso y salida para calcular la efectividad de su ejecución y posterior retribución, todas condiciones que no se verifican en el excepcional contexto en que los funcionarios públicos desempeñan sus tareas mediante teletrabajo con motivo de la actual contingencia sanitaria.*

*En este orden de consideraciones, tratándose de situaciones en que los funcionarios desarrollan sus labores algunos días de forma remota y otros de manera presencial, los enunciados presupuestos de la jornada extraordinaria sí se cumplen cuando a esta le precede una jornada ordinaria presencial, como también cuando se efectúan trabajos extraordinarios presenciales en días sábados, domingos o festivos, en tanto, como es preciso reiterar, exista un método fidedigno de registro y control del inicio y término de tales jornadas presenciales.*

*Por lo tanto, la municipalidad requirente, así como la pertinente jefatura de cualquier ministerio o servicio público en el cual existan funcionarios que ejercen sus funciones combinando días de trabajo remoto con jornadas de labores presenciales, puede ordenar que esos empleados realicen labores extraordinarias presenciales los días sábados, domingos o festivos, o a continuación de la jornada ordinaria presencial.*

*Finalmente, conviene anotar que, en línea con lo expresado, el oficio N° 3.235, de 2020, de la Contraloría Regional de La Araucanía, respondió a la Municipalidad de Galvarino que procedió pagar horas extraordinarias por los servicios prestados a continuación de las labores presenciales.*

*En cambio, el oficio N° E5087, de 2020, de la Contraloría Regional de Valparaíso, ante una consulta del Hospital Carlos Van Buren, determinó que no se advierten elementos para admitir que sus funcionarios que actualmente desempeñan sus labores en la modalidad de trabajo a distancia, total o parcialmente, en atención a las actuales circunstancias sanitarias, puedan percibir el pago de horas extraordinarias ni acceder al descanso compensatorio, criterio que no se encuentra conforme con lo expuesto en el presente dictamen, por lo que procede reconsiderar ese pronunciamiento. ([Volver](#))*

**7.- COVID-19, proveedores de servicios de manera directa, cumplimiento, pago, gestión extraordinaria, fuerza mayor, crisis sanitaria. Dictamen N°E64.225 de 30 de diciembre de 2020.**

**Hechos del caso:** Un diputado requirió un pronunciamiento acerca de si resulta aplicable lo señalado en el dictamen N° 6.854, de 2020, de este origen, respecto de proveedores que prestan servicios de manera directa y sin contar con trabajadores a su cargo, considerando que los respectivos contratos no se han podido ejecutar debido a las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria para enfrentar la pandemia del COVID-19.

**Fundamento:** *Sobre el particular, cabe recordar que el citado dictamen puntualizó que procede efectuar el pago a los proveedores en los casos en que los contratos no se cumplan de acuerdo a lo pactado producto del cierre total o parcial de las oficinas e instalaciones de los órganos públicos, en lo inmediato, siempre que los proveedores mantengan vigentes los contratos de los trabajadores adscritos al respectivo acuerdo de voluntades y acrediten el cumplimiento del pago de sus remuneraciones y de las obligaciones de seguridad social.*

*Añade ese dictamen que la imposibilidad de dar cumplimiento a los contratos en los términos convenidos se deriva de una situación de caso fortuito o fuerza mayor, esto es, de la decisión de la autoridad de cerrar temporalmente las dependencias institucionales debido a la crisis sanitaria que ha conducido a la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe, siendo, por ende, un hecho irresistible y ajeno a la voluntad del proveedor.*

*En este contexto y en lo que se refiere a la situación que motiva la consulta del rubro, es preciso consignar que a través de los dictámenes N°s. 8.507, 10.379 y E36965, todos del presente año, esta Institución se pronunció sobre consultas similares, indicando que dado que la imposibilidad de que se continuaran prestando los servicios se produjo como consecuencia de las medidas adoptadas por la autoridad, se ha configurado un caso fortuito, por lo que el criterio contenido en el dictamen N° 6.854, de 2020, resulta aplicable respecto de los acuerdos de voluntades suscritos antes de que se dispusieran tales providencias.*

*Enseguida, y tal como se indicó en el antedicho dictamen N° 10.379, la exigencia de que el proveedor acredite que mantiene vigentes los contratos de trabajo del personal adscrito al contrato administrativo, así como de encontrarse dando cumplimiento a las obligaciones laborales y*

*previsionales, será obligatoria sólo en la medida que el contratista cuente con trabajadores vinculados al respectivo contrato.*

*En este contexto, es del caso indicar que lo señalado en los dictámenes mencionados es igualmente aplicable a la situación que motiva la consulta del rubro.*

*Con todo, y tal como se expuso en el singularizado dictamen N° 6.854, lo anterior es sin perjuicio de la facultad de los jefes de servicio de evaluar poner término anticipado a los contratos, fundado en el interés público, en los términos previstos en la legislación, las bases o contratos respectivos, si las circunstancias de hecho lo hacen necesario. ([Volver](#))*