

Santiago, trece de enero de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que comparece don Ignacio José Suárez Eytel, abogado, en representación de doña Alejandra Bustamante Neira, asistente social, quien interpone recurso de protección en contra del Decreto Alcaldicio N°2.566 DAP, de 23 de agosto de 2019, acto administrativo que contiene una medida disciplinaria de destitución en contra de su representada, y del Decreto Alcaldicio N°2.962 DAP de 27 de septiembre de 2019, acto administrativo que rechazó el recurso de reposición interpuesto por su representada, ambos dictados por la Sra. Alcaldesa de la Municipalidad de Maipú. Asimismo, recurre en contra de dictamen E 09126/2020, de fecha 14 de julio de 2020, de la II Contraloría Regional Metropolitana, actuaciones que estima ilegales y arbitrarias y que conculcan sus garantías fundamentales consagradas en los números 2, 3, 16, 17 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Expone que por medio de decreto Alcaldicio N° 2566 DAP de la Municipalidad de Maipú, se sancionó a diversos funcionarios municipales con distintas medidas disciplinarias (existiendo incluso una absolucón), siendo notificada su representada de la medida de destitución.

Agrega que el 9 de septiembre 2019 se presentó recurso de reposición, siendo éste rechazado por medio del Decreto N°2.962 DAP de 27 de septiembre de 2019.

Refiere que ante dicha circunstancia, su representada presentó un reclamo por vicios del procedimiento que afectaron el proceso, a la Contraloría General de la República, el cual fue desestimado a través de Dictamen N° E19026/2020, de fecha 14 de julio de 2020 notificado



al abogado de su representada de ese momento, con fecha 15 del mismo mes de julio.

Explica que el proceso disciplinario que concluyó con la destitución de su representada fue instruido mediante Decreto Alcaldicio N°8049 de 2015, de la Municipalidad de Maipú, con el objeto de esclarecer los hechos y determinar la existencia de eventuales faltas disciplinarias de funcionarios de dicho municipio, a raíz de observaciones emanadas de Contraloría General de la República, en oficios 91846 y 93468, ambos de 2015, los que dicen relación con presuntas irregularidades con ocasión de la programación de trabajos extraordinarios en la Dirección de Administración y Finanzas, entre los meses de enero y junio de 2015.

Agrega que los cargos formulados a la recurrente fueron:

1- Infringir la letra g del artículo 58 de la Ley 18.883 (observar el principio de probidad).

2- Infringir el artículo 52 inciso segundo y el N°8 de artículo 62 de la ley 18.575.

3- Infracción a las letras a y b del artículo 161 de la Ley 18.883:

a) Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

b) Velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia.



Añade que las contravenciones se encontrarían acreditadas por conductas pluriofensivas, a saber:

1- Haber ejercido como administradora municipal en el periodo correspondiente.

2- Autorizar programación de horas para la Dirección de Administración y Finanzas en contravención a lo señalado en el artículo 9 de la Ley 19104, haciendo referencia a un dictamen que lo impide (8740) del año 2005 de Contraloría.

3- El hecho de que algunas de estas planillas hayan salido con posterioridad a los Decretos que autorizaron los trabajos extraordinarios (la expedición, custodia y emisión de los Decretos son funciones del Secretario Municipal).

Alega que finalmente, se indica de manera muy vaga que dichas conductas vulneran toda la normativa anteriormente expresada, sin señalar específicamente qué conducta vulnera qué norma, lo cual deja en indefensión a su patrocinada y hace muy difícil responder cargos que no son precisos y determinados.

Arguye que la formulación de cargos, en este caso en particular adolece de imprecisión y falta de determinación, ya que se señalan las obligaciones funcionarias presuntamente vulneradas, sin precisar qué conducta específica vulneraría por parte de su representada el artículo y letra correspondiente.

Agrega que además de no probar la contravención a la norma, ante una misma presunta infracción, el municipio aplicó a algunos (as) la medida de multa, a otros la medida de destitución y a otros involucrados (asesoría jurídica, secretaría municipal, directores de otras unidades) ni siquiera se les investiga en el marco del sumario.



