

**Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público**

**N°136**

**Semana del 10 al 16 de enero de 2021**

**ZÚÑIGA – CAMPOS**  
**ABOGADOS**

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°136

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	<b>“Jara y otros con Servicios de Evaluación Ambiental.”</b>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°8573-2019
Resumen	<p>En el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, el principio de participación ciudadana se traduce en el ejercicio del derecho a la información, del derecho a opinar responsablemente y del derecho a reclamar.</p> <p>En relación con este derecho a reclamar, este surge cuando la autoridad ambiental no cumple con su deber de ponderar debidamente las observaciones de la ciudadanía, que hayan sido formuladas en tiempo y forma y que cual se materializa en los recursos de reclamación en sede administrativa y jurisdiccional. A su vez, la debida consideración que debe hacer la autoridad administrativa o el juez, de este reclamo, consiste en un pronunciamiento que verifique o descarte las falencias acusadas en las reclamaciones.</p> <p>En otro orden de ideas, la participación de los pueblos afectados por un proyecto, en el proceso de consulta indígena, les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto, las que el Servicio de Evaluación Ambiental debe examinar en su mérito y, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad. Sólo de esa manera se puede dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 4° de la Ley N°19.300, otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas de su interés.</p> <p>Lo expuesto anteriormente lleva a reconocer que el proceso de participación ciudadana y de consulta indígena son distintos, pero tienen un objeto en común, que es permitir que la comunidad plantee sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados ambientalmente.</p> <p>Por otra parte, la circunstancia de existir una laguna legal en materia del control de legalidad de la consulta indígena, determina que se debe realizar</p>	

	<p>un proceso de integración legal, para efectos de entregar la tutela efectiva. Esta integración se efectúa adecuadamente aplicando el principio de analogía, acudiendo a la misma ley y las reglas que, sobre control de legalidad, establece para el proceso de participación ciudadana. Este proceso determina la procedencia de la reclamación ante el Tribunal Ambiental, para impugnar aquellas materias que no fueron resueltas en su oportunidad por el Comité de Ministros, vinculadas a la consulta indígena. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos de la sentencia</a>)</p>
Fecha	13 de enero de 2021

Caso	<p>“Consejo para la Transparencia con ministros de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago Jorge Zepeda y Fernando Carreño, y el abogado integrante Rodrigo Rieloff.”</p>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°39.636-2020
Resumen	<p>El principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar. Se sigue de ello que la interpretación de dichas excepciones, debe efectuarse restrictivamente.</p> <p>En el caso particular del principio de reserva o secreto tributario, una de sus finalidades es evitar que se pongan en evidencia tanto el patrimonio como el presupuesto de una persona determinada. Sin embargo, dicha información, en el caso de un órgano de la Administración del Estado, tiene el carácter de pública, por lo que puede ser solicitada y obtenida por quien así lo desee, careciendo de sentido hacer extensivo dicho principio de secreto o reserva. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos de la sentencia</a>)</p>	
Fecha	15 de enero de 2020	

Caso	<p>“Escalona con Ministerio de Salud y otro.”</p>	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°154.769-2020
Resumen	<p>Si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona. Esto último, pues se trata de un derecho consagrado en la Constitución, razón por la cual, conforme al principio de supremacía constitucional, prevalece respecto de los demás cuerpos normativos. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos de la sentencia</a>)</p>	
Fecha	15 de enero de 2021	

Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°104.531, 26 de noviembre de 2020; CS, Rol N°69.806-2020, 3 de agosto de 2020; CS, Rol N°30.287-2020, 23 de junio de 2020; CS, Rol N°33.083 2019, 15 de mayo de 2020; CS, Rol N°33.189-220, 5 de mayo de 2020, CS, Rol N°25.230-2019, 10 de octubre de 2019; CS, Rol N°43.250.2017, de 29 de diciembre de 2017; CS, Rol N°2.494-2018, de 27 de febrero de 2018; CS, Rol N°8.523-2018, de 19 de junio de 2018.; CS, Rol N°17.043-2018, de 6 de noviembre de 2018; CS, Rol N°22.960-2018, de 28 de noviembre de 2018; CS, Rol N°11.093-2019, de 27 de mayo de 2019; CS, Rol N°8.319-2019, de 10 de junio de 2019; CS, Rol N°18.451-2019, de 13 de agosto de 2019; CS, Rol N°31.858-2019, 7 de enero de 2020.
----------------------------	---

**JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA**

Dictamen	<b>Dictamen N°E65.937</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>El beneficio de sala cuna, en cualquiera de sus modalidades, debe extenderse de forma igualitaria para todas las madres trabajadoras con hijos menores de dos años, resultando improcedente hacer distinciones en base al cargo que se desempeñe o remuneraciones que se perciban, y constituye una obligación legal. En relación a la determinación del monto en dinero que se debe entregar a cada funcionaria que accede al beneficio en la modalidad alternativa, pagándose directamente a la funcionaria, este no podrá ser inferior al mínimo monto que se paga por aquel ni superior al tope que presupuestariamente se haya indicado para el mismo. En relación con lo anterior, es admisible se establezcan montos diferenciados para la entrega del beneficio de sala cuna, cuando ello atiende al costo de la vida en determinadas zonas geográficas. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	6 de enero de 2021

Dictamen	<b>Dictamen N°27</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>La Ley N°18.834 no exige realizar concursos tratándose de la selección de personal a contrata, por lo que la superioridad de un servicio público puede fijar las bases que la regirán, obligándose a proceder conforme a ellas y sin contradecir los principios generales comunes a todo certamen. Por ende, la participación con derecho a voz, de un representante de la asociación de funcionarios con mayor representación en el establecimiento, regulada en el</b>

	<b>manual de reclutamiento y selección del personal a contrata, se enmarca dentro de las potestades legales de la superioridad de un servicio público de salud. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	7 de enero de 2021

Dictamen	<b>Dictamen N°30</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>Es responsabilidad del Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU) arbitrar las medidas que correspondan respecto de aquellas viviendas adjudicadas en virtud del subsidio habitacional regulado por el decreto N°49 de 2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Reglamento del Programa de Fondo Solidario de Elección de vivienda, cuyos procesos de fiscalización no acreditaron ocupación de sus beneficiarios. Asimismo, le compete regularizar la situación de aquellas viviendas que tengan autorizaciones vencidas de arriendo y/o habitar los fines de semana. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	7 de enero de 2021

Dictamen	<b>Dictamen N°31</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>La contratación por trato directo de ciertos servicios por parte de los municipios constituye una excepción al sistema de propuesta pública, que solo resulta aplicable cuando el tipo de operación lo haga necesario, y en la medida que se configuren circunstancias o características de la convención a celebrar que la hagan del todo indispensable para el interés público. En la misma línea, la causal que se invoque para un trato directo requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, no bastando la sola referencia a disposiciones legales. Finalmente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley N°18.695, el alcalde o alcaldesa no requerirá el acuerdo del Concejo Municipal para celebrar aquellas contrataciones, por trato directo, mientras no superen individualmente un monto equivalente a 500 UTM. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	7 de enero de 2021

Dictamen	<b>Dictamen N°E66.395</b>
Órgano	Contraloría General de la República

Resumen	<b>Los funcionarios de planta y a contrata de los servicios de salud, que no disponen de un cupo financiero para acceder a la asignación de turno que regula el artículo 94 del decreto con fuerza de ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, sólo tienen derecho a que el trabajo extraordinario efectivamente realizado sea compensado con descanso complementario. Si ello no fuera posible, tendrán derecho a ser compensados con un recargo en sus remuneraciones, sin que pueda considerarse el promedio del entero de éstas durante los doce meses anteriores al inicio de la nueva distribución de la jornada de trabajo. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	7 de enero de 2021

Dictamen	<b>Dictamen N°E68.317</b>
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<b>El Estado y sus organismos deben observar el principio de legalidad del gasto, por lo que las deudas por remuneraciones, obligaciones previsionales y adquisición de bienes y servicios en que hubieren incurrido las corporaciones municipales en virtud de la prestación de servicios educacionales, de forma previa a la entrada en vigor de la Ley N°21.040, deben ser asumidas por ellas y no son transferibles a los Servicios Locales de Educación Pública ni al Ministerio de Educación. (<a href="#">Ver hechos y fundamentos del dictamen</a>)</b>
Fecha	15 de enero de 2021

## JURISPRUDENCIA JUDICIAL

**1.- Jara y otros con Servicios de Evaluación Ambiental. Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N°8573-2019, de 13 de enero de 2021.**

**Hechos del caso:** La Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca (AIASIQ) y don Luis Jara dedujeron reclamaciones en contra de la resolución de calificación ambiental N°69/2015, que calificó ambientalmente de manera favorable un proyecto, las que fueron rechazadas por el Comité de Ministros, en su resolución N°1317, de 15 de noviembre de 2016.

A su vez, el Segundo Tribunal Ambiental rechazó la reclamación judicial de AIASIQ y acogió parcialmente la de don Luis Jara, anulando parcialmente la resolución exenta N°1317/2016 y, con ello, la resolución de calificación ambiental N°69/2015, solo en la parte relativa a las medidas y condiciones establecidas para hacerse cargo del impacto ambiental del proyecto del que es titular la Compañía Minera Cerro Colorado, respetando los plazos máximos de recuperación que se derivan de la aplicación de la resolución exenta N°67/2011.

En contra de este fallo, la Asociación Indígena, la Compañía Minera y el Servicio de Evaluación Ambiental, dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo.

**Fundamento:** *D) Respecto del fondo de las vulneraciones denunciadas por el SEA y CMCC.*

*Trigésimo séptimo: Que un primer punto de reproche compartido por los recursos entablados tanto por CMCC como por el SEA, dice relación con la competencia del Tribunal Ambiental para analizar la suficiencia e idoneidad de las medidas de mitigación previstas en la RCA N°69, en el marco de la reclamación del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600.*

*En lo que interesa al punto en análisis y abundando en aquello que ya se expresó a propósito del rechazo de los arbitrios de nulidad formal, resulta necesario atender a lo preceptuado en el artículo 29 de la Ley N°19.300 que dispone, en su inciso primero: “Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto”. Agrega en los incisos tercero y cuarto: “El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.*

*Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Trigésimo octavo: Que la referida norma, contenida en el Párrafo 3°, Título II, denominado “De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental” es una concreción el principio de participación ciudadana que, entre otros, orienta la Ley N°19.300, que regula el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, reconocido como una garantía constitucional en el numeral 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Respecto de este principio, el Mensaje con el que el Presidente de la República envió el proyecto de ley señaló: “el proyecto establece el principio participativo. Este principio es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto (...). El principio de la participación se puede apreciar en muchas de las disposiciones. En primer término, procurando que las organizaciones locales puedan informarse y, en definitiva, hasta impugnar los nuevos proyectos en proceso de autorización por causar un impacto ambiental significativo y negativo sobre el ambiente. Se pretende que terceros distintos de los patrimonialmente afectados puedan accionar para proteger el medio ambiente, e incluso obtener la restauración del daño ambiental”.*

*En este aspecto, el artículo 4° de la ley citada expresa: “Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente”, mientras que el artículo 26, preceptúa: “Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan”.*

*A su turno, el mensaje del proyecto de ley que más tarde se convertiría en la Ley N°20.417, señaló como uno de los ejes estructurantes de su propuesta la participación ciudadana, indicando: “una de las críticas habituales al actual modelo institucional es la insuficiencia de participación ciudadana. (...) Un sistema de participación ciudadana transparente, informado y público puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también a una adecuada gobernabilidad ambiental”.*

*En doctrina, la participación ciudadana ha sido definida como “el conjunto de directrices, principios y normas dispuestas por la ley y la autoridad competente que permiten a las personas, naturales y jurídicas, y a las organizaciones sociales y comunitarias afectadas o interesadas en alguna forma por distintos eventos de relevancia ambiental ser incorporadas formalmente al proceso decisional que lleva a la adopción de políticas y medidas de carácter medioambiental, a la autorización de actividades que importan un compromiso ambiental, a la dictación de regulaciones pertinentes y a la resolución de los conflictos que se presenten” (Moreno Santander, Carlos, Participación ciudadana en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, LexisNexis, Santiago, 2004, p.47).*

*En el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental el referido principio se traduce en el ejercicio, por parte de la comunidad: a) del derecho a la información, que se manifiesta en la obligación*



*legal que pesa sobre el proponente a publicar, a su costa, un extracto del proyecto o actividad sometida a la Evaluación de Impacto Ambiental, tanto en el Diario Oficial como en algún periódico de circulación nacional o regional, según corresponda (artículos 27, 28 y 31); b) del derecho a opinar responsablemente, que se traduce en las observaciones fundadas que las personas naturales directamente afectadas como los representantes de las entidades ciudadanas con personalidad jurídica pueden realizar al proyecto o actividad sometida al Estudio de Impacto Ambiental (artículo 29) y; c) del derecho a reclamar, que surge cuando la autoridad ambiental no cumple con su deber de ponderar debidamente las observaciones que la ciudadanía formuló en tiempo y forma, y que se materializa mediante la interposición del recurso de reclamación consagrado en el artículo 29 de la ley en comento.*

*Se ha referido que la participación ciudadana en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental constituye “una concreción del principio de cooperación de los ciudadanos con la Administración, puesto que en ocasiones la acción de ésta resulta insuficiente para la tutela efectiva del ambiente, de modo que a la ciudadanía corresponde un activo rol de colaboración en dicha función de interés público (...) Desde esta óptica, para algunos autores la participación ciudadana presenta carácter dual, esto es, constituye tanto un derecho como un deber de la ciudadanía”. (Mirocevic Verdugo, Camilo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso-Chile, 2011, 1er semestre, pág.282).*

*Trigésimo noveno: Que es evidente la trascendencia reconocida a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental de los proyectos presentados al sistema pertinente, otorgando el legislador a estos terceros no sólo el derecho a realizar observaciones, obligando a la autoridad a pronunciarse fundadamente respecto de aquellas, sino que, además, entrega el derecho a deducir, primero, reclamación en sede administrativa ante el Comité de Ministros, según se dispone en el artículo 29 de la Ley N°19.300 en relación al artículo 20 del mismo cuerpo legal y, luego, en sede judicial, conforme lo dispone el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600.*

*Cuadragésimo: Que, en efecto, aquellas personas que han participado en el periodo de observación ciudadana, desde un punto de vista restringido, tienen un interés en aquello que se resuelva en relación a sus observaciones pero, desde una perspectiva amplia, aquél se expande a la decisión final de la autoridad en relación a la integridad del proyecto.*

*Esta Corte ha señalado con anterioridad que “al referir la ley a una ‘debida consideración’, indudablemente no se está aludiendo a una sola exposición formal de aquellas y una decisión a su respecto, sino que obliga a sopesar y aquilatar el contenido de las mismas. En consecuencia, para establecer si las observaciones fueron o no debidamente consideradas, se debe examinar el mérito de los antecedentes que forman parte del proceso de evaluación ambiental” (CS Rol N°12.907-2018).*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*En este sentido, si el reclamante en sede administrativa entregó argumentos técnicos o jurídicos pretendiendo desvirtuar lo consignado en la RCA, se cumplen las exigencias que permiten declarar admisibles las reclamaciones debiendo, en consecuencia, emitir el Comité de Ministros un pronunciamiento a su respecto, verificando o descartando las falencias acusadas en las reclamaciones, examen que en este caso se refería a la debida consideración de las observaciones previas, lo cual no fue cumplido por la RCA, como tampoco por el señalado Comité de Ministros.*

*Cuadragésimo primero: Que, en efecto, de los antecedentes aparece que la observación signada con el numeral N°218, presentada por Luis Jara Alarcón refiere que el “Bofedal Lagunillas ha sufrido un daño ambiental irreparable y actualmente continúa experimentando daño, como consecuencia de la extracción de aguas subterráneas por parte de CMCC, daño que se verá acentuado por la nueva solicitud de la referida sociedad”, acusa además una disminución del potencial hidráulico del acuífero y la desaparición del sistema de vertientes que alimentaba el bofedal, concluyendo que “esta situación se presentó con una extracción de agua subterránea inferior a la que se autorizó mediante la Resolución Exenta N°67/2011 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, que autorizó un régimen de 150 l/s total desde los pozos de producción”.*

*Añade en su observación N°221 que “ya no se puede hablar de ‘continuidad’ ya que se aumentan los impactos ambientales, en particular a lo que se refiere al nivel de recuperación del agua subterránea”.*

*Frente a ello, la evaluación técnica de la observación señaló, en lo medular, que “los antecedentes entregados permiten visualizar todos los compromisos de la citada Resolución (se refiere a la RCA N°67/2011), la forma de cumplimiento actual y la forma en que el presente proyecto mantiene o modifica dicha obligación y su forma de cumplimiento, respecto de las obligaciones que son parte del Plan de Trabajo y que tienen relación con aspectos técnicos, de reporte a la Autoridad, de actualización de información y de estudios complementarios”. En concordancia con lo anterior, la RCA dispone que la medida HI-1, esto es, el cambio del punto de extracción del agua utilizada en el riego del bofedal, debe ser concretada durante el primer año de operación del proyecto, esto es, durante el año 2017, con el objeto de reducir los tiempos de recuperación y lograr un restablecimiento de las condiciones originales “generando menor impacto al ya asumido por la RCA N°67/2011. Lo anterior implica que, del caudal considerado extraer e 135 l/s, una vez comenzando a operar el nuevo pozo, debe descontarse el requerimiento de riego al bofedal, quedando un caudal autorizado de extracción en el acuífero Pampa Lagunillas, hasta el año 2023”.*

*Al tenor de la observación y de la respuesta de la autoridad ambiental, atendido lo razonado hasta ahora, el examen sobre su debida consideración ciertamente obligaba al Tribunal Ambiental a analizar si aquellas medidas de mitigación efectivamente cumplían con hacerse cargo del impacto denunciado por el observante, análisis que, como se dijo, no está en la RCA, como tampoco en el razonamiento del Comité de Ministros.*

*Cuadragésimo segundo: Que, en este orden de ideas, el fallo es claro en indicar que, tal como expresa el observante, la “continuidad” no es tal, sino que se trata de trabajos que aumentan el impacto ambiental, causando que un acuífero que originalmente se recuperaría el año 2050, ahora, luego de la proposición de una serie de medidas, lo haga en el año 2062, incremento temporal que por sí solo resulta suficiente para concluir la presencia de una afectación al medio ambiente, de la cual el titular, como tampoco la autoridad ambiental, se han hecho cargo debidamente.*

*A lo anterior se añade que las medidas de mitigación, si bien causan un afecto de adelantar dicha recuperación, ello es sólo desde el año 2075 al año 2062, todo lo cual lleva a colegir que la observación no ha sido debidamente abordada, por cuanto no se han propuesto medidas que atiendan al impacto que por su intermedio se denuncia.*

*Cuadragésimo tercero: Que, en consecuencia, no se observa que los sentenciadores hubieren incurrido en un yerro jurídico al momento de evaluar la idoneidad de las medidas propuestas, puesto que se trata únicamente del ejercicio de la competencia que les es atribuida por ley, en el marco del examen de la debida consideración de las observaciones planteadas por el reclamante, en la etapa de participación ciudadana.*

*Cuadragésimo cuarto: Que lo anterior se vincula a la afirmación que se consigna en el motivo quincuagésimo primero del fallo, en orden a que el plazo de recuperación de los niveles freáticos del acuífero no resultaba disponible para el titular, como tampoco para la autoridad ambiental, la cual debe necesariamente relacionarse con el carácter de “continuidad” que se predica del proyecto aprobado. En efecto, aprobada una RCA respecto de un proyecto principal, no desconoce esta Corte que puede existir una ampliación o modificación posterior, cuyos efectos ambientales deben ser evaluados de conformidad al artículo 11 ter de la Ley N°19.300, norma que obliga a considerar “la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente”, de lo cual se sigue que toda variación de un proyecto ya aprobado, tiene ciertos estándares mínimos, que están dados por la aprobación ambiental originaria.*

*En otras palabras, la evaluación ambiental de una modificación de proyecto, no puede significar un detrimento adicional para el medio ambiente en relación a aquellos elementos ya evaluados primitivamente sino, a lo sumo, un efecto neutro, puesto que de otra forma se trata, en realidad, de un proyecto que produce impactos distintos.*

*Cuadragésimo quinto: Que es en este sentido también que debe entenderse la referencia que el Tribunal Ambiental realiza a la debida consideración del cambio climático en la nueva evaluación ambiental que se haga del Proyecto Continuidad, en tanto, como ya se adelantara a propósito del arbitrio de nulidad formal, los sentenciadores no han hecho sino manifestar que – lo cual es compartido por esta Corte – un examen adecuado y cabal de los impactos ambientales asociados al proyecto, demanda hacerse cargo debidamente de todos los aspectos que pudieran incidir en la adecuada*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*recuperación del estado original del acuífero en un tiempo que, a lo menos, se ajuste el considerado originalmente.*

*Lo anterior no significa de modo alguno la transgresión a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N°19.300, en tanto los sentenciadores no definen el contenido discrecional del acto administrativo que deberá dictar con posterioridad la autoridad ambiental, sino sólo explicitan, dentro del marco de su competencia, ciertas consideraciones mínimas que deberán tenerse a la vista y cuya ausencia no puede ser tolerada, por cuanto ello implicaría desatender los principios básicos de nuestra legislación ambiental, especialmente su carácter preventivo y precautorio.*

*Cuadragésimo sexto: Que todo lo hasta ahora razonado resulta suficiente para descartar los yerros jurídicos denunciados tanto por el Servicio de Evaluación Ambiental como por el titular del proyecto, lo cual lleva necesariamente a que ambos recursos sean rechazados.*

*E) En relación al recurso de casación en el fondo de AIASIQ.*

*Cuadragésimo séptimo: Que esta reclamante reprocha que la decisión no realizó razonamiento alguno respecto de su observación planteada en el marco del proceso PAC. El primero de los argumentos para ello, radica en que, según lo señala el motivo sexagésimo octavo del fallo impugnado, “revisados los antecedentes de la evaluación ambiental del proyecto y atendidos los términos generales en que fueron planteadas las observaciones ciudadanas por parte de la AIASIQ, el Tribunal estima que han sido abordadas de manera completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación ambiental, informándose adecuadamente a la Asociación Indígena, tanto por parte de la empresa en la primera Adenda como por el Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá en el ICE y la Comisión de Evaluación Ambiental en la RCA N°69/2015, donde se explica en detalle y se aclaran las dudas relativas a la ubicación y permisos propios del proyecto, y se entrega información correspondiente a los procesos de participación ciudadana y consulta indígena en los que puede ser parte”.*

*Cuadragésimo octavo: Que, tal como consigna la propia sentencia, las alegaciones realizadas por la AIASIQ dijeron relación con varios aspectos, uno de los cuales era el uso de aguas y terrenos sin permiso de la observante. En la reclamación ante el Comité de Ministros, añade “una intervención irreparable sobre los recursos naturales, reduciéndose los sectores y calidad de los cultivos. Además, se ha producido una contaminación de las aguas que ha repercutido en la agricultura, la afectación de caminos troperos, sitios arqueológicos y ceremoniales, emisiones de ruido y polvo”, sin medidas apropiadas que se hagan cargo de ellos.*

*Frente a ello, la RCA N°69 hace referencia al proceso PAC, como también al PCI, en el marco del cual se reconocieron impactos significativos que afectan a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, poniendo énfasis en que la AIASIQ no participó. Tanto este acto administrativo como la Resolución N°1317 ponen énfasis en la realización de estos procesos, en los cuales podía la actora ser parte.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Como puede observarse, no existe para la observación una respuesta concreta, más allá de la referencia al PAC y al PCI, conjuntamente con un reproche por la falta de participación de AIASIQ en este último.*

*Cuadragésimo noveno: Que, sobre el particular, corresponde tener presente que el artículo 6° N°1 del Convenio N°169 de la OIT dispone que “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

*a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

*b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*

*c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.*

*Es la misma OIT quien ha establecido los estándares mínimos que debe cumplir un proceso de consulta para ser considerado adecuado, sosteniendo que: “los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad” y que “será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado” (Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, página 16).*

*Así lo ha entendido también esta Corte, al señalar que “el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.*

*De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados” (CS Rol 11.040- 2011, considerando Quinto).*

*Por su parte, el Tribunal Constitucional destaca en una de sus sentencias: “la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N°2º del mismo artículo 6º que dice: 'Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas'' (Rol 309-2000, considerando 7º). Agrega el fallo: "La participación a que se refiere el tratado, en esta parte, debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1º de la Constitución, que consagra el deber del Estado de 'asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional'" (considerando 72º).*

*Quincuagésimo: Que, en este orden de consideraciones, el artículo 2º del Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social que establece el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, dispone: "La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento".*

*En lo pertinente, el artículo 8º refiere: "La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta". Agrega el inciso segundo: "La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300".*

*Quincuagésimo primero: Que, de lo hasta ahora expuesto, fluye que la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el PCI, les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto, las que el Servicio de Evaluación Ambiental debe examinar en su mérito y, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad.*

*Sólo así es posible el cumplimiento de la obligación consagrada legalmente en el artículo 4º de la Ley N°19.300, que dispone: "Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en*

*la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés.*

*En tanto de los antecedentes del proyecto aparezca la existencia de una susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas, necesariamente debe seguirse un PCI, toda vez que éste es el estándar empleado para determinar su obligatoriedad. De este modo, respecto de quiénes deben participar en la consulta, el artículo 85 del Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental dispone: “En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta”.*

*Quincuagésimo segundo: Que, si bien Participación Ciudadana y Consulta Indígena son distintas, no puede desconocerse que tienen un objeto común, esto es, permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados ambientalmente por producir alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley N°19.300.*

*Tal como lo asienta el fallo impugnado, es efectivo que existe una laguna legal, toda vez que no se halla un mecanismo específico para llevar a cabo el control de legalidad respecto de aquellas materias vinculadas a la Consulta Indígena, puesto que, a diferencia de lo que acontece con las observaciones PAC que no fueron debidamente consideradas, respecto de las cuales se contempla una reclamación administrativa ante el Comité de Ministros – artículo 29 de la Ley N°19.300 – que a su turno abre la reclamación judicial contemplada en el artículo 17 N°6 de la Ley N° 20.600, en este caso no se contempla una acción específica.*

*A este tema ya se refirió esta Corte en la sentencia CS Rol N°28.195-2018, donde se explicó que la situación anterior determina que se deba realizar un proceso de integración legal, para efectos de entregar la tutela efectiva. En esta labor, resulta adecuado recurrir a la misma ley para llenar el vacío normativo, aplicando el principio de analogía, que permite establecer la regulación contemplada para un caso semejante, debido a que entre ambos existe identidad de objeto. Así, resulta adecuado atender a las semejanzas que existen entre el proceso de Participación Ciudadana y el proceso de Consulta Indígena, en relación a las razones que determinan su procedencia y los objetivos buscados, cuestión que determina la procedencia de la reclamación ejercida en autos para impugnar aquellas materias que se estima no fueron resueltas por el Comité de Ministros, vinculadas a la Consulta Indígena.*

*En este punto, es útil también recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que “la competencia del Comité de Ministros establecido en el artículo 20 de la Ley N°19.300 es amplia y le permite, basado en los elementos de juicio que apareje el reclamante y en los que el mismo recabe, revisar no sólo formalmente la decisión reclamada sino que, además, puede hacerlo desde el punto de vista del mérito de los antecedentes, circunstancia que le habilita, a su vez, para aprobar un proyecto inicialmente rechazado, aplicándole, si lo estima necesario, condiciones o exigencias que, a su juicio, resulten idóneas o adecuadas para lograr los objetivos propios de la normativa de protección medioambiental, incluyendo entre ellas medidas de mitigación o compensación que tiendan a la consecución de ese fin y, especialmente, a la salvaguardia del medio ambiente y de la salud de la población que podrían ser afectadas por el respectivo proyecto” (sentencias pronunciadas en causa roles N° 6563-2013, N° 32.368-2014 y N° 34.281-2017).*

*Es incuestionable que, dada su importancia, tanto la decisión que se adopte en relación a la Consulta Indígena, como también las eventuales observaciones que se tengan en relación a la legalidad de su desarrollo que, en el presente caso, implicó dejar a un grupo indígena fuera de ella, deben ser objeto de revisión administrativa y de control jurisdiccional respecto de la actividad administrativa, más aún si aquella comunidad que deduce la reclamación procuró participar en la evaluación ambiental del proyecto, como asimismo ha ejercido oportunamente los recursos administrativos contemplados en el ordenamiento jurídico.*

*Por otro lado, nada impide que personas pertenecientes a grupos indígenas formulen sus observaciones en el proceso PAC, más aun considerando, en este caso, que ello ocurrió cuando el PCI aún no se había iniciado, de modo que su falta de participación posterior en el PCI, no resulta un obstáculo válido para no considerar tal observación y, como ocurrió, no referirse al fondo de ella, bajo el único pretexto de no haber sido presentada en la oportunidad correspondiente.*

*Así, surge con nitidez que, como ha ocurrido en la especie, aquellas personas que revisten la calidad de indígenas que formularon observaciones al proyecto en la etapa de participación ciudadana, se hallaban legitimadas para reclamar administrativamente ante el Comité de Ministros no sólo la falta de consideración de sus observaciones, sino que también, junto a ellas, las materias vinculadas a las deficiencias de la Consulta Indígena que, precisamente, motivaron que no pudieran participar en ella.*

*En este aspecto se debe reiterar que, si la comunidad aduce cuestiones que no están directamente vinculadas a las observaciones ciudadanas, sino que además promueve cuestionamientos que se relacionan con ilegalidades del proceso de Consulta Indígena llevado a cabo, es indudable que aquello debe ser conocido y resuelto por el Comité de Ministros al alero de la reclamación administrativa prevista en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, sin que pueda abstenerse de decidir bajo el pretexto de que se trató de una comunidad que se abstuvo de participar en el PCI, a pesar de haber sido invitada a ello, más aún en este caso, en que consta que tal invitación fue aceptada y dicha participación no se concretó por razones económicas. En consecuencia, resulta lógico que tal decisión, a su turno, pueda*



# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*ser impugnada, en su integridad, a través de la reclamación prevista en el artículo 17 N°6 de la ley N°20.600.*

*Quincuagésimo tercero: Que, una vez que se emite un pronunciamiento por parte del Comité de Ministros respecto de las reclamaciones deducidas en sede administrativa en contra la RCA, surge el derecho a impugnar lo decidido, incluyendo aquellos aspectos vinculados a la Consulta Indígena cuestionados por la comunidad recurrente, sin que sea procedente soslayar un pronunciamiento fundado en la inexistencia de una acción específica.*

*Tampoco es adecuado plantear que la acción idónea para recurrir es aquella contemplada en el artículo 17 N°8 de la Ley N° 20.600, toda vez que aquello implica obligar a la Comunidad Indígena que participó activamente en el proceso de evaluación ambiental, a solicitar la invalidación de la RCA, recurriendo a un proceso invalidatorio que, sólo una vez resuelto, posibilitaría la procedencia del control jurisdiccional. Tal decisión, además de carecer de sustento normativo, atenta contra la debida y eficiente administración de justicia, al obligar a una duplicidad de procedimientos, sin perjuicio de que, además, vulnera el principio de tutela efectiva.*

*En este sentido, la interpretación que los juzgadores hacen del artículo 17 de la Ley N°20.600 restringe el derecho a la acción de la reclamante en un segundo aspecto, en tanto conculca la facultad que la norma le otorga para elegir la vía que considere más adecuada para hacer valer su pretensión. La actora sostiene que la acción prevista en el N°6 del citado artículo 17 resulta idónea para sostener su petición y, sin duda, es efectivamente la más adecuada, en atención a que ella, además, realizó observaciones en el PAC, por lo que no es adecuado obligarla a solicitar la invalidación consagrada en el artículo 53 de la Ley N°19.880, sin que corresponda, como lo ha hecho el tribunal, imponer al interesado una determinada herramienta procesal por sobre otra.*

*Por último, es necesario subrayar que la aludida interpretación restrictiva que los falladores hacen del citado artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, que determina el rechazo de la acción deducida, implica desconocer la competencia del Tribunal Ambiental para resolver el asunto sometido a su conocimiento, imposibilitando de este modo que la reclamante obtenga un pronunciamiento acerca del fondo del asunto litigioso vinculado al fondo del proyecto – alegado en el proceso PAC – como también a los cuestionamientos respecto de la Consulta Indígena realizada durante el proceso de evaluación ambiental, privando, como se señaló, de la tutela efectiva de sus derechos.*

*Quincuagésimo cuarto: Que, con ello, era posible arribar a la lógica conclusión que, habiendo participado la AIASIQ en el PAC, realizando alegaciones relacionadas con una afectación a su territorio, conjuntamente con un reproche de falta de información sobre el detalle del proyecto, tal observación debía ser contestada de manera íntegra, precisa y adecuada, puesto que nada obsta a que, aun tratándose de un grupo perteneciente a pueblos indígenas, planteara su observación en el marco del PAC, considerando además que el PCI, a esa fecha, no había iniciado.*

*En consecuencia, los sentenciadores incurrieron en los errores de derecho que se les atribuyen en el recurso de casación en examen, en tanto han vulnerado lo estatuido en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600 al restringir el derecho a la acción de quienes han participado en el procedimiento de evaluación ambiental, de modo que el arbitrio de nulidad sustancial de la parte reclamante será acogido. ([Volver](#))*

**2.- Consejo para la Transparencia con ministros de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago Jorge Zepeda y Fernando Carreño, y el abogado integrante Rodrigo Rieloff. Corte Suprema, Rol N°39.636-2020, de 15 de enero de 2021.**

**Hechos del caso:** El Consejo para la Transparencia dedujo un recurso de queja en contra de los miembros de la Undécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, ministro Jorge Zepeda, ministro Fernando Carreño y el abogado integrante Rodrigo Rieloff, por la dictación de la sentencia definitiva de 3 de abril último, por la cual se acogió el reclamo de ilegalidad deducido por el Servicio de Impuestos Internos, dejando sin efecto la decisión de roles C-5779-18 y C-5780-18, que acogió los amparos por denegación de acceso a la información interpuestos y dispuso la entrega al solicitante de copia de las liquidaciones de impuestos que indica, correspondientes a la Municipalidad de Maipú.

**Fundamento:** *Séptimo: Que previo al examen de las cuestiones jurídicas implicadas en la presente impugnación, ya sintetizadas precedentemente, es menester consignar que la Constitución Política de la República señala, en el inciso segundo de su artículo 8º, que: “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.*

*También la Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19 N°12), el que se encuentra reconocido en ella –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas.*

*La relevancia de este derecho público subjetivo queda de manifiesto al observar que, reconocido inicialmente a nivel legal, fue posteriormente recogido por la reforma constitucional de agosto de 2005, como una de las bases de la institucionalidad o como un principio fundamental del Estado constitucional democrático.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Tal preceptiva, que sin distinción obliga a todos los órganos del Estado, exige de éstos que den a conocer sus actos decisorios –tanto en sus contenidos como en sus fundamentos– y que aquellos obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo, lo que se relaciona justamente con el derecho de las personas a ser informadas.*

*Con todo, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar. Se sigue de ello que la interpretación de dichas excepciones, debe efectuarse restrictivamente.*

*Octavo: Que es conveniente señalar, además, que el artículo 8 bis N°7 del Código Tributario dispone que: “Sin perjuicio de los derechos garantizados por la Constitución y las leyes, constituyen derechos de los contribuyentes, los siguientes:(...)7° Derecho a que las declaraciones impositivas, salvo los casos de excepción legal, tengan carácter reservado, en los términos previstos por este Código”.*

*Noveno: Que por su parte, el artículo 35 del citado Código preceptúa que: “El Director y demás funcionarios del Servicio no podrán divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ellas, que figuren en las declaraciones obligatorias, ni permitirán que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones”.*

*Décimo: Que, asentado el marco normativo a la luz del cual corresponde resolver la controversia, no es posible soslayar que la información cuya reserva se invoca corresponde al Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado SMAPA de la comuna de Maipú, cuya naturaleza jurídica resulta de la mayor relevancia en el examen sobre la concurrencia de la reserva que se invoca.*

*Conforme al Decreto Alcaldicio N°1794 de fecha 30 de junio de 2017, acompañado en los autos tenidos a la vista y que regula la estructura interna y funciones del municipio, se trata de “una Dirección dependiente directamente del Alcalde” (artículo 42) que “tiene como objetivo, dentro del área de las concesiones sanitarias de que es titular la Ilustre Municipalidad de Maipú, producir y distribuir agua potable y recolectar las aguas servidas de todos los usuarios conectados a sus redes y tratar las aguas servidas en las concesiones que corresponda, velando porque la prestación del servicio se ajuste a las normas de calidad y continuidad exigidas en la legislación sanitaria vigente” (artículo 40).*

*Se trata, en consecuencia, de una entidad que comparte las mismas características del municipio del que forma parte, esto es, en aquello que interesa al presente recurso, se trata de un órgano de carácter público, que cumple funciones de la misma naturaleza.*

*Undécimo: Que lo anterior es relevante por cuanto, tal como ha señalado esta Corte con anterioridad en autos Rol N°5002-2013, una de las finalidades del principio de reserva o secreto tributario es evitar que se pongan en evidencia tanto el patrimonio como el presupuesto de una determinada persona natural o jurídica, información que en el caso de un órgano de la Administración del Estado, tiene el carácter de pública y por ende puede ser solicitada y obtenida por quien así lo desee, careciendo de sentido hacer extensivo dicho secreto o reserva a las actuaciones que éste realice en su calidad de tal.*

*Duodécimo: Que, en consecuencia, no es posible entender que el secreto tributario consagrado en el artículo 35 tantas veces citado, pueda resultar aplicable a los antecedentes solicitados, que dicen directa relación con la situación patrimonial de un órgano de la Administración y que, en tal calidad, son esencialmente públicos según lo dispone el principio general consagrado en el artículo 8° de la Carta Fundamental.*

*Décimo tercero: Que, de este modo, lo decidido por los sentenciadores recurridos no se ajusta a lo dispuesto en la legislación que regula la materia, circunstancia que torna en ilegal la resolución en examen, razón por la cual los magistrados que la dictaron han incurrido en la falta o abuso grave que se denuncia, motivando que ello sea enmendado a través de la presente decisión. ([Volver](#))*

### **3.- Escalona con Ministerio de Salud y otro. Corte Suprema, Rol N°154.769-2020, de 15 de enero de 2021.**

**Hechos del caso:** Una persona interpuso una acción de protección en favor de su padre, en contra del Ministerio de Salud y del Fondo Nacional de Salud (FONASA) por no otorgarle el medicamento enzalutamida prescrito para tratar el cáncer de próstata que lo aqueja, diagnosticado en el año 2013, toda vez que dicha negativa lo tiene sin tratamiento médico desde mediados del mes de junio de 2020.

**Fundamentos:** *Octavo: Que, del examen de los antecedentes aparece que la principal razón esgrimida por el Ministerio de Salud para no otorgar el tratamiento indicado para la enfermedad que presenta la recurrente, es de orden administrativo-económico, toda vez que el medicamento enzalutamida no ha sido incluido en los decretos dictados para la determinación de los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera contemplados en la Ley N° 20.850, siendo uno de aquellos sugeridos para ello, encontrándose en espera de ingresar al procedimiento regulado por ley, el que cuenta con etapas sucesivas entre sí con el objeto de evitar arbitrariedades en la toma de decisiones de política pública.*

*Noveno: Que, tal como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos roles N°s. 43.250-2017, 8.523-2018, 2.494-2018, 17.043-2018, 33.189-2020, 18.451-2019 y 129.213-2020, entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República.*

*En este orden de consideraciones, no se puede soslayar que conforme al principio de supremacía constitucional, ella prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos –como las Leyes N°s. 18.469 y 19.966 y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija un texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°2.763 de 1979, y de las leyes números 18.933 y 18.469.*

*De allí que, conforme reza el inciso primero del artículo 6° de la Constitución Política, sus preceptos son obligatorios para los titulares o integrantes de los órganos de Estado, incluida por cierto esta Magistratura. Si el rol de esta Corte es velar por la aplicación de las garantías constitucionales y de los derechos esenciales que emanan de la persona humana, ella no puede excusarse de otorgar la cautela urgente que le es requerida si el derecho a la vida se ve amenazado. Negarse a hacerlo bajo el pretexto de que normas de inferior jerarquía se lo impiden, importa desconocer que la Constitución Política de la República es la norma jurídica a la cual el resto del ordenamiento jurídico se debe someter.*

*El caso en cuestión dice relación con la aplicación directa de la Constitución Política, no con el modelamiento de políticas públicas.*

*Décimo: Que, sin perjuicio de lo precedentemente reflexionado, es pertinente agregar que la patología del señor Escalona Parra es una de aquellas que cuentan con la Garantía Explícita de Salud y que la circunstancia de no estar en la canasta de prestaciones específicas no puede obstar a los razonado, pues la misma Guía del Minsal reconoce el efecto de sobrevida del remedio y un Comité Oncológico lo ha prescrito como única opción, por lo que la negativa cuestionada impide cumplir efectivamente con la garantía de acceso y protección financiera establecida en el Régimen General de Garantías de Salud, puesto que brindarle al paciente un tratamiento incompleto no lo encaminará de modo alguno en el restablecimiento de su salud o al menos a una extensión de su sobrevida.*

*Undécimo: Que, con estos antecedentes, la negativa del Minsal, de proporcionar al padre del recurrente la cobertura solicitada del medicamento prescrito para tratar la patología que lo aqueja, carece de razonabilidad y coherencia, más aún cuando ha sido el Comité Oncológico del prestador público de salud el que ha propuesto la referida terapia, circunstancia que vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 n° 2 y 24 de la Carta Política, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de éste, así como para su integridad física, considerando que la patología que lo afecta se encuentra en progresión y en la etapa diagnosticada es frecuentemente mortal.*

*Asimismo, teniendo presente que Fonasa se ha adherido a la negativa en su informe por razones similares a las entregadas por el Minsal, siendo dicho fondo el que debe financiar el medicamento, el recurso será acogido también a su respecto. ([Volver](#))*

## II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

### 1.- Protección a la maternidad, derechos del niño, beneficio sala cuna. Dictamen N°E65.937, de 6 de enero de 2021.

**Hechos del caso:** Una funcionaria de la CONADI, con desempeño en Temuco reclamó por la disminución en el monto de dinero que se le asignó para el año 2020, por concepto del beneficio de sala cuna a que se refiere el dictamen N° 68.316, de 2016, de este origen, suma que sería inferior a la otorgada para el año 2019. En ese contexto, consulta si es procedente que se entreguen distintos montos en razón de la zona geográfica o en relación al cargo o funciones que desempeñan las madres funcionarias.

**Fundamento:** *Al respecto, cabe señalar que el beneficio de sala cuna, en cualquiera de sus modalidades, debe extenderse de forma igualitaria para todas las madres trabajadoras con hijos menores de dos años, resultando improcedente hacer distinciones en base al cargo que se desempeñe o remuneraciones que se perciban.*

*En cuanto a las variaciones presupuestarias en la asignación de recursos del ítem sala cuna y jardín infantil, es del caso recordar que la prestación de sala cuna constituye una obligación legal consignada en el artículo 203 del Código del Trabajo, a diferencia de la de jardín infantil, que es un beneficio voluntario enmarcado en el ámbito de la seguridad social, cuyo otorgamiento está subordinado a la existencia de recursos por parte de la institución correspondiente, que puede otorgar esta prestación a través de un jardín infantil propio y solventar de su cargo todo o parte de los gastos que esa franquicia implique, tal como se señalara en el dictamen N° 3.771, de 1996, entre otros, por lo que debe priorizarse y garantizarse la entrega del primero ante una eventual reducción presupuestaria.*

*Ahora bien, en la determinación del monto en dinero que se debe entregar a cada funcionaria que accede al beneficio de sala cuna en la modalidad alternativa establecida en el dictamen N° 68.316, de 2016, cabe precisar que ese valor debe fijarse en armonía con los parámetros utilizados para la contratación de esa prestación con una sala cuna externa, no siendo inferior al mínimo monto que se paga por aquel ni superior al tope que presupuestariamente se haya indicado para el mismo.*

*Luego, en cuanto a la procedencia de establecer montos diferenciados para la entrega del beneficio de sala cuna, cabe señalar que esta Entidad Fiscalizadora lo ha admitido a propósito de su contratación con salas cunas privadas, cuando tales valores diferenciados se fijan en consideración al costo de la vida en determinadas zonas geográficas, en las que la prestación de sala cuna suele ser más onerosa,*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*toda vez que dicho beneficio debe ser totalmente gratuito para la madre, por lo que el servicio debe proveer los recursos necesarios para cubrir la totalidad de la mensualidad que se suele cobrar por ese servicio.*

*Cabe manifestar que dicho criterio, resulta igualmente aplicable cuando se entrega un monto en dinero equivalente a la prestación de sala cuna a que se refiere el dictamen N° 68.316, de 2016, para las madres que se encuentran en una zona con tales características, en la medida que se acredite esa circunstancia y que ello beneficie de igual forma a todas las funcionarias del respectivo servicio público que acceden a la prestación de sala cuna en esa área geográfica.*

*Pues bien, como puede advertirse de lo expuesto, el monto en dinero que se entrega a una funcionaria por el concepto de sala cuna a que se refiere el citado dictamen N°68.316, de 2016, puede disminuir o aumentar en relación con lo otorgado en el año anterior, diferencia que puede originarse por una reducción o incremento de los recursos asignados para tales fines, como también porque se ha ampliado o reducido la demanda de cupos solicitados entre una y otra anualidad, lo que implica adecuar marginalmente los montos asignados, ajustes que, además, deben respetar los parámetros indicados previamente, asegurando que su entrega se efectúe en igualdad de términos para todas las funcionarias.*

*De esta manera, en la situación de la especie, la CONADI ha remitido antecedentes que dan cuenta que el presupuesto institucional por concepto de sala cuna y jardín infantil no ha variado en relación con el del año 2019, el que alcanzaría la suma de noventa millones de pesos, monto del cual corresponderían \$285.000.-, pesos mensuales a doña Marcela Huina Huaiquinao. Además, ha adjuntado las instrucciones internas que ha emitido para la entrega del beneficio de sala cuna y jardín infantil, pero que no se refieren en especial a las reglas para fijar el monto en dinero a que alude el dictamen N° 68.316, de 2016, así como tampoco ha precisado cuales serían los topes a nivel nacional o regional establecidos en la materia, elementos necesarios para que esta Entidad de Control determine si los procedimientos empleados se ajustan a lo antes reseñado y, en ese contexto, determinar si la situación reclamada se ajusta a ello.*

*De acuerdo con lo expuesto, esa corporación deberá complementar lo informado, remitiendo la documentación indicada precedentemente, debiendo precisar, asimismo, si actualmente su procedimiento se ajusta a lo expresado en el presente pronunciamiento y, en caso contrario, las medidas que adoptará para su implementación. ([Volver](#))*

### **2.- Ingreso a la administración, servicios de salud, requisitos de ingreso, participación entidades gremiales, procesos de selección. Dictamen N°27 de 7 de enero de 2021.**

**Hechos del caso:** El Prosecretario Accidental de la Cámara de Diputados, a requerimiento de un diputado, solicitó un pronunciamiento que determine la legalidad del Manual de Reclutamiento y Selección del Servicio de Salud de Magallanes, en cuanto dicho

instrumento no contempla la incorporación en el Comité de Selección de un representante de la asociación de funcionarios con mayor representación en el establecimiento, según la profesión a proveer al perfil del cargo.

**Fundamento:** *Los artículos 22 y 23 letra g), del decreto con fuerza de ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, previenen que el director res el jefe superior del servicio de salud, y que para el ejercicio de sus funciones tiene, entre otras, la atribución de “Designar a los funcionarios, poner término a sus servicios y, en general, ejercer respecto del personal todas las facultades que corresponden a la superioridad de un organismo descentralizado”.*

*Agrega su artículo 78, en lo pertinente, que los funcionarios de los Servicios de Salud, se registrarán por las disposiciones de las leyes N°18.834, 15.076 o 19.664, según corresponda.*

*En tal contexto, la jurisprudencia de este Ente de Control contenida, entre otros, en los dictámenes N°32.063 de 2013 y 103.239 de 2015, ha informado que dado que la ley N°18.834 no exige realizar concursos tratándose de las contrata, como tampoco contiene reglas sobre el desarrollo de ellos, la superioridad puede fijar las bases que los registrarán, las que, además de obligarla a proceder conforme a ellas, no deben contradecir los principios generales comunes a todo certamen, de carácter sustantivo, que se desprenden de los artículos 16 y 44 de la ley N°18.575 y del párrafo primero del Título II del Estatuto Administrativo.*

*En ese sentido, el dictamen N°31.829, de 2019, destaca, entre otros principios, el derecho a postular en igualdad de condiciones; la utilización de procedimientos técnicos, imparciales e idóneos que aseguren una apreciación objetiva de las aptitudes y méritos de los candidatos; la estricta sujeción a las bases y no discriminación ante las mismas; la determinación e información previa de los factores y puntajes mínimos exigidos; la expresión de la evaluación obtenida; y la comunicación del resultado del proceso.*

*En consecuencia, la decisión del Servicio de Salud de Magallanes de incluir en sus procesos de selección de personal a contrata, la participación de un representante de las asociaciones gremiales, con derecho a voz, se ajusta a la anotada jurisprudencia, enmarcándose dentro del ejercicio de las potestades que la ley le ha conferido al Director del Servicio de Salud Magallanes en tanto jefe de servicio.*

*Así, de los antecedentes tenidos a la vista, aparece que en ejercicio de dichas facultades, el aludido servicio consideró y reguló expresamente en la actualización del Manual de Reclutamiento y Selección, aprobada mediante la [resolución exenta N°8.292 de 2020 del Servicio de Salud de Magallanes], la participación con derecho a voz de los funcionarios, a través de un representante de la asociación con mayor representatividad, no advirtiéndose reproche que formular respecto de dicha decisión. ([Volver](#))*



**3.- Adquisición de viviendas, situación de vulnerabilidad, requisitos entrega de viviendas, uso de viviendas. Dictamen N°30 de 7 de enero de 2021.**

**Hechos del caso:** Un diputado denunció que existirían 19 viviendas adquiridas mediante subsidio habitacional regulado por el decreto N°49 de 2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Reglamento del Programa Fondo Solidario de Elección de Vivienda, emplazadas en los sectores denominados Portal San Francisco y Portal Nuevo Horizonte, ambos de la comuna de Temuco, que no estarían siendo utilizadas por sus beneficiarios, por cuanto fueron arrendadas o estarían desocupadas.

**Fundamento:** *El artículo 60 del anotado decreto N°49 de 2011 establece que en razón del subsidio recibido, la vivienda que se construya o adquiera de conformidad a ese reglamento, deberá ser habitada personalmente por el beneficiario del subsidio y/o miembros del núcleo familiar declarado al momento de su postulación, a lo menos, durante cinco años, contado desde su entrega material (...). Además, el citado artículo 60 señala que, durante el mismo plazo de cinco años, el beneficiario no podrá gravar ni enajenar la vivienda ni celebrar acto o contrato alguno que importe cesión de uso y goce de la misma, sea a título gratuito u oneroso, sin previa autorización escrita del SERVIU, que deberá ser en casos debidamente justificados y por resolución fundada.*

*Por su parte, es necesario tener presente, que la ley N°17.635, que Establece Normas sobre Cobro Ejecutivo de Créditos de la Corporación de la Vivienda, Corporación de Servicios Habitacionales, Corporación de Mejoramiento Urbano y corporación de Obras Urbanas, dispone en su artículo 1°, en lo pertinente, que los SERVIU podrán solicitar la restitución del subsidio si el beneficiario de un programa que permita la construcción o adquisición de una vivienda sin deuda no habitara la vivienda personalmente o cualquiera de los miembros de su grupo familiar declarado al momento de la postulación al respectivo subsidio habitacional por al menos cinco años, contado desde su tradición o entrega material, si esta última fuese anterior, o no darle un uso principalmente habitacional.*

*Luego, en su artículo 4° indica, que se certificará el incumplimiento de dicha obligación por un ministro de fe especialmente designado para estos efectos por el Servicio, por un notario público o un oficial de Registro Civil, a través de tres visitas a la vivienda adquirida o construida con aplicación del subsidio, en días diferentes, mediando entre ellas a lo menos cinco días hábiles, en un período que no podrá ser inferior a dos meses.*

*Ahora bien, de acuerdo a lo informado por el SERVIU y las respectivas actas de fiscalización y resoluciones exentas que adjunta, es posible advertir que del total de beneficiarios de las viviendas denunciadas, ocho de ellas se encuentran habitadas por sus dueños, tres cuentan con autorización para ser arrendadas o para habitarla los fines de semana (de los cuales dos autorizaciones no se encuentran vigentes), y un beneficiario presentó antecedentes laborales y el servicio señala que se le otorgará el permiso respectivo que le permitía no habitar personalmente su vivienda. Mientras que,*

*para los siete restantes, no se acreditó ocupación (siete informes de fiscalización del departamento de operaciones habitaciones del SERVIU), cuyo detalle se encuentra en el mencionado anexo N°1.*

*En lo concerniente, es necesario señalar que, de los siete casos en que no se acreditó ocupación, hay tres informes de fiscalización del SERVIU que corresponden al año 2019, sin que se hayan tomado medidas sobre la materia, como aquellas establecidas en la citada ley N°17.635, lo cual contraviene lo dispuesto en los artículos 5° y 8° de la ley N°18.575 (...) respecto de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública, procurando la simplificación y rapidez de los trámites.*

*Asimismo, en virtud de los antecedentes presentados por el servicio y la normativa antes expuesta, corresponde que el SERVIU arbitre las medidas que corresponda respecto de las siete viviendas que sus procesos de fiscalización no acreditaron ocupación de sus beneficiarios -en cumplimiento del artículo 1° de la aludida ley N°17.635-, regularice la situación de las dos viviendas que tienen autorizaciones vencidas de arriendo y/o habitar fin de semana (actualizando el mismo o efectuando las respectivas fiscalizaciones para verificar su habitabilidad) y proceda a resolver la solicitud pendiente de un beneficiario, acreditando y documentando su cumplimiento en el Sistema de Seguimiento y Apoyo al Cumplimiento de este Organismo de Control, en conformidad con lo establecido en el oficio N°14.100 de 2018, que imparte instrucciones para la ejecución de los procesos de seguimiento a las acciones correctivas requeridas por la Contraloría General, como resultado de sus fiscalizaciones, en un plazo de 60 días hábiles contado desde la recepción del presente oficio.*  
([Volver](#))

**4.- Municipalidades, compras, trato directo, monto del gasto, probidad administrativa. Dictamen N°31 de 7 de enero de 2021.**

**Hechos del caso:** Una diputada, un grupo de concejales de la Municipalidad de Maipú y de abogados denuncian la actuación de la alcaldesa de ese municipio, por cuanto habría ordenado la adquisición de empanadas por trato directo, a través de dos órdenes de compra ascendentes a un total de \$26.489.400, para ser repartidas en cuatro eventos de la comuna durante la celebración de las fiestas patrias del año 2019. Aducen que la operación se habría dividido en dos contrataciones por trato directo para eludir la aprobación del Concejo Municipal. Agregan que la empresa contratada habría sido creada un mes antes de adjudicarse los contratos, lo que demostraría su falta de experiencia en el rubro y llevarían al cobro de un monto superior a los precios de mercado.

**Fundamento:** *De los antecedentes acompañados por el órgano comunal, a través del certificado N°63 de 2020, y de aquellos recabados en terreno por personal fiscalizador de esta Entidad de Control, con fecha 29 de enero de 2020, es posible advertir que en tales eventos participaron las autoridades a las que alude el citado dictamen N°17.599 de 2018 -en este caso parlamentarios-, por lo que la*

*contratación por trato directo fundada en la causal del artículo 10, N°7, letra b) del decreto N°250 de 2004 se encuentra justificada.*

*Luego, respecto de la causal invocada por el municipio para recurrir al trato directo, contenida en el artículo 10, N°7, letra j), del decreto N°250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, para la adquisición de 700 empanadas con carne picada y 700 bebidas light en formato individual de 350cc para la actividad denominada “Izamiento del Pabellón Nacional”, por el total de \$2.207.450, es menester indicar que dicho precepto legal señala que procede tal modalidad, “cuando el costo de evaluación de las ofertas, desde el punto de vista financiero o de utilización de recursos humanos, resulta desproporcionado en relación al monto de la contratación y ésta no supera las 100 Unidades Tributarias Mensuales”, por lo que atendido el monto a que ascendió tal operación, procedió que el municipio efectuara mediante trato directo la citada contratación.*

*Enseguida, y en cuanto a la denuncia de los recurrentes en relación a que las operaciones de que se trata -que ascienden a un total de \$26.489.400-, habrían sido divididas en dos contrataciones por trato directo, para eludir someter dicho acto al acuerdo del Concejo Municipal, es dable señalar que la letra j) del artículo 65 de la ley N°18.895 prevé, en lo que importa, que el alcalde requerirá el acuerdo del referido órgano colegiado para “Celebrar los convenios y contratos que involucren montos iguales o superiores al equivalente a 500 Unidades Tributarias Mensuales, y que requerirán el acuerdo de la mayoría absoluta del Concejo (...)”.*

*Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista, no es posible advertir en la especie, una contratación única que haya sido fragmentada por el municipio con el propósito de variar el procedimiento de contratación de la ley N°19.886, a fin de eludir la licitación pública. Ello, considerando, especialmente, que las causales invocadas por esa entidad edilicia para recurrir al trato directo -para la adquisición de 700 empanadas, por \$2.207.450 y de 7.700 por un monto de \$24.21.950- fueron distintas, encontrándose justificadas, conforme a lo exigido en el ya citado artículo 10, N°7, letras j) y b) respectivamente, del decreto N°250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.*

*En razón de lo expuesto, y dado que ninguna de las contrataciones por trato directo de que se trata, supera individualmente el monto equivalente a 500 Unidades Tributarias Mensuales -al valor de este indicador al mes de septiembre de 2019, de \$49.131-, exigido en la letra j) del artículo 65 de la citada ley N°18.695, es dable colegir que no se requería el acuerdo del Concejo Municipal de Maipú para celebrar tales convenios.*

*Con todo, y en lo que atañe a la falta de experiencia que tendría la empresa “Ideas 4 you SpA” para prestar los servicios contratados, por lo que habría cobrado un monto abultado, en relación con los precios de mercado, es menester señalar que la Municipalidad de Maipú, ha informado que aquello obedeció a que el precio unitario incluyó no sólo la entrega de una empanada, sino que además de una bebida, la instalación de toldos, hornos, mesones y el pago al personal de servicio. ([Volver](#))*

**5.- Servicio de Salud, hospital, asignación de turno, funcionarios sin cupo financiero, nuevos turnos, COVID-19, horas extraordinarias, pago, descanso complementario. Dictamen N°E66.395 de 7 de enero de 2021.**

**Hechos del caso:** El Hospital Clínico San Borja Arriarán solicitó un pronunciamiento que determine si los funcionarios de planta y a contrata de los servicios de salud, regidos por la Ley N°18.834 y el decreto ley N°249 de 1973, que no cuenten con un cupo para percibir la asignación de turno que otorga el artículo 94 del DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, y que están impedidos de ejercer sus labores habituales de acuerdo a la nueva organización de los turnos dispuesta por ese centro de salud, en razón de la crisis sanitaria que afecta al país por el brote del COVID-19, pueden percibir el pago de horas extraordinarias de acuerdo al promedio del entero de estas durante los doce meses anteriores al inicio de la nueva distribución de la jornada de trabajo.

**Fundamento:** *Cabe advertir que si bien el dictamen N°3.610 de 2020 de este origen, invocado por el recurrente, señaló que la crisis sanitaria que afecta al país por brote de COVID-19 constituye una situación de caso fortuito al tenor de lo dispuesto en el artículo 45 del Código Civil, que habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, ello no autoriza a enterar remuneraciones o asignaciones que se aparten del texto legal que las regula.*

*(...) En efecto, tal como se ha señalado, el entero por las horas extraordinarias para los servidores regidos por la ley N°18.834 y por el decreto ley N°249 de 1973, se encuentra especialmente regulado en los aludidos artículos 94 y 97 del decreto con fuerza de ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, normas que expresamente han preceptuado que las horas extraordinarias que puedan percibir los funcionarios de planta y a contrata de los servicios de salud que allí se mencionan, cualquiera sea el motivo de su origen, no constituirán remuneración permanente para ningún efecto legal, y por ende, no se percibirán durante los feriados, licencias y permisos con goce de remuneraciones (aplica criterio contenido con el dictamen N°83.649 de 2014).*

*En consecuencia, según la normativa y jurisprudencia anotadas previamente, corresponde desestimar la solicitud de la especie, haciendo presente que los empleados antes aludidos, que no disponen de un cupo financiero para acceder a la asignación de turno que regula el artículo 94 del decreto con fuerza de ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, solo tienen derecho a que el trabajo extraordinario efectivamente realizado sea compensado con descanso complementario, y si ello no fuera posible por razones de buen servicio, con un recargo en sus remuneraciones, sin que pueda considerarse el promedio del entero de estas durante los doce meses anteriores al inicio de la nueva distribución de la jornada de trabajo, como pretende la entidad recurrente. ([Volver](#))*

**6.- Municipalidades, servicios locales de educación pública, deudas previas traspaso, cargo corporaciones municipales, fondo de apoyo a la educación pública, excedentes, traspaso sostenedores. Dictamen N°E68.317 de 15 de enero de 2021.**

**Hechos del caso:** La II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago remitió la presentación del Colegio de Profesores de Cerro Navia por la que reclama que persiste la deuda previsional y laboral generada por la Corporación Municipal de Desarrollo Social (CORMUCENA), no obstante el tiempo transcurrido desde el traspaso de la función educacional al Servicio Local de Educación Pública de Barrancas (SLEP). Agrega que, en el contrato de trabajo de los docentes de la referida CORMUCENA, se habría estipulado el derecho a acogerse a un porcentaje de retiro de sus remuneraciones y a una beca de perfeccionamiento, sin que a la fecha se hayan hecho efectivos dichos beneficios.

A su turno, la Municipalidad de Cerro Navia en conjunto con un grupo de diputadas, solicitaron la reconsideración del dictamen N°7.588 de 2020 relativo a la materia, en orden a que los servicios básicos de agua potable y electricidad que quedaron pendientes de regularización sean de cargo del SLEP; y solicitaron la complementación de dicho pronunciamiento, con la finalidad de establecer un plazo exigible al Ministerio de Educación (MINEDUC) para solucionar la deuda previsional de la CORMUCENA. Asimismo, denuncian un incumplimiento de la Dirección de Educación Pública (DEP) en la asignación de los recursos destinados al saneamiento financiero de la CORMUCENA.

**Fundamento:** (...) *Del Título III de la referida ley N°21.040 [que creó el Sistema de Educación Pública] -que regula, entre otras materias, las responsabilidades y administración financiera de los nuevos servicios locales-, no se advierte que estos últimos, en su calidad de sucesores legales, se encuentren facultados a pagar las deudas generadas por la administración del servicio educacional, toda vez que, según se anticipara, el traspaso comprende únicamente los bienes muebles e inmuebles, recursos financieros y personas asociadas a la prestación de dicho servicio, sin que incluya las referidas deudas, tal como concluyera el impugnado dictamen N°7.588, de 2020.*

*A mayor abundamiento, resulta relevante apuntar que la regulación aplicable a los servicios locales, contenida en el artículo 17 de la resolución N°11 de 2019 del MINEDUC, modificada por la resolución N°5 de 2020 de la misma cartera ministerial, que establece criterios, requisitos y procedimientos de distribución de los recursos del Fondo de Apoyo a la Educación Pública, Servicios Locales y Fondo de Apoyo a la Educación Pública, establece que esos recursos no pueden utilizarse para el saneamiento financiero, criterio que reitera la ley N°21.192 de presupuestos del sector público para el año 2020, y que rigió en términos similares para los ejercicios presupuestarios precedentes, lo que confirma que esos organismos no suceden legalmente en las deudas asociadas a la prestación del servicio educacional.*

*Ahora bien, el artículo vigésimo quinto transitorio de la ley N°21.040, dispone que el Plan de Transición considera la obligación de la municipalidad o corporación municipal, según corresponda, de pagar las remuneraciones del personal y los proveedores, y las deudas originadas por la prestación del servicio educacional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo trigésimo transitorio.*

*A su vez, el referido artículo trigésimo transitorio -denominado “De la deuda municipal ocasionada por la prestación del servicio educacional”- prevé, para los efectos de los objetivos financieros del aludido Plan de Transición, que se entenderán por deudas ocasionadas por la prestación del servicio educacional, las obligaciones previsionales y por concepto de pagos por descuentos voluntarios, y también las contraídas con terceros proveedores de bienes y servicios directamente necesarias, además de los intereses y reajustes que correspondan.*

*De las disposiciones recién citadas, es posible colegir que los municipios y corporaciones municipales deben pagar las remuneraciones del personal y las deudas originadas por la prestación del servicio educacional, comprendido en estas últimas, en lo que interesa, las obligaciones previsionales y las contraídas con terceros proveedores.*

*Por su parte, el artículo trigésimo cuarto transitorio de la misma ley N°21.040, prevé, en lo que importa, que las municipalidades o corporaciones municipales, hayan o no suscrito el Plan de Transición, deberán enviar un informe financiero actualizado al MINEDUC, que identificará, entre otros, el estado de pago de las obligaciones previsionales y de los descuentos voluntarios de los profesionales de la educación, de los asistentes de la educación y del personal que trabajaba en los Departamentos de Administración de Educación Municipal, o de gestión de las corporaciones, más los intereses y reajustes que correspondan -literal ii-; del estado de pago de las remuneraciones que correspondan a los empleados que indica -literal iii; y, de las obligaciones contraídas con terceros proveedores de bienes y servicios directamente necesarios para la prestación del servicio educacional, más los intereses y reajustes, en caso de incumplimiento de dichas obligaciones -literal iv-.*

*La norma agrega que en caso de que ese informe dé cuenta de la existencia de saldos impagos respecto de las obligaciones señaladas en los literales ii y iii precedentes, la municipalidad o corporación municipal deberá pagar dichas deudas, las que serán siempre de su exclusiva responsabilidad y, por tanto, continuará siendo, para todos los efectos legales, la obligada al pago de estas deudas hasta su total extinción.*

*Si la municipalidad o corporación municipal no soluciona, total o parcialmente, dichas deudas antes del traspaso del servicio educacional, el MINEDUC, con autorización de la Dirección de Presupuestos, pagará directamente a las instituciones o a las personas que corresponda las obligaciones señaladas en el literal ii -previsionales y por concepto de descuentos voluntarios-, y podrá siempre pagar, en las mismas condiciones, las establecidas en el literal iii, que son de carácter remuneratorio.*

*En ese caso, esa cartera de Estado deberá exigir la restitución de los montos pertinentes, con cargo al FAEP y las retenciones de subvenciones que se hubieren efectuado. De no poder cubrirse tales deudas con los antedichos recursos fiscales, el remanente será descontado del Fondo Común Municipal.*

*De lo expuesto, y en particular de las expresiones “siempre”, “para todos los efectos legales”, “exclusiva” y “obligada al pago de estas deudas hasta su total extinción”, se desprende que las municipalidades o corporaciones municipales son responsables de las deudas generadas por la administración del servicio educacional hasta extinguirlas totalmente, no pudiendo atribuirse esa responsabilidad a los servicios locales.*

*(...) Efectuadas las precisiones precedentes, corresponde analizar la preceptiva que rige los servicios básicos de agua potable y alcantarillado, y de electricidad.*

*Al respecto y tal como se anotó con antelación, es menester tener en cuenta, por una parte, que los municipios y corporaciones municipales son responsables de las obligaciones generadas por la administración del servicio educacional hasta su total extinción, incluidas las contraídas con terceros proveedores y, por otra, que de acuerdo con el tantas veces mencionado artículo trigésimo cuarto transitorio, el MINEDUC no se encuentra legalmente facultado para regularizar ante las instituciones que corresponda los saldos insolutos de servicios básicos, aun cuando el informe financiero del servicio educativo municipal previo al traspaso pudiere haberlos incluido, puesto que solo está autorizado para pagar las deudas previsionales, por concepto de descuentos voluntarios y de carácter remuneratorio.*

*Puntualizado lo anterior, cabe anotar que el artículo decimoquinto transitorio de la ley N° 21.040 - Cesión de contratos y convenios-, previene que “Con el exclusivo fin de asegurar la continuidad del servicio educacional, los Servicios Locales serán sucesores legales de las municipalidades o corporaciones municipales en aquellos contratos o convenios que hubieren celebrado con terceros, que tengan por objeto el uso o goce de los bienes inmuebles en que funcione el establecimiento educacional respectivo, la prestación de servicios, o la entrega de bienes para la prestación del servicio educacional, que resulten necesarios para la continuidad del mismo”.*

*A su turno, el artículo vigésimo primero transitorio del mismo cuerpo legal, preceptúa que las municipalidades que presten el servicio educacional, directamente o a través de corporaciones municipales, deberán remitir al Ministerio de Educación toda la información que sea necesaria para el adecuado traspaso, considerando, entre otros antecedentes, los contratos o convenios vigentes con terceros proveedores de bienes y servicios.*

*Por su parte, y como se adelantara, los artículos vigésimo quinto, trigésimo y trigésimo cuarto transitorios, contemplan diversas obligaciones para las municipalidades y corporaciones municipales, relacionadas con la temática.*

# ZÚÑIGA – CAMPOS

---

## ABOGADOS

*Luego, es importante destacar que el Párrafo 3° de las disposiciones transitorias de la ley N° 21.040, estableció mecanismos para el traspaso de los bienes afectos al servicio educacional, dentro de los que no se contempla la cesión de las deudas previas a la fecha del traspaso.*

*En este orden de consideraciones, de la redacción del artículo decimoquinto transitorio aparece que la cesión de contratos y convenios tiene por objeto la continuidad del servicio educacional, esto es, que aquel se desenvuelva de manera permanente y sin interrupciones, finalidad que, contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, se vería afectada de aceptarse la cesión de las deudas de servicios básicos a los servicios locales.*

*(...) Con todo, no consta en el reconocimiento de deuda, suscrito el 7 de junio de 2017 mediante escritura pública, entre la CORMUCENA y la Empresa Aguas Andinas, que se trate de obligaciones incumplidas por el no pago de servicios básicos, relacionados directamente con la prestación del servicio educacional en determinados inmuebles, por lo que no existen antecedentes que permitan radicar dichas obligaciones en tales establecimientos.*

*Por lo tanto, se desestima la solicitud de reconsideración del dictamen N°7.588 de 2020.*

*Seguidamente, en lo relativo al plazo que sería exigible al MINEDUC para solucionar la deuda previsional ocasionada por la prestación del servicio educacional, el artículo vigésimo cuarto transitorio de la ley N° 21.040 -Del Plan de Transición-, prevé que ese plan deberá contemplar un compromiso de esa Secretaría de Estado para colaborar y asistir en los objetivos financieros hasta antes del traspaso del servicio educacional, transfiriendo recursos con dicho fin, acorde con la respectiva Ley de Presupuestos del Sector Público y lo establecido en los artículos vigésimo sexto y vigésimo séptimo transitorios.*

*Pues bien, ni la disposición reseñada con antelación, como tampoco el precitado artículo trigésimo cuarto transitorio de la misma ley, fijan un término para tales efectos, sin que corresponda efectuarlo a este Organismo Fiscalizador, pues con ello invadiría competencias exclusivas de los poderes colegisladores.*

*Respecto de si los intereses, multas y recargos que han incrementado la referida deuda previsional debieran imputarse al presupuesto del MINEDUC, es menester reiterar que el literal ii del artículo trigésimo cuarto transitorio de la ley N° 21.040 aborda expresamente esa situación, señalando que los intereses y reajustes son de cargo exclusivo de la municipalidad o corporación municipal.*

*Vinculado a este tópico, y en armonía con las conclusiones precedentes, es oportuno puntualizar que no compete al MINEDUC pagar multas, recargos u otros conceptos distintos a los autorizados expresamente por las disposiciones examinadas. ([Volver](#))*