

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°135

Semana del 3 al 9 de enero de 2021

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Ávila con Cuadrado."	
Tribunal	Tribunal Calificador de Elecciones	Rol N°188-2020
Resumen	<p>La aprobación del alcalde, respecto de una modificación del objeto de un contrato, requiere de la aprobación del Concejo Municipal, y la omisión de este requisito obstruye la legítima facultad del Concejo para que se fiscalice y evalúe la gestión del alcalde, especialmente para verificar que los actos municipales se hayan ajustado a las políticas, normas y acuerdos adoptados por el Concejo. Asimismo, constituye una infracción en este sentido la omisión de la licitación pública respecto de un contrato cuyo monto lo exigiera.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, motivándose la modificación del contrato en una equivocada interpretación y conclusión del original, no es posible tener por acreditado que la motivación del alcalde se haya dirigido al quebrantamiento de la normativa legal, que autorizaría su remoción. (Ver hechos y fundamentos de la sentencia)</p>	
Fecha	5 de enero de 2021	

Caso	"Ribba con Servicio de Evaluación Ambiental."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°43.799-2020
Resumen	<p>La facultad de revisión de oficio contenida en el artículo 61 de la Ley N°19.880 supone la facultad de la Administración de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad de ellos con el ordenamiento jurídico, así como su conveniencia en términos de interés general.</p> <p>Sin embargo, el ejercicio de esta facultad está limitada, entre otras, por la imposibilidad de revisar actos de contenido favorable, los cuales solo pueden ser dejados sin efecto por razones de ilegalidad y en virtud de un procedimiento invalidatorio. Este procedimiento debe someterse a la audiencia previa, como un trámite necesario, a través del cual se concreta el principio constitucional del justo y racional procedimiento, como expresión del debido proceso y comporta conferir una oportunidad para que los interesados puedan hacer valer los argumentos y antecedentes respecto a su procedencia. (Ver hechos y fundamentos de la sentencia)</p>	

Fecha	28 de diciembre de 2020
-------	-------------------------

Caso	“Ingeniería, Maestranza y Montajes Héctor Vega con Fisco de Chile.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°59.785-2020
Resumen	La única forma en que un tribunal de casación pueda revisar el monto de una sanción pecuniaria impuesta por la Administración, es que se invoque y acredite, por el recurrente, una infracción al principio de proporcionalidad, de otro modo, el recurso de casación adolecería de falta de fundamento. (Ver hechos y fundamentos de la sentencia)	
Fecha	28 de diciembre de 2020	

Caso	“Flores con Ministerio de Defensa Nacional.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°76.602-2020
Resumen	La Administración, por medio de su potestad invalidatoria, puede y debe retirar los actos administrativos contrarios a derecho, cumpliendo con hacer previa audiencia del interesado y cumpliendo con ejercerla dentro de los años desde la fecha de notificación o publicación del acto que se trata de invalidar. En concordancia con lo anterior, un dictamen de la Contraloría General de la República, que ordene a un órgano de la Administración iniciar un procedimiento de invalidación respecto de un acto administrativo, por estimar que éste adolece de un vicio de falta de probidad administrativa, debe satisfacer el estándar de una fundamentación idónea. En caso contrario, el interesado se vería vulnerado en su garantía constitucional de igualdad ante la ley. (Ver hechos y fundamentos de la sentencia)	
Fecha	4 de enero de 2020	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E65.722
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Es posible designar un suplente, ante la ausencia por lapsos inferiores a 15 días de personal que labora en una unidad unipersonal o en servicios que se otorgan ininterrumpidamente, sin embargo, la suplencia es un mecanismo de reemplazo concebido en relación con los cargos contemplados en los respectivos escalafones o plantas. En consecuencia,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	tratándose de un funcionario a contrata el que se encuentra imposibilitado para desempeñar su cargo, por un lapso igual o menor a 15 días, no es factible extender la excepción antedicha, por cuanto ello solo se aplica para la designación de un suplente en reemplazo de un titular. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	5 de enero de 2021

Dictamen	Dictamen N°E65.724
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En relación con los exámenes médicos pertinentes para comprobar el requisito de salud compatible con el desempeño del cargo al que una persona concursa, si bien, no resulta posible practicar radiografías a mujeres en estado de embarazo, ello no importa que la entidad a cargo de la evaluación no pueda realizar los exámenes médicos que estime pertinentes, resguardando tanto la salud del madre como la del hijo que está por nacer. Por otra parte, el embarazo no constituye una enfermedad, de modo que el rechazo transitorio por causa del estado de gravidez fundado en razones preventivas, como es, evitar la posibilidad de que eventualmente se pudiese presentar una enfermedad grave que llegase a ocasionar consecuencias negativas para la institución, configura una situación hipotética que se traduce en una suerte de inhabilidad temporal para el ingreso a la entidad castrense, no prevista en la ley, y que constituye una discriminación arbitraria en perjuicio de la mujer embarazada postulante. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	5 de enero de 2021

Dictamen	Dictamen N°E65.729
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Las entidades edilicias, en concordancia con su disponibilidad financiera, pueden dotar de medios materiales al concejo municipal y a los concejales, debiendo para ello tener en consideración, entre otros aspectos, que estos sean entregados para el cumplimiento de los fines institucionales y que en su asignación se dé un trato igualitario a todos los ediles. Por otro lado, atendida la situación sanitaria, se ha facultado a las entidades edilicias para otorgar los medios de apoyo que consideren pertinentes para el funcionamiento de sus respectivos concejos, con la finalidad de asegurar la continuidad mínima de sus servicios. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	5 de enero de 2021

Dictamen	Dictamen N°E65.728
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Tratándose de la ejecución de obras adicionales pactadas entre un ente público y un empresa a la cual se adjudicó una obra, no se cumplen a su respecto los supuestos previstos en el artículo 146 del decreto N°75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas –que sanciona el reglamento para contratos de obras públicas- para la procedencia de la indemnización por mayores gastos generales derivados de los aumentos de plazo que siguen a dichas obras adicionales. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	5 de enero de 2021

Dictamen	Dictamen N°E65.938
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Los datos personales pueden ser objeto de tratamiento por parte de los organismos públicos cuando recaen en materias propias de su competencia, sin el consentimiento de sus titular, sin embargo, los datos sensibles, en cambio, solamente pueden ser objeto de tratamiento en las condiciones que el artículo 10 de la Ley N°19.628 prevé. En relación con lo anterior, conforme lo dispone el artículo 12 de la Ley N°20.584, la información que surja de los documentos donde se registren procedimientos y tratamiento a los que fueron sometidas las personas, se considera como dato sensible. Así, teniendo acceso a esta información la Superintendencia de Seguridad Social, en virtud del artículo 35 de la Ley N°16.395, y estando facultada para requerir la información que estime necesaria a través de medios electrónicos, el legislador no distingue si tal acceso es presencial o remoto, por lo que no corresponde excluir esta última posibilidad. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	6 de enero de 2021

Dictamen	Dictamen N°E65.943
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La entrega de nuevos recursos, por parte de los servicios públicos, se encuentra supeditada a la presentación de las rendiciones de cuentas que debe realizar la entidad receptora de los haberes, y no a la aprobación de las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de la resolución N°9, de 2020, de la Contraloría General de la República, se modificó transitoriamente esta

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	regla, permitiendo a los receptores que requieran acogerse al procedimiento especial de rendición de cuentas que dicha normativa establece, postergar su obligación de rendir cuentas hasta julio de 2020, sin que ello les impidiera recibir, en ese periodo, las transferencias pendientes y condicionadas a la presentación de la rendición de cuenta por los recursos ya entregados, con el fin de no entorpecer la continuidad de la función pública. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	6 de enero de 2021

Dictamen	Dictamen N°E65.944
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>Para efectos de que opere el deber de abstención previsto en el artículo 6, inciso tercero, de la Ley N°10.336, es necesario que se encuentre trabada la litis, lo que requiere que la respectiva demanda interpuesta por, o contra un servicio sometido al Ente Contralor, haya sido notificada.</p> <p>En otro orden de ideas, la facultad que asiste a la Contraloría General de la República, para solicitar los datos e informaciones que necesite a las distintas autoridades, jefaturas de servicios o funcionarios, resulta inoficiosa cuando este órgano resuelve acerca de reclamaciones en contra de oficios de las Contralorías Regionales, que hayan omitido pronunciarse sobre el fondo de las respectivas solicitudes, en base a la aplicación del principio de no intervención, o por falta de antecedentes.</p> <p>A su vez, la interposición de acciones de mera certeza por parte de funcionarios a contrata, en circunstancias que no existe incertidumbre jurídica en la materia, con el solo fin de eludir la acción del Ente Contralor, empleando para ello recursos públicos, amerita se inicie un procedimiento disciplinario, sin embargo, ello no implica atribuir a dichos funcionarios la comisión de una infracción. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	6 de enero de 2021

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Ávila con Cuadrado. Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°188-2020, de 5 de enero de 2021.

Hechos del caso: Se presentaron un total de ocho cargos en contra de un alcalde, entre los que se cuenta el haber realizado una modificación al contrato celebrado con una empresa, para la tala y retiro de árboles, en la suma de \$43.744.400, omitiendo la propuesta pública y el acuerdo del Concejo Municipal.

Fundamento: 4°) *Que este Tribunal comparte el análisis del Tribunal de primera instancia que desechó los cargos atribuidos al Alcalde de la Municipalidad de Huechuraba, señor Cuadrado y, que se encuentran singularizados en el requerimiento con los números uno al ocho, con excepción del cargo número cinco, por las razones que se exponen a continuación;*

5°) *Que, bajo el cargo número 5 del requerimiento de autos, se imputa al Alcalde haber realizado una modificación al contrato celebrado, con la Empresa Alto Jardín, para la tala y retiro de árboles, en la suma de \$43.744.400, omitiendo la propuesta pública y el acuerdo del Concejo Municipal.*

De la prueba aportada a los autos se aprecia que los servicios descritos en la aludida modificación que motiva el requerimiento, -realizada por el Municipio el 13 de julio de 2017, sancionada por Decreto Exento N°01/2.048/2017 de 19 de julio de 2017, suscrito por el Alcalde señor Carlos Cuadrado Prats, correspondiente a la tala y retiro de árboles no se relaciona con las labores de mantención y equipamiento de áreas verdes que constituyen el objeto del contrato original.

El primer contrato se celebró, entre el Municipio y la empresa Alto Jardín, el 21 de enero de 2014, y fue aprobado mediante Decreto Exento N°91/2014, que sancionó el contrato de prestación de servicios de mantención de áreas verdes y equipamiento de iguales zonas de la comuna.

Este Tribunal tiene la convicción que el hecho que la autoridad haya instruido un sumario administrativo, incoado por Decreto Exento N°01/3.343/2017, que concluyó, primeramente, en sancionar al Director de la Dirección de Medio Ambiente, Aseo y Ornato de la Municipalidad, con una multa de un 5% de su remuneración mensual -que tras una reposición fue rebajada a censura- y con una anotación de demérito, no obsta la responsabilidad administrativa del Alcalde, a quien le corresponde por mandato legal, la supervigilancia del Municipio y, en consecuencia, debió ejercer un rol activo de fiscalización en los procedimientos implementados para la ejecución del cometido y observar el cumplimiento de los procedimientos legales para esta clase de contratos, en los que participó personalmente con su firma.

Esta Magistratura concluye que, la circunstancia que la autoridad haya procedido sin la aprobación del Concejo Municipal denota, por parte del Alcalde, una omisión que obstruye la legítima facultad del Concejo para que se fiscalice y evalúe la gestión del Edil, especialmente para verificar que los actos

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

municipales se hayan ajustado a las políticas, normas y acuerdos adoptados por el Concejo, lo que a juicio de este Tribunal constituye un incumplimiento a los deberes propios de su cargo y lo hace acreedor a la correspondiente sanción.

Del mismo modo, este Tribunal tiene la certeza que el hecho que se haya omitido la licitación pública, atendido el monto involucrado en esta negociación, importa una infracción que debe ser sancionada.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal ha concluido que las omisiones en que ha incurrido el Alcalde en la modificación reprochada se apoyan en una equivocada interpretación y conclusión del contrato original, destinado a la prestación de servicios de mantención de áreas verdes y equipamiento de iguales zonas de la comuna, lo que impide tener por acreditado que la motivación del Alcalde se haya dirigido al quebrantamiento de la normativa legal, que autorizaría su remoción.

En consecuencia, este Tribunal estima que el hecho denunciado bajo el número cinco del requerimiento, acreditado y acogido en esta sede, no reviste la entidad suficiente para estimar configurada la causal de contravención grave a las normas sobre probidad administrativa a que se refiere el artículo 60 letra c) de la Ley N°18.695, que autoriza aplicar la máxima sanción administrativa.

El legislador ha autorizado a la Justicia Electoral, ponderando los hechos como jurado, -de conformidad a lo estatuido en el artículo 95 de la Constitución Política de la República-, recorrer el rango de sanciones previstas en el artículo 120 de la Ley N°18.883, que Aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, cuando las conductas u omisiones sancionadas no sean de la gravedad o notabilidad que hagan acreedora a la autoridad edilicia de una sanción mayor.
([Volver](#))

2.- Ribba con Servicio de Evaluación Ambiental. Corte Suprema, Rol N°43.799-2020, de 28 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona, titular del proyecto “Piscicultura Loncotraro”, dedujo una reclamación en contra de la Resolución Exenta N°332 de 6 de agosto de 2019, de la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental –SEA- de la Región de la Araucanía, dejándola sin efecto, la cual hizo lo propio respecto de la Resolución Exenta N° 159/2019 del mismo Servicio, que resolvió la consulta de pertinencia presentada por el titular, determinando que los ajustes presentados al proyecto constituían modificaciones que no debían ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental, en adelante el “SEIA”.

La reclamación fue acogida por el Tercer Tribunal Ambiental, y en contra de ese fallo, el SEA dedujo recurso de casación en el fondo.

Fundamento: Quinto: *Que la cuestión central es discernir si la Resolución N°332/2019 fue dictada en ejercicio de la potestad invalidatoria o de aquella de revisión de oficio.*

Esta Corte ha dicho en ocasiones anteriores que la facultad de revisión de oficio contenida en el artículo 61 de la Ley N° 19.880 se distingue de la potestad de invalidación en que, siendo ambas causales de retiro de actos administrativos y de extinción -total o parcial- de sus efectos jurídicos, la revisión de oficio supone la facultad de la Administración de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad de ellos con el ordenamiento jurídico, así como su conveniencia en términos de interés general. Sin embargo, su ejercicio por parte de la Administración posee limitaciones, entre las que destaca la imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria cuando se trata de “actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia –revocación– y que solo pueden serlo por razones de ilegalidad –invalidación–”. (Corte Suprema, Roles números 4800-2007, 30.011-2017, 20.657-18 entre otras)

Sexto: Que, entonces el primer gran límite para la Administración, al ejercicio de la facultad de revocación de oficio contenida en el artículo 61 de la Ley N°19.880, es que aún de invocarse razones de mérito u oportunidad, no puede proceder a retirar un acto si el contenido de éste es favorable para el interesado.

Séptimo: Que la Resolución Exenta N°159/2019 es un acto administrativo, sin perjuicio que ésta constituye una declaración de juicio de parte del SEA, en la especie, resolvió que las modificaciones al Proyecto “Psicultura Loncotraro” propuestas como “Ajustes al Proyecto Psicultura Loncotraro”, no requerían ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sin perjuicio de las autorizaciones sectoriales que se requieran, las que deberán ser tramitadas y aprobadas ante los servicios respectivos.

Atendida dicha declaración, sólo cabe concluir que la referida Resolución constituyó para el Titular del Proyecto, un acto administrativo de contenido favorable, pues sustrajo los referidos ajustes o modificaciones del Proyecto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental con todo lo que ello implica y que evidentemente es del todo conocido por el ente reclamado.

Aun cuando dicha declaración de juicio no sea vinculante en principio para el interesado, en el caso que de determine que la modificación no requiere ser ingresada al SEIA –como ocurre en la especie– ello únicamente puede entenderse en el sentido que lo declarado por el SEA no impide que el titular del Proyecto igualmente decida someterse al SEIA voluntariamente, pero el efecto evidente es que el proponente podrá realizar los cambios propuestos o contando exclusivamente con autorizaciones sectoriales particulares.

Sin embargo, cuando la decisión es la contraria, como ocurre ahora con el acto reclamado, la cuestión cambia diametralmente, y ello pone de relieve el carácter favorable que emanaba de la Resolución

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Exenta N°159/2019. En efecto, cuando el SEA resuelve que la modificación debe someterse al SEIA, ello no deja al titular del Proyecto con libertad de decidir si se somete o no a dicho sistema. La conclusión anterior, surge de una interpretación armónica entre lo dispuesto en los artículos 3 letra j) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, el artículo 26 del Reglamento del SEIA y del Instructivo sobre Consulta de Pertinencia de ingreso de Proyectos o actividades o sus modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contenido en el Ordinario N°131456/2013 del Director Ejecutivo del SEA.

El instructivo indica en su punto 4 denominado “Respuesta a la consulta de pertinencia” párrafo cuarto, lo siguiente: “De igual modo, y conforme a lo establecido en el artículo 26 del Reglamento del SEIA, la respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia del Medio Ambiente para que, si correspondiere, ejerza la facultad de requerir el ingreso adecuado al SEIA, conforme a lo establecido en el artículo 3 letras i), j) y k) de la LO-SMA.” Este último precepto prevé que: “Artículo 3º.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: i) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley N°19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente. j) Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental, que sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, requieran de una nueva Resolución de Calificación Ambiental. k) Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la ley N° 19.300”.

Finalmente, el artículo 26 del Reglamento del SEIA establece lo que sigue en relación a la Consulta de Pertinencia: “Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia”.

Octavo: Que, de la normativa descrita precedentemente, huelga concluir que el titular de un Proyecto que propone una modificación al mismo, y que realiza una consulta de pertinencia, debe someterse al

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

SEIA cuando la respuesta a aquella así lo dictamina, pues la Superintendencia tiene atribuciones de fiscalización para así requerirlo.

Noveno: Que, en consecuencia, la Resolución Exenta N°159/2019 era claramente un acto de contenido favorable para el interesado, pues a diferencia de la Resolución Exenta N°332/2019, el titular del Proyecto –hoy el reclamante- quedaba en condiciones de dar inicio a los Ajustes del Proyecto Psicultura Loncostraro, con el solo mérito de la RCA N°42/2005, sin necesidad de someterse al SEIA, cuestión que cambió al dictarse el acto reclamado.

Décimo: Que, siendo un acto de contenido favorable, la Resolución N°159/2019 sólo pudo ser dejada sin efecto por razones de legalidad en virtud de un procedimiento invalidatorio, lo cual desde ya descarta la infracción al artículo 61 de la tantas veces citada Ley N°19.880.

Undécimo: Que, en relación a la invalidación de que fue objeto la Resolución N°159/2019 sólo cabe concluir que debe entenderse que las razones que llevaron a la Administración a dejar sin efecto dicho acto, fueron razones de legalidad, y consisten en que el SEA advirtió que ese primer pronunciamiento sobre la pertinencia era contrario a la RCA N°42/2005 y a su aclaración contenida en la Resolución Exenta N°199/2016, en relación al tonelaje máximo de producción autorizado, tanto es así, que la corrección de ese error determinó que su decisión cambiara en sentido contrario, esto es, desde la primera que eximía al proponente de la modificación, de ingresar al SEIA, a un nuevo parecer que determina que debía ingresar. Esto no puede considerarse como una mera cuestión de conveniencia, mérito u oportunidad, desde que aparece como evidente de la comparación de ambos actos, que el verdadero motivo del SEA para cambiar su decisión e invalidar el primero de ellos fue, como ya se adelantó, el que estimó que su primera decisión permitía la contravención del contenido de la RCA N°42/2005 y de su resolución aclaratoria, lo que determinaba una razón de ilegalidad al tenor del artículo 24 inciso final de la Ley N°19.300 pues, en su concepto, permitiría al titular del Proyecto producir por sobre el máximo autorizado, cuestión en la que esta Corte no ahondará en razón de lo resuelto.

Por ende, los jueces resolvieron correctamente la controversia, al determinar que efectivamente existía una razón de legalidad para invalidar la Resolución N°159/2019, sin perjuicio que para ello hayan señalado que la Resolución antes citada tenía un carácter interpretativo de la RCA, calificación que aun cuando fuere errónea, no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, pues los jueces establecen la ilegalidad en la contravención a la RCA y a su resolución aclaratoria, de modo que la denominación o calificación que le atribuyan a la Resolución N°159/2019, no obsta a lo medular, que es la ilegalidad que el SEA advirtió en su contenido.

Duodécimo: Que, en este sentido, resulta pertinente recalcar que el inciso primero del artículo 53 de la mencionada Ley N° 19.880 prescribe que: “Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

oficio o a petición de parte, invalidar los 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”.

Décimo tercero: Que, como resulta evidente, la justificación del instituto en comento se encuentra íntimamente vinculada con el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política de la República, puesto que por su intermedio lo que se busca es mantener la plena vigencia del ordenamiento jurídico y el debido respeto que en relación a él deben observar los entes públicos.

Por su parte, la jurisprudencia reiterada de esta Corte ha dictaminado que “la potestad anulatoria debe someterse a la ‘audiencia previa’ como un trámite necesario para invalidar un acto administrativo. De esta manera el legislador concreta principios constitucionales del justo y racional procedimiento (artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental), como expresión o manifestación del debido proceso, en lo relativo a la actividad de la Administración, y comporta conferir una oportunidad para que los interesados puedan hacer valer los argumentos y antecedentes respecto a su procedencia, lo cual es obligatorio” (CS Rol N° 1.416-2013; en el mismo sentido Rol N° 8996-2012, Rol N° 10607 2011 y Rol N° 8902-2014). Todo lo razonado permite a esta Corte descartar la infracción denunciada al artículo 53 de la Ley N°19.880, pues la sentencia ha aplicado correctamente este precepto al determinar que el acto reclamado fue dictado en ejercicio de la potestad invalidatoria.

Décimo cuarto: Que la reclamada también ha sostenido que el acto reclamado no le ha causado perjuicio alguno al recurrente, cuestión que deberá descartarse porque ha demostrado que el contenido del acto anulado era favorable para el interesado.

Décimo quinto: Que, establecido que el acto reclamado es invalidatorio, cabe desestimar el cuarto y último capítulo del recurso de nulidad de fondo.

Décimo sexto: Que, esta Corte estima procedente precisar, en relación a la consideración que hace el Tribunal Ambiental en el motivo décimo quinto de la sentencia recurrida, que sólo se ha invalidado el acto terminal consistente en la Resolución Exenta N°332/2019, por lo que el SEA deberá retrotraer el procedimiento al estado de citar al interesado, conservando todas las actuaciones, especialmente en lo referente a aquellas diligencias evacuadas con posterioridad a la dictación de la Resolución Exenta N°159/2019, a fin de no afectar los principios de eficacia y celeridad del procedimiento administrativo, sin perjuicio de toda otra diligencia que se estime procedente. ([Volver](#))

3.- Ingeniería, Maestría y Montajes Héctor Vega con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°59.785-2020, de 28 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: Una empresa interpuso la acción consagrada en el artículo 171 del Código Sanitario, reclamando en contra del Fisco de Chile, en razón de la dictación de la Resolución de Multa N°178S398 dictada con fecha 27 de marzo de 2017 por la Secretaría Regional

Ministerial de Salud de la Región del Biobío que sanciona a la reclamante a una multa de 150 UTM, la cual resolvió rebajar la multa impuesta a 75 UTM.

En contra de la sentencia, ambas partes apelaron, siendo revocado el fallo de primera instancia, revocándolo en aquella parte que rebajó la multa reclamada.

Finalmente, la reclamante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de alzada.

Fundamentos: *Quinto: Que, queda en evidencia, la inviabilidad del recurso, toda vez que éste se construye contrariando las circunstancias fácticas establecidas por los sentenciadores del mérito intentando variarlas, toda vez que propone que los jueces valoraron incorrectamente los antecedentes probatorios, que estaban destinadas a dejar sin efecto la multa impuesta según lo pidiera en su demanda; o en subsidio, a rebajar la multa, todo esto, sobre la base que su parte actuó cumpliendo las medidas de seguridad y protección de los trabajadores, cuestiones fácticas todas, que no fueron asentadas en la sentencia impugnada, desde que ésta estableció la efectividad de haber incurrido la actora en las infracciones que se le imputan y, aún más, porque la propia reclamante parece reconocer haber incurrido en ellas desde el momento que su prueba estuvo destinada a acreditar que adoptó las medidas para obtener las autorizaciones pertinentes, sólo a partir de la fiscalización y constatación de la contravención y no antes como lo establecen las normas vulneradas por la conducta sancionada. Asimismo, es posible advertir que tampoco allegó pruebas en el sumario desde que la persona que compareció en su representación lo hizo sin acreditar la personería, cuestión que no se subsanó y, por ende, las actuaciones de dicha persona no fueron descartadas.*

Sexto: Que, en estas condiciones, la base fundamental del recurso requiere del análisis de la prueba rendida en autos, toda vez que únicamente a través de su ponderación se podrían asentar las premisas fácticas propuestas en el arbitrio. Dicha finalidad, por cierto, es ajena a un recurso de esta especie destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley, esto es, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, lo que significa que se realiza un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero a los hechos tal y como soberanamente los han dado por probados o asentados los magistrados a cargo de la instancia, supuestos fácticos que no puede modificar esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor de la prueba, cuestión que no ha sido denunciada en el caso de autos.

Séptimo: Que, en lo que atañe a la improcedencia de rebajar la multa una vez comprobados los hechos y que éstos constituyen la infracción, y que el quantum de la misma se encuentra dentro de los parámetros legales, debe recordarse que esta Corte ha dicho en reiteradas ocasiones que, en estas circunstancias, la única forma que el tribunal pueda revisar el monto de la sanción pecuniaria es que se invoque y acredite una infracción al principio de proporcionalidad, cuestión que tampoco ha sido

motivo de la controversia ni ha sido denunciada en el arbitrio en análisis. (CS Roles 21.090-20, 68.722-2016, 39.365-2017 por mencionar algunas) ([Volver](#))

4.- Flores con Ministerio de Defensa Nacional. Corte Suprema, Rol N°76.602-2020, de 4 de enero de 2021.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección, impugnando la Resolución Exenta RA N° 7.422 de 15 de octubre de 2019, dictada por el señor Ministro de Defensa Nacional, que invalida la Resolución TRA N° 118406/124/2017 de 15 de diciembre de 2017, que dispuso el nombramiento de don Mauricio Flores Belmar como Jefe del Departamento de Gestión de Recursos Humanos de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Fundamentos: Séptimo: *Que, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, por medio de la potestad invalidatoria la Administración -de oficio o a petición de parte- puede y debe retirar los actos administrativos irregulares, contrarios a derecho, pero con dos importantes limitaciones: a) Debe hacerse previa audiencia del interesado, es decir, es necesario oír a quienes puedan verse afectados con la invalidación del acto; y b) No puede ejercerse la potestad invalidatoria si han transcurrido más de dos años desde la fecha de notificación o publicación del acto que se trata de invalidar. Este último plazo es de caducidad y no de prescripción, toda vez que la potestad de invalidación se agota con el hecho objetivo del transcurso del tiempo, sin que pueda alegarse o invocarse la existencia de causales de suspensión o interrupción del plazo, que el legislador de la Ley N° 19.880 no ha considerado.*

Octavo: *Que, habiéndose precisado los hechos en la forma señalada precedentemente, se hace necesario consignar que esta Corte no comparte las conclusiones contenidas en el Dictamen N° 22.989 de 3 de septiembre de 2019 de la Contraloría General de la República, puesto que los hechos que sustentarían la presunta transgresión al principio de probidad administrativa y al deber de abstención, establecidos en los artículos 62 N° 6 de la Ley N° 18.575 y 12 de la Ley N° 19.880, resultan insuficientes para arribar a dicha conclusión.*

En efecto, la entidad de control consideró impropio que el actor haya respondido un correo electrónico a doña Nadia Saba Cifuentes con fecha 2 de junio de 2017, esto es, en pleno desarrollo del procedimiento concursal, pero no pondera adecuadamente que la solicitud de la señora Saba fue remitida al correo electrónico concursojefaturas@ssffaa.gob.cl precisamente habilitado para formular ese tipo de consultas, y sólo con copia al correo institucional -ni siquiera personal- del recurrente. En este sentido, lo único que respondió el señor Flores Belmar fue un lacónico comentario en el que agradece la observación de la señora Saba, por lo que entender que ello supone “intervenir” en el procedimiento concursal con la intensidad que exige el artículo 62 de la Ley N° 18.575, aparece a todas luces como desproporcionado.

Por otro lado, la circunstancia que una psicóloga haya aplicado una prueba o test psicológico al actor, siendo aquella en ese momento inferior jerárquico de éste (que a sazón servía el cargo de Jefe (s) del Departamento de Gestión de Recursos Humanos de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas) tampoco constituye una contravención al principio de probidad administrativa. En efecto, en estos autos no se acreditó en modo alguno la existencia de un vínculo de amistad o algún grado de familiaridad que excediere la mera cortesía y el contacto social entre compañeros de trabajo. Por lo demás, es sabido que la aplicación de un test psicológico está sujeta a controles epistemológicos que contienen pautas metodológicas y resultados objetivos, restringiendo sustancialmente el margen de apreciación y discrecionalidad del sujeto que aplica la prueba científica.

Noveno: Que, asimismo, la entidad contralora tampoco consideró la carta remitida por el actor con fecha 1 de junio de 2017 al Jefe de División Administrativa de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, en la cual solicita dejar sin efecto su designación como secretario de la Comisión Evaluadora, por cuanto postulará al concurso para proveer el cargo de Jefe del Departamento de Gestión de Recursos Humanos, cuestión que evidencia un ánimo de proceder conforme al principio de probidad y al deber de abstención en este tipo de certámenes.

Además, de los antecedentes agregados a los autos aparece que el actor no participó de la comisión evaluadora ni directa ni indirectamente, y tampoco existió un perjuicio concreto para la persona que presentó el reclamo, puesto que ni siquiera fue incluida en la quina que se propuso al Ministerio de Defensa Nacional.

Décimo: Que, en este entendimiento, y considerando que el único fundamento concreto de la Resolución Exenta RA N° 7.422 de 15 de octubre de 2019 es el anotado Dictamen N° 22.989 de 3 de septiembre de 2019 de la Contraloría General de la República, es manifiesto que el acto impugnado carece del estándar de fundamentación exigido por los artículos 11 y 41 de la Constitución Política de la República, siendo, en consecuencia, ilegal y arbitrario, al quedar desprovisto de fundamentación idónea, vulnerándose la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, en cuanto se ha dado al recurrente un trato distinto de aquel que se ha entregado a otras personas que se han encontrado en una situación análoga, circunstancia suficiente para acoger el recurso de la manera que se dirá en lo resolutive. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- Servicio de Registro Civil e Identificación, contratos de reemplazo, plazo igual o inferior 15 días, imputación dotación máxima. Dictamen N°E65.722, de 5 de enero de 2021.

Hechos del caso: La Dirección Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación de la Región de Aysén consultó si puede efectuar contrataciones de reemplazo cuando funcionarios a contrata se encuentren imposibilitados de desempeñar sus cargos por un

periodo inferior o igual a 15 días, sin que tales designaciones sean imputables a su dotación máxima.

Fundamento: *En primer lugar, es útil indicar que la ley N° 21.192 -Ley de Presupuestos del Sector Público año 2020-, en la partida 10, capítulo 02, programa 01, correspondiente al Servicio de Registro Civil e Identificación, en su glosa N° 02, letra a), prescribe que se podrá contratar personal de reemplazo en aquellos casos que por cualquier razón funcionarios a contrata se encuentren imposibilitados de desempeñar sus cargos por un periodo superior a 15 días.*

Añade dicha glosa que esas contrataciones no se imputarán a la respectiva dotación máxima de personal y solo podrán efectuarse si la entidad cuenta con recursos disponibles para tal efecto, lo que deberá ser certificado por la autoridad superior de la institución, sobre la base del informe de su unidad de finanzas, certificación que se acompañará al respectivo acto administrativo.

Por otra parte, cabe recordar que el artículo 4° de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, dispone que las personas que desempeñen cargos de planta podrán tener la calidad de titulares, suplentes a subrogantes.

Enseguida, su inciso tercero añade que son suplentes aquellos funcionarios designados en esa calidad en los cargos que se encuentren vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso no inferior a 15 días.

Luego, su inciso sexto expresa que siempre que el financiamiento se enmarque dentro de los recursos presupuestarios asignados al respectivo servicio, no regirán las limitaciones que establecen los incisos tercero y cuarto de dicho precepto, respecto de las suplencias que se dispongan en unidades unipersonales; ni en aquellos servicios que realizan sus actividades ininterrumpidamente durante las 24 horas del día, incluso sábados, domingos y festivos.

Como puede advertirse, de acuerdo con esa norma estatutaria, por excepción resulta posible designar un suplente, ante la ausencia por lapsos inferiores a 15 días de personal que labora en una unidad unipersonal o en servicios que se otorgan ininterrumpidamente. Sin embargo, es necesario tener presente que, según lo expresado en el dictamen N° 80, de 2003, de esta procedencia, la suplencia es un mecanismo de reemplazo concebido en relación con los cargos contemplados en los respectivos escalafones o plantas.

Así, dado que en el caso que nos ocupa se trata de reemplazar a un funcionario a contrata que se encuentra imposibilitado para desempeñar su cargo por un lapso igual o menor a 15 días, mediante la designación de otro empleado a contrata, cabe concluir que no es factible extender la excepción legal antes referida, por cuanto ella solo se aplica para la designación de un suplente en reemplazo de un titular, condición que no se cumple en la especie.

Sin embargo, es del caso considerar que si bien las designaciones a contrata no pueden extenderse más allá del 31 de diciembre de cada anualidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la ley N°18.834, ello no significa limitar a la Administración en cuanto a sus facultades para determinar un período menor a éste, en la medida que cuente con los recursos para aquello y se encuentre dentro de la dotación máxima de personal que la respectiva ley de presupuestos ha fijado para el organismo.

Por tanto, a pesar de que en las circunstancias expuestas por el servicio recurrente no se configuran los requisitos de la anotada glosa presupuestaria para efectuar contrataciones de reemplazo sin que se imputen a la dotación máxima de personal, y dado que tampoco es factible extender a dicha norma presupuestaria la mencionada excepción establecida para las suplencias, cabe concluir que en tal situación el Servicio de Registro Civil e Identificación podrá contratar empleados de reemplazo para cubrir ausencias por lapsos iguales o inferiores a 15 días, en la medida que disponga de los recursos para ello y que cuente con dotación disponible, toda vez que tales designaciones serán imputables a su dotación máxima de personal. ([Volver](#))

2.- Ejército, provisión de cargos, nombramiento funcionaria embarazada, garantías constitucionales, igualdad admisión empleos públicos, regularización designación. Dictamen N°E65.724 de 5 de enero de 2021.

Hechos del caso: Una persona, auxiliar jurídico a contrata del Ejército presentó un reclamo en contra de la negativa de esa entidad a dar curso a su nombramiento como Oficial del Servicio de Justicia Militar, debido a que durante el proceso concursal convocado por esa institución se encontraba embarazada. En subsidio, manifiesta que luego de que se le notificara su aceptación en la planta institucional, se suspendió su nombramiento en virtud de lo dispuesto en el instructivo sobre austeridad y eficiencia en el uso de los recursos públicos durante la emergencia sanitaria producto del COVID-19, contenido en el oficio circular N°15, de 2020, del Ministerio de Hacienda.

Fundamento: *Puntualizado lo anterior, se debe tener presente que la Constitución Política de la República en su artículo 19, N° 17, asegura a todas las personas "La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes", garantía que es complementada por su artículo 38, que encarga al legislador orgánico asegurar la igualdad de oportunidades de ingreso a la Administración del Estado, constituyendo una concreción de la igualdad ante la ley que reconoce y ampara el N° 2 del citado artículo 19.*

En el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 16 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, previene que todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración del Estado.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Conviene añadir que la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -ratificada por Chile y promulgada por el decreto N° 789, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores- previene, en su artículo 11, N° 1, letra b), que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular (...) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;”.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley N° 18.948, ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, y en el artículo 26 del decreto con fuerza de ley N°1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que Establece Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, los Oficiales de los Servicios Profesionales del Ejército serán seleccionados por la Dirección de Personal o Comando de Personal, debiendo considerar la exigencia particular de contar con el título profesional respectivo, conjuntamente con el cumplimiento de lo previsto en la letra d) de este último precepto, el cual exige tener salud compatible con el desempeño del cargo.

Además, acorde con lo preceptuado en el artículo 34, inciso primero, del decreto N° 553, de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento de Medicina Preventiva de las Fuerzas Armadas, para el ingreso a la institución es obligatorio someterse al examen médico determinado por los respectivos Servicios Médicos de Medicina Preventiva, añadiendo su inciso cuarto, en lo que importa, que la correspondiente Dirección del Personal no podrá cursar el nombramiento de un postulante sin el certificado de salud que garantice que se encuentra en buenas condiciones médicas.

Así las cosas, la Dirección de Sanidad del Ejército, mediante su oficio DSE JESEMPRE INGRESOS (R) N° 11215/2233, de 2014, impartió instrucciones sobre el examen de salud de ingreso a la institución, estableciendo acerca del embarazo que “aunque constituye un estado fisiológico, existe la posibilidad de que secundario al embarazo, parto o puerperio la postulante presente una enfermedad grave que a corto plazo de haber ingresado a la Institución pueda derivar en inutilidad de 2da clase con las consiguientes consecuencias negativas para la Institución”.

Agrega la disposición, que no deben solicitarse exámenes radiográficos durante el primer trimestre de gestación por las alteraciones que pueden producir en el feto en desarrollo, y que se tendrá esta condición como causal de “Rechazo Transitorio” hasta 40 días después del parto o concluido el puerperio.

Pues bien, el Ejército aduce en la materia que la indicada causal permite a la candidata de que se trate aportar los antecedentes necesarios para acreditar el estado de salud exigido por la ley, en un contexto de igualdad respecto de todos los postulantes, ya que en caso de embarazo no se podría certificar la condición de salud “apto”, atendido el riesgo que conlleva para una mujer en estado de gravidez ser sometida a los exámenes de ingreso, tanto para su salud como la del hijo que está por nacer.

En este aspecto, esta Contraloría General cumple con expresar que acorde con el criterio contenido en el dictamen N° 58.401, de 2014, de este origen, si bien, no resulta posible practicar radiografías a mujeres en estado de embarazo, ello no importa que la Comisión Central de Medicina Preventiva del Ejército no pueda realizar los exámenes médicos que estime pertinentes, con el propósito de comprobar el requisito de salud compatible con el desempeño del cargo, resguardando, por cierto, tanto la salud de la madre como la del hijo que está por nacer.

Corresponde aclarar también que el embarazo no constituye una enfermedad -tal como lo ha señalado el dictamen N° 8.629, de 1985, de este origen-, de modo que el rechazo transitorio por causa del estado de gravidez fundado en razones preventivas, como es, evitar la posibilidad de que eventualmente se pudiese presentar una enfermedad grave que llegase a ocasionar consecuencias negativas para la institución, configura una situación hipotética que se traduce en una suerte de inhabilidad temporal para el ingreso a la entidad castrense, no prevista en la ley.

Así, la disposición en comento se opone a las garantías constitucionales sobre igualdad ante la ley y de admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes, pues atribuye al estado de embarazo de la mujer una condición que le impide el ingreso a la institución mientras se mantenga, lo que constituye una discriminación arbitraria en perjuicio de la mujer embarazada postulante a Oficial del Servicio de Justicia Militar respecto de aquellas que no se encuentran en estado de gestación, como también frente a los varones que también postulan.

Como puede apreciarse, el rechazo transitorio establecido por causal de embarazo en las instrucciones de la Dirección de Sanidad del Ejército pugna con lo dispuesto en la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como también con lo previsto en la ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación.

Ahora bien, conforme con el criterio contenido en el dictamen N° 16.461, de 2018, de este origen, las instrucciones que emiten los organismos del Estado constituyen pautas de administración por medio de las cuales se señalan conductas para aplicar las leyes y reglamentos, sin que puedan los servicios invocarlas para fijar normas generales y obligatorias propias de la función legislativa y de la potestad reglamentaria, máxime cuando se trata de la restricción de una garantía constitucional.

Por consiguiente, en atención a lo expuesto y teniendo presente que la regulación del embarazo en las instrucciones sobre el examen de salud de ingreso a esa institución no se aviene con lo dispuesto en la Constitución Política de la República y en la citada Convención Internacional, procede que el Ejército las ajuste al ordenamiento jurídico vigente.

Luego, y en lo que dice relación con la situación particular que afecta a la recurrente, corresponde que el Ejército adopte las medidas pertinentes con la finalidad de regularizar su ingreso a la institución en la data que le correspondía conforme a las bases del concurso, en la misma oportunidad en que se

dispuso el nombramiento para el resto de los postulantes aceptados en el indicado certamen, informando de ello a esta Entidad de Fiscalización en el plazo de 10 días hábiles contados desde la tramitación del presente oficio. ([Volver](#))

3.- COVID-19, municipalidades, medidas de gestión, sesiones concejo modalidad remota, provisión medios de apoyo, disponibilidad financiera, reglamento de funcionamiento interno. Dictamen N°E65.729 de 5 de enero de 2021.

Hechos del caso: Un concejal de Ñuñoa solicitó un pronunciamiento sobre la procedencia de que la entidad edilicia provea de implementos e insumos a los concejales que se encuentran en desempeño de sus funciones mediante modalidad a distancia o remota, como consecuencia de la situación sanitaria actual provocada por el brote del COVID- 19.

Fundamento: *En tal contexto normativo, la jurisprudencia administrativa de este Organismo Fiscalizador contenida en los dictámenes N°s. 5.500, de 2016, y 61.066, de 2016, ha precisado que las entidades edilicias, en concordancia con su disponibilidad financiera, pueden dotar de medios materiales al concejo municipal y a los concejales; debiendo para ello tener en consideración, entre otros aspectos, que estos sean entregados para el cumplimiento de los fines institucionales y que en su asignación se dé un trato igualitario a todos los ediles.*

Asimismo, como indica el citado inciso segundo del artículo 92 bis, los medios de apoyo deben estar contenidos en el reglamento interno a que hace alusión el artículo 92 de la ley N° 18.695.

Ahora bien, en consideración a la situación sanitaria, con el fin de evitar la propagación del COVID-19, los dictámenes N°s. E25002 y E51698, ambos de 2020, concluyeron que los municipios pueden efectuar las sesiones del concejo en modalidad remota o a distancia, siendo de su competencia ponderar las circunstancias particulares existentes en sus respectivas comunas y resolver las medidas que estimen necesarias, disponiendo los medios para ello.

En este contexto, las entidades edilicias se encuentran facultadas para otorgar los medios de apoyo que consideren pertinentes para el funcionamiento remoto de sus respectivos concejos, en concordancia con su disponibilidad financiera y su reglamento de funcionamiento interno.

Luego, en consideración a la pandemia que afecta al país, no se advierte impedimento en que tales medios de apoyo se incorporaran al reglamento de funcionamiento interno en una sesión distinta a la primera ordinaria, dado que los órganos de la Administración del Estado se encuentran habilitados para adoptar medidas extraordinarias de gestión interna, al tiempo de asegurar la continuidad mínima necesaria de sus servicios (aplica criterio contenido en el dictamen N° 3.610, de 2020).

Lo anterior, por cierto, no significa que la municipalidad se encuentre en la obligación de disponer la totalidad de medios que eventualmente puedan requerir sus concejales para desempeñar sus funciones desde sus domicilios. ([Volver](#))

4.- Dirección de arquitectura, obras públicas, aumentos de plazo por obras adicionales, indemnización por mayores gastos generales, causales, renovación garantía, liquidación contrato. Dictamen N°E65.728 de 5 de enero de 2021.

Hechos del caso: Una empresa reclamó por la negativa de la Dirección de Arquitectura, Región Metropolitana, a pagar mayores gastos generales en el marco del contrato “Reposición del Edificio Consistorial de la Comuna de Pedro Aguirre Cerda”, derivados de “los aumentos de plazo necesarios para ejecutar obras adicionales dispuestas por la Administración”.

Fundamento: *Puntualizado lo anterior, corresponde indicar que de la documentación tenida a la vista se aprecia que el contrato de que se trata fue adjudicado a la empresa recurrente mediante la resolución N° 2, de 2016, de la Dirección de Arquitectura, Región Metropolitana, y consideraba originalmente un plazo de 630 días corridos.*

Tales antecedentes dan cuenta, además, que por medio de las resoluciones N°s. 49 y 522, ambas de 2017, y 134, de 2018, todas de la referida dirección, se aprobaron tres convenios ad-referéndum en los que se acordaron aumentos y disminuciones de obras, trabajos extraordinarios y ampliaciones del plazo contractual por un total de 127 días adicionales.

Por último, se advierte que la contratista solicitó el pago de mayores gastos generales derivados de dichos aumentos de plazo, lo que fue rechazado por medio del oficio N° 108, de 2019, de la Dirección de Arquitectura, Región Metropolitana, y confirmado por el oficio N° 59, de 2020, de la Dirección de Arquitectura.

Pues bien, en el contexto reseñado, considerando que de los aludidos documentos y, particularmente, de las singularizadas resoluciones, aparece que los aumentos de plazo de que se trata se vinculan con la ejecución de las obras adicionales pactadas, no cabe sino concluir que no se verifican los supuestos previstos en el citado artículo 146 para la procedencia de la indemnización solicitada.

Ello, dado que las prórrogas concedidas para dichos efectos obedecen a una causal prevista en el reglamento, de lo que se sigue, acorde a lo establecido en la normativa aludida, que no corresponde el pago de mayores gastos generales por tal motivo (aplica, entre otros, los dictámenes N°s. 13.526, de 2010; 37.930, de 2013, y 77.378 de 2014, todos de este origen).

Sin desmedro de lo anterior, y teniendo en cuenta que las referidas labores adicionales fueron dispuestas ya que durante la ejecución del contrato se detectaron deficiencias de los proyectos de arquitectura, cálculo y especialidades, lo que implicó realizar ajustes a las partidas, corresponde que esa dirección adopte las medidas tendientes a que los proyectos que licite en lo sucesivo se encuentren suficientemente afinados, conforme a lo exigido en el artículo 4°, N° 22, del citado texto reglamentario, y tal como se ha indicado, entre otros, en el dictamen N° 93.128, de 2016, de este origen.

Enseguida, en lo que atañe a la reclamación de intereses por los atrasos en la solución de los estados de pago, cabe anotar que según lo informado por el propio recurrente a través de una presentación posterior, tal situación se encontraría en vías de solución, razón por la cual resulta inoficioso pronunciarse al respecto.

Por último, en cuanto a la renovación de la garantía de fiel cumplimiento requerida por la Administración mientras la recurrente no suscriba y protocolice la liquidación del convenio, es del caso hacer notar que el citado reglamento dispone, en su artículo 97, que el contratista deberá mantener vigente durante todo el contrato la garantía de fiel cumplimiento, siendo de su cargo los gastos que ello le irroque.

Asimismo, que su artículo 177 señala, en el inciso primero y en lo que interesa, que efectuada la recepción definitiva de las obras sin observaciones “se procederá a la liquidación del contrato y la autoridad que la apruebe, ordenará la suscripción y protocolización por el contratista de la resolución de liquidación”, y que una vez “Cumplida esta formalidad y si no existen saldos pendientes a favor del Fisco, se devolverá al contratista la boleta de garantía o póliza de seguro según corresponda, y el saldo de las retenciones, si las hubiere”.

En consecuencia, considerando que el requerimiento efectuado por la Dirección de Arquitectura se enmarca en lo previsto en la referida preceptiva, esta Contraloría General no advierte reparos que formular al respecto. Con todo, atendida la data de recepción definitiva de las obras -11 de julio de 2019-, ese servicio deberá adoptar a la brevedad las medidas tendientes a liquidar el contrato, restituyendo las respectivas cauciones en los términos indicados. ([Volver](#))

5.- Datos personales, datos sensibles, antecedentes médicos, acceso a la información, resguardo de información. Dictamen N°E65.938 de 6 de enero de 2021.

Hechos del caso: El Instituto de Seguridad del Trabajo reclamó en contra de la Superintendencia de Seguridad Social, por cuanto esta le ha solicitado el acceso remoto a sus sistemas informáticos de atención de pacientes, incluyendo fichas clínicas, a fin de disponer de antecedentes necesarios para el desarrollo de sus funciones fiscalizadoras.

Fundamento: *Como puede advertirse, si bien los datos personales pueden ser objeto de tratamiento por parte de los organismos públicos cuando recaen en materias propias de su competencia, sin el consentimiento de su titular, los datos sensibles, en cambio, solamente pueden ser objeto de tratamiento en las condiciones que el referido artículo 10 prevé.*

Es del caso recordar que la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, previene en su artículo 12, inciso segundo, que toda la información que surja tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

considerada como dato sensible, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 2° de la ley N° 19.628.

Ahora bien, de las disposiciones precitadas se desprende que el anotado artículo 2°, letra g), de la ley N° 16.395 habilita a la SUSESO para administrar el Sistema Nacional de Información de Seguridad y Salud en el Trabajo, lo que, según el tenor de dicha norma, implica el manejo de antecedentes relativos a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, diagnósticos, exámenes, evaluaciones, calificaciones de accidentes y enfermedades, entre otros, aspectos todos ellos que suponen el conocimiento de la ficha clínica del paciente respectivo y de otros instrumentos similares.

Siendo así, cabe sostener que la ley autoriza a la SUSESO a mantener un sistema que comprende antecedentes de las fichas clínicas de pacientes atendidos por las mutualidades, cumpliéndose de tal forma uno de los supuestos previstos en el artículo 10 de la ley N° 19.628 para el tratamiento de los datos sensibles, cual es la existencia de una norma legal que lo permita.

Por otra parte, según el tenor expreso del citado artículo 35 de la ley N° 16.395, la SUSESO para el cumplimiento de sus funciones cuenta con amplias atribuciones para inspeccionar diversos tipos de instrumentos de los organismos fiscalizados, para requerir que estos le proporcionen la información que estime necesaria a través de medios electrónicos y para que esas entidades le otorguen acceso a los sistemas de información que posean en los casos que determine esa superintendencia a través de sus instrucciones.

En particular, en cuanto a la referida facultad de la SUSESO para requerir el acceso a información - a la que alude el IST-, es necesario precisar que el legislador no distingue si tal acceso es presencial o remoto, por lo que no corresponde excluir esta última posibilidad; como asimismo que el citado artículo 35, al señalar que se deben tomar las medidas para el resguardo de la información sensible, reconoce que en virtud de tal atribución se puede acceder a datos de ese carácter.

De esta forma, habida consideración de lo dispuesto en los artículos 10 y 20 de la ley N° 19.628 y 2°, letra g), y 35 de la ley N° 16.395, no se advierte inconveniente jurídico en que la SUSESO pueda requerir al IST el acceso remoto a sus sistemas informáticos de atención de pacientes en los casos que determine a través de sus instrucciones, adoptando las medidas necesarias para el resguardo de la confidencialidad de la información sensible involucrada.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 56 de la ley N° 20.255, en concordancia con el artículo 2°, letra g), párrafo final, de la ley N° 16.395, en cuanto al deber del personal de la SUSESO de guardar reserva y secreto absolutos de las informaciones de las cuales tome conocimiento en el cumplimiento de sus labores, en las condiciones que indican esos preceptos.

[\(Volver\)](#)

6.- COVID-19, transferencias de fondos, rendición de fondos. Dictamen N°E65.943 de 6 de enero de 2021.

Hechos del caso: La Subsecretaría de Hacienda consultó sobre la pertinencia de realizar nuevas transferencias de fondos a los servicios públicos subejecutores del “Programa de apoyo a la exportación de servicios globales en Chile”, que postergaron las rendiciones de cuentas del primer semestre del año 2020, de acuerdo con lo autorizado por la resolución N° 9, de 2020, de esta Contraloría General.

Fundamento: *Sobre el particular, este Ente Fiscalizador, en ejercicio de las competencias conferidas en los artículos 98 de la Constitución Política de la República; 85 a 94 de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General; 52, 53, 54, 55, 58, 60 y 61 del decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado, fijó las normas de procedimiento sobre rendición de cuentas en la resolución N° 30, de 2015.*

El artículo 18 de la citada resolución, prescribe, en síntesis, que los servicios no entregarán nuevos fondos a rendir cuando ésta se haya hecho exigible y no se haya rendido cuenta de la inversión de cualquier fondo ya concedido.

Añade su inciso segundo que “en el caso de existir transferencias en cuotas, no procederá el otorgamiento de nuevos recursos mientras no se haya rendido cuenta de la transferencia anterior”.

Su artículo 26 prevé que las rendiciones de cuentas de transferencias entre servicios públicos se hacen exigibles mensualmente, en la oportunidad que indica.

Al respecto, la reiterada jurisprudencia de este Organismo de Control, contenida en sus dictámenes N°s. 42.623, de 2012, 65.107, de 2015, 60.371, de 2016 y 10.210, de 2017, entre otros, ha precisado que la entrega de nuevos recursos se encuentra supeditada a la presentación de las rendiciones de cuentas que debe realizar la entidad receptora de los haberes, y no a la aprobación de las mismas.

Ahora bien, en el contexto de la pandemia del COVID-19, la resolución N° 9, de 2020, de este origen, modificó la citada resolución N° 30, incorporando, en lo que interesa, los artículos tercero y cuarto transitorios.

El artículo tercero transitorio señala que las rendiciones de cuentas que sean exigibles durante el primer semestre del año 2020, podrán efectuarse, de manera excepcional, en una única rendición en el mes de julio de 2020, agregando que la decisión de acogerse a este plazo excepcional recaerá en el receptor o ejecutor de los recursos respectivos, sin que sea necesario modificar los contratos ni los actos aprobatorios de los traspasos.

El artículo cuarto transitorio precisa que no obstante lo dispuesto en el inciso segundo del aludido artículo 18, en caso que existan transferencias que se encuentren pendientes y condicionadas a la presentación de la rendición de cuenta por los recursos ya entregados, los traspasos se efectuarán en

la oportunidad convenida en los respectivos contratos y actos administrativos que los hubieren aprobado.

Como se advierte, a través de la aludida resolución N° 9, esta Entidad de Control modificó transitoriamente la regla contenida en el referido artículo 18, permitiendo a los receptores que requirieran acogerse al referido procedimiento excepcional, postergar su obligación de rendir cuentas hasta julio de 2020, sin que ello les impidiera recibir, en ese periodo, las transferencias pendientes y condicionadas a la presentación de la rendición de cuenta por los recursos ya entregados, con el fin de no entorpecer la continuidad de la función pública.

Precisado lo anterior, en cuanto a los recursos por los que se consulta, cabe señalar que ellos derivan del crédito contratado con el Banco Interamericano de Proyectos, aprobado por el decreto supremo N° 9, de 2018, del Ministerio de Hacienda, a desembolsarse entre los años 2018-2021. Tal convenio contempla a esa subsecretaría como órgano ejecutor del programa y a diversas entidades públicas como subejecutoras.

Luego, conforme a la glosa 02 de la partida 08-01-09 del Ministerio de Hacienda, de la ley de presupuestos del año 2020, tales fondos serán transferidos a las entidades previstas en su subtítulo 24-02, previa firma de un convenio que señale “el uso de los mismos, los objetivos a cumplir, y la forma de rendirlos”, y “en base a un programa de caja mensual asociado a la ejecución de las actividades”.

A su vez, acorde al numeral V del manual operativo de esa cartera de Estado, aprobado por su resolución exenta N° 68, de 2018, cada transferencia queda sujeta a la condición de que, al menos, se haya invertido el 65% de lo anteriormente transferido, debiendo rendirse la cuenta de acuerdo a la resolución N° 30, de 2015, de este origen.

Por su parte, los convenios suscritos al afecto, entre ellos, los aprobados por los decretos N°s. 369 y 902, ambos de 2020, del Ministerio de Hacienda, han previsto dichas condiciones, estableciendo, además, en su cláusula segunda, que “los recursos serán transferidos en conformidad a un programa de caja mensual asociado a la ejecución de las actividades, el cual deberá ser presentado junto con la rendición de gastos del mes anterior”.

Como puede apreciarse, los acuerdos suscritos supeditan la entrega de nuevos recursos a la presentación de las rendiciones de cuentas de los haberes anteriormente entregados, conforme a las normas de carácter permanente contenidas en la resolución N° 30.

No obstante, respecto de las entidades subejecutoras que optaron por acogerse al procedimiento regulado en la resolución N° 9, la obligación de rendir cuenta de los recursos anteriormente entregados fue postergada por el lapso que allí se estableció, por lo que esa subsecretaría pudo efectuar

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

las transferencias correspondientes en la forma y oportunidad previamente convenida, sin perjuicio de encontrarse pendiente tal rendición.

Finalmente, dado que las normas sobre rendición de cuentas se encuentran dentro del ámbito de competencia de esta Contraloría General, el Ministerio de Hacienda deberá adecuar el numeral 15 de su oficio circular N° 15, de 2020, a lo expuesto en el presente oficio (aplica criterio contenido en el dictamen N° 28.901, de 2012). ([Volver](#))

7.- Responsabilidad administrativa, acciones declarativas de mera certeza, término contrata. Dictamen N°E65.944 de 6 de enero de 2021.

Hechos del caso: El director (s) del Servicio de Vivienda y Urbanización de la región del Maule solicitó la reconsideración del dictamen N°5.346, de 2020, de la Contraloría General de la República, que ordenó a la Contraloría Regional del Maule iniciar un procedimiento disciplinario destinado a hacer efectivas las responsabilidades administrativas de los funcionarios del apuntado servicio público que habrían estado involucrados en la interposición, ante los tribunales de justicia, de acciones declarativas de mera certeza en contra de los exfuncionarios que señala, lo que tuvo por efecto inhibir el control de legalidad por parte de esta Entidad Fiscalizadora de los actos administrativos que dispusieron la no renovación de sus respectivas contrata.

Fundamento: *Como cuestión previa, corresponde precisar que el dictamen N° 5.346, de 2020, confirmó el oficio N° 876, de 2019, de la Contraloría Regional del Maule, en cuanto se abstuvo de emitir un pronunciamiento acerca de la no renovación de la contrata del señor YY por haber deducido, el SERVIU, una demanda de declaración de mera certeza en su contra, dando lugar al deber de no intervención previsto en el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336.*

Igualmente, en lo que atañe al señor XX, el dictamen confirmó el oficio N° 860, de 2019, de la misma sede regional, que no se pronunció sobre la no renovación de la contrata de aquel, por cuanto, sostuvo, el asunto también estaba sometido al conocimiento de los tribunales de justicia en razón de una acción de idéntica naturaleza presentada por el SERVIU en contra del referido exfuncionario.

Expuesto lo anterior, y en lo que se refiere al caso particular del señor XX y la alegación del SERVIU, en cuanto a que a su respecto no se encontraba trabada la litis, corresponde expresar que de la documentación tenida a la vista, aparece que, efectivamente, dado que la demanda en contra de aludido exfuncionario no había sido notificada, la Contraloría Regional del Maule no estaba sujeta al deber de abstención previsto en el mencionado artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336 -tal como lo había dispuesto el oficio N° 860, de 2019-, de manera que, respecto de este punto, se reconsidera el dictamen N° 5.346, de 2020.

No obstante, resulta conveniente aclarar que la indicada sede regional se encontraba igualmente imposibilitada de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la reclamación deducida por el referido

exservidor por carecer de los antecedentes suficientes para ello, motivo por el cual mediante el mismo oficio N° 860, de 5 de febrero de 2019, le solicitó al SERVIU que aportara la documentación necesaria, a lo que dicho organismo dio cumplimiento tan solo con fecha 2 de junio de 2020.

Así, solo una vez recibida tal información la citada sede regional de esta Entidad de Fiscalización pudo emitir, con fecha 30 de julio de 2020 -es decir, en una data posterior a la emisión del pronunciamiento reclamado-, el oficio N° 4.093, a través del cual determinó, después de analizar los antecedentes laborales del señor XX, que, a la época en que la autoridad decidió no prorrogar su designación para el año 2019, aquel no cumplía con los requisitos para invocar el principio de la confianza legítima, de modo que el término de su contrata se produjo por el solo ministerio de la ley acorde con el artículo 153 de la ley N° 18.834, sin apreciar alguna irregularidad en dicha resolución, antecedente que deberá ser ponderado en el sumario administrativo instruido por la Contraloría Regional del Maule.

A continuación, y en cuanto a que previo a emitirse el dictamen N° 5.346, de 2020, no se le solicitó informe al SERVIU, cabe señalar que el artículo 9°, inciso segundo, de la ley N° 10.336, prescribe, en lo que interesa destacar, que el Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de Servicios o funcionarios, los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores.

Ahora bien, en el contexto de la referida facultad legal, se debe recordar que los oficios Nos 876 y 860, ambos de 2019, de la Contraloría Regional del Maule, no emitieron pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento –por aplicación del principio de no intervención, el primero, y por falta de antecedentes, el segundo-, y no habiendo aportado los reclamantes documentación adicional al respecto, el requerimiento de informe, cuya omisión alega el SERVIU, era una gestión inoficiosa para la emisión del dictamen N° 5.346, de 2020, en lo concerniente a la confirmación de lo resuelto en ese sentido por la Contraloría Regional de Maule en tales oficios.

Adicionalmente, el pronunciamiento reclamado expresó que la interposición de las referidas acciones ante los tribunales ordinarios por parte del SERVIU, no existiendo incertidumbre jurídica en la materia y persiguiendo como efecto eludir la acción de esta Entidad de Control en el asunto, configura un abuso del derecho, haciendo presente, además, que con dicho propósito se utilizaron recursos públicos, por lo que la Contraloría Regional del Maule debía iniciar un procedimiento disciplinario para proceder a hacer efectivas las responsabilidades administrativas de los funcionarios del aludido órgano de la Administración que participaron en las irregularidades descritas.

En este sentido, cabe señalar que lo anterior fue dictaminado en cumplimiento de las facultades constitucionales y legales establecidas en los artículos 98 y siguientes de la Constitución Política y las disposiciones 1° y 6° de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General de la República, en virtud de las cuales le corresponde a esta Institución de Control ejercer el

control de legalidad de las actuaciones de la Administración, para cuyo ejercicio no es requisito haber solicitado informe previo del respectivo organismo, como parece entender la entidad recurrente.

Por otra parte, la orden de instruir un procedimiento disciplinario a fin de hacer efectivas las eventuales responsabilidades administrativas de los servidores del SERVIU que tuvieron participación en la interposición de las referidas acciones declarativas de mera certeza ante los tribunales ordinarios de justicia -tal como lo dispuso el dictamen N° 5.346, de 2020-, no implica atribuir a aquellos la comisión de una infracción.

En efecto, según el artículo 134, inciso primero, de la ley N° 10.336, los sumarios administrativos son el medio formal de establecer hechos sujetos a una investigación, agregando, el artículo 2° de la resolución N° 510, de 2013, de esta Entidad de Control - Reglamento de Sumarios Instruidos por la Contraloría General de la República-, que en el evento de ser tales actuaciones constitutivas de infracción administrativa, dicho procedimiento constituye, además, el medio formal para determinar la participación y la responsabilidad consiguiente de los funcionarios involucrados, de manera que los servidores afectados podrán hacer valer las alegaciones que estimen necesarias en las instancias pertinentes del sumario administrativo sustanciado por la Contraloría Regional del Maule.

Por lo tanto, contrariamente a lo que sostiene el órgano recurrente, en la especie no se advierte una infracción a los principios del debido proceso que haya significado coartar sus posibilidades de defensa, ni las de los servidores del mismo cuyas responsabilidades administrativas pudieren estar comprometidas en las irregularidades expresadas.

Enseguida, en lo que dice relación con el supuesto trato más favorable que se le dio a la Municipalidad respecto de la cual se pronunció el dictamen N° 39.570, de 2000, corresponde puntualizar que en el caso que nos ocupa, el SERVIU dispuso la no renovación de las contrata de los señores YY y XX con fecha 29 de noviembre del año 2018 y, precisamente, previendo las eventuales reclamaciones que los citados servidores podrían deducir ante esta Entidad de Control, presentó sendas acciones declarativas de mera certeza en contra de los mismos, ante los tribunales de justicia, el día 5 de diciembre de la misma anualidad, lo que da cuenta de una preparación destinada inhibir por dicha vía jurisdiccional la intervención de esta Contraloría General en el asunto de que se trata.

Por el contrario, en la situación que atañe a la citada entidad edilicia, no se advierte la indicada circunstancia, toda vez que este Órgano de Control había emitido previamente dos dictámenes -Nos 32.981 y 49.449, ambos de 1999-, respecto de la situación particular de ese organismo público, los cuales intentó incumplir mediante la presentación posterior de una demanda en un juicio declarativo civil, motivo por el cual bastó disponer la orden de acatar los referidos pronunciamientos para resolver el asunto mencionado. ([Volver](#))