De otra parte, indica que el dictamen N° E 19026 de 2020 de Contraloría, se limita a señalar en su página 3, respecto a la motivación del acto administrativo que ésta (la motivación) se encontraría contenida en los numerales 25 al 36 del decreto sancionatorio. Añade que ninguno de dichos considerandos comprende un nexo lógico entre una conducta reprochable y algún deber de su representada, y más aún, lo que parece de suma gravedad en este proceso, es que no existe una razón clara del por qué a algunos funcionarios (as) se les aplicó la medida de destitución y a otros la de multa, en circunstancias que la norma supuestamente transgredida era la misma (art. 9° ley 19.104).

Finalmente, señala que constituye una flagrante vulneración a la garantía de la igualdad ante la ley que tanto el Municipio de Maipú como la Contraloría sancionen y confirmen dicha sanción a funcionarios (as) por conductas que el propio ente contralor ha señalado como permitidas y lícitas, citando el Dictamen de CGR N° 062597N12.

Hace presente que en un caso similar al de autos, acaecido en la Municipalidad de Macul, la Contraloría adoptó un criterio distinto al aplicado en la especie, lo que afectaría igualmente su derecho de igualdad ante la ley.

En cuanto al derecho a un Justo y racional procedimiento, sostiene que según lo dispuesto por el artículo 127 de la Ley 18.883, que habilita a un fiscal de menor grado sólo a actuar hasta la etapa del cierre de la investigación, circunstancia que no se da en la especie, habiendo sido formulados los cargos (posteriores al cierre de la investigación) por el Fiscal Sr. Álvaro Pérez, de menor grado que su representada, sin facultades legales.



En lo que se relaciona con la libertad de trabajo, argumenta que se ha pretendido destituir a su parte de forma arbitraria e ilegal, asociado a una inhabilidad para ejercer cargos públicos durante cinco años. Asegura que ello sería admisible si es que se determinan hechos indubitados, probados y fundados, pero no ha sido el caso. La Sra. Alcaldesa ha privado a su representada de su empleo y le ha impedido servir a otros empleadores dentro de la Administración del Estado, aun en cargos públicos fuera de la Administración, todo ello al margen de la ley y exento de razonabilidad.

Asimismo, en virtud de los mismos antecedentes, afirma que los actos impugnados privan a su representada del derecho de propiedad sobre el cargo público y libre acceso a él.

En virtud de lo expuesto, solicita dejar sin efecto los referidos actos administrativos, tomando todas las medidas que, en concepto de esta Corte sean conducentes al restablecimiento y protección de los derechos de su representada, con costas.

2º) Que, informando la Contraloría General de la República, solicita el rechazo del recurso.

Hace presente que la aludida sanción tuvo su origen en que la actora, en su calidad de Administradora Municipal (S) autorizó entre los años 2015 y 2016, la programación de trabajos extraordinarios, excediendo la cantidad máxima establecida en el artículo 9º de la ley N° 19.104, situación que se reiteró a pesar de que dicho Órgano de Control había advertido al municipio del incumplimiento del citado artículo, a lo que se suma haber incurrido en otras irregularidades en la dictación de dichos actos, como lo fue el hecho de que los decretos autorizados por la recurrente en relación con las horas extras no indicaban las razones o fundamentos que las motivaban, omisión en



la cual incurrió de manera reiterada en las citadas anualidades, infringiendo con ello el artículo 58, letra g), y el artículo 61, letras a) y b), ambos de la ley N°18.883; el artículo 52, inciso segundo y, el artículo 62 N°8 de la ley N°18.575.

En primer lugar, alega la falta de legitimidad pasiva de la Contraloría General de la República, desde que en ningún caso la acción debería dirigirse en contra del Organismo de Control, ya que, según se expresó, éste no adoptó la decisión de destituir a la recurrente, ni tampoco sustanció el procedimiento en el cual se tomó esa determinación, limitándose la Institución Fiscalizadora –con posterioridad a esa decisión y a solicitud de la afectada–, a informarle que conforme a la normativa aplicable y a la jurisprudencia administrativa vigente sobre la materia, no se advirtieron irregularidades en lo obrado por el municipio.

Por otro lado, alega la improcedencia del recurso de protección en materia de sumarios, ya que la normativa que regulan su tramitación, contiene todos los elementos necesarios para configurar un debido proceso y asegurar una adecuada defensa del inculpado, estableciendo, entre otros aspectos, las autoridades llamadas a conocerlos; los plazos dentro de los cuales deben realizarse las actuaciones; las formalidades de las notificaciones que deben efectuarse a los servidores; la formulación de cargos y su debido emplazamiento; la amplia admisibilidad de medios de prueba de que estos puedan hacer uso; la práctica de diligencias probatorias solicitadas por los afectados si lo estiman pertinente, y los medios de defensa de que aquéllos puedan hacer uso, tales como la presentación de descargos y la interposición de los recursos que



procedan en contra de las sanciones que eventualmente se les apliquen.

Asimismo, alega que La II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, en el marco de sus atribuciones, resolvió el recurso de reclamación interpuesto por la actora, careciendo su actuación de ilegalidad o arbitrariedad.

Por otro lado, asegura que la falta imputada a la actora se encuentra debidamente acreditada en el proceso sumarial conforme a cargos concretos y precisos y que la decisión contenida en el oficio N° E19026, de 2020, de la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, se encuentra debidamente motivada, toda vez que la falta imputada a la actora constituye efectivamente una vulneración al principio de probidad administrativa.

Arguye que la recurrente tuvo un proceder reincidente, ya que incurrió reiteradamente en las mismas faltas, lo cual se agrava aún más por el hecho de que la Contraloría ya el año 2015 había observado las irregularidades en que incurrió ésta, sin embargo, el año 2016 nuevamente cometió las mismas contravenciones, lo que demuestra, por un lado, que la actora no reparó en las faltas imputadas considerando el cargo superior directivo que tenía y, por otro, que no dio cumplimiento a las instrucciones que sobre el particular emitió el órgano contralor.

3°) Que informando la Municipalidad de Maipú, solicita igualmente el rechazo del recurso.

Señala que, mediante Decreto Alcaldicio N°8049, de 18 de diciembre de 2015, se ordenó la instrucción de sumario administrativo, con el objeto de esclarecer los hechos y determinar la existencia de faltas disciplinarias de funcionarios municipales, a raíz



de lo observado por la Contraloría General de la República en sus informes números 91.846 y 93.468, ambos del año 2015, y que dicen relación con eventuales irregularidades ocurridas a propósito de la programación de trabajos extraordinarios en la Dirección de Administración y Finanzas (en adelante DAF), entre los meses de enero y junio de 2015.

Agrega que en el Decreto Alcaldicio N°2566 DAP, el municipio llega a la siguiente conclusión: “Durante la etapa investigativa fue posible agregar al proceso antecedentes que dan cuenta que en los años 2015 y 2016, la sumariada Bustamante Neira autorizó la programación de trabajos extraordinarios para los funcionarios de la Dirección de Administración y Finanzas fuera de toda norma, excediendo sobradamente la cantidad máxima que, legal y razonablemente, puede ejecutar un funcionario público, de acuerdo a la legislación y jurisprudencia administrativa obligatoria de la Contraloría General de la República.

Añade que producto de las irregularidades constatadas en la pieza sumarial, el DA 2566, en su parte resolutive aplicó la siguiente medida: “aplíquese a la funcionaria Alejandra Viviana Bustamante Neira, la medida disciplinaria de destitución, contemplada en la letra d) del artículo 120 y el artículo 123, ambos de la ley N°18.883, por el incumplimiento de sus obligaciones funcionarias, en especial, por la grave infracción al principio de probidad.”

Refiere que ante esta decisión, la recurrente interpone recurso de reposición, solicitando su rechazo. Mediante el D.A. 2962 del 29 de septiembre de 2019, el municipio, rechazó la reposición, medularmente por el hecho de no aportar antecedentes nuevos que permitan reconsiderar su decisión.



Asegura que tanto la tramitación como la ejecución del acto administrativo se ajustó estrictamente a la normativa vigente que rige y regula el procedimiento que deben aplicar los funcionarios municipales –llamados fiscales administrativos– quienes persiguen e investigan la responsabilidad administrativa de los demás funcionarios cuando estos hayan infringido los deberes y obligaciones contemplados en la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo y la Ley N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, cuando su sanción sea susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la cual deberá ser acreditada mediante la respectiva investigación sumaria o sumario administrativo.

Explica que el procedimiento aplicado por el Ente Edificio, y particularmente el fiscal administrativo designado para llevar a cabo la investigación y conclusión de los hechos denunciados, se ajustaron estrictamente a los parámetros y estándares legales vigentes, y más aún, la dictación del Decreto Alcaldicio recurrido, cumple estrictamente con todos los requisitos legales y administrativos exigidos, en tanto se produce a propósito de un procedimiento administrativo especial legalmente sustanciado y que se encuentra debidamente fundamentado.

Agrega que la valoración de la prueba es conteste con lo contemplado en los artículos 35 y siguientes de la Ley N°19.880, la cual ha sido ampliamente descrita en el Decreto Alcaldicio objeto del presente recurso, se describió la prueba y como esta impactaba e influía en el resultado final y resolución del sumario, por lo que tal aseveración de la recurrente, que hace ver al sumario como una animadversión injustificada y forzada en su contra, es absolutamente falsa.



En consecuencia, alega la ausencia de ilegalidad y de arbitrariedad en el actuar municipal y pide tener por evacuado informe solicitado, rechazando el recurso de protección, con expresa condenación en costas.

4°) Que para el análisis del asunto planteado en estos autos, resulta conveniente recordar que el Recurso de Protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de La República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

5°) Que, como se desprende de lo anotado, y según se ha venido diciendo reiteradamente a raíz de otros asuntos similares, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1° del Código Civil- o arbitrario -producto del mero capricho de quién incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto. Resulta importante recalcar que la ilegalidad y la arbitrariedad no son elementos que deben concurrir en forma copulativa, sino que basta con que se presente uno de ellos, esto es, el acto lesivo puede ser ilegal o arbitrario, sin perjuicio de que, eventualmente, podría tener ambos caracteres a la vez, confluyendo en algún caso específico.



6°) Que, primeramente, la recurrida Contraloría General de la República alega la falta de legitimidad pasiva, aduciendo que los Decretos impugnados provienen de la Municipalidad de Maipú, cuestión que debe desestimarse sin mayor análisis, dado que el ente contralor fue recurrido en relación con el dictamen que se mencionó previamente, siendo cuestión distinta que la acción, en cuanto se dirige respecto de dicha entidad, pueda tener la idoneidad como para permitir dejar sin efecto lo que ha resuelto el señalado municipio, lo cual es un problema diverso de la falta de legitimación. Como se ha expresado previamente, el recurso se ha entablado en contra de la II Contraloría Regional en razón del rechazo del reclamo que el recurrente presentó ante dicho órgano de control, cuestionando la legalidad del sumario administrativo incoado ante el municipio de Maipú, y es por esta razón que se ha recurrido de protección en su contra.

7°) Que, de otro lado, superada ya la defensa formal del órgano de control recurrido, se debe recordar que el primer requisito para que proceda el recurso de protección de garantías constitucionales, lo constituye el hecho de existir un acto o una omisión que puedan ser calificados como ilegales o arbitrarios y que provoquen consecuencias dañosas, afectando una o más garantías constitucionales protegidas. Ello, en el presente caso, no ocurre desde que todo el recurso, incluso en cuanto se dirige contra la II Contraloría Regional, tiene por objeto dejar sin efecto la sanción de destitución que se impuso a la recurrente, y esta última decisión del municipio no puede ser calificada ni como ilegal ni como arbitraria, puesto que es la consecuencia de un sumario o investigación administrativa que se llevó adelante en conformidad a la preceptiva



que los rige. En el sumario se determinó que la recurrente cometió las infracciones administrativas que se le imputaron en los cargos respectivos, y de allí derivó la sanción señalada.

Dicha resolución se encuentra ya a firme y ejecutoriada, pues la parte que ahora se alza, sin justificación alguna, ejerció en el curso del sumario todos los derechos que le competen, en el marco del debido proceso administrativo. Incluso, como ha quedado dicho, recurrió reclamando de lo actuado por el municipio, ante la Contraloría, la cual no dio la razón a la recurrente y es por ello que el recurso también se endereza contra el ente contralor.

Entonces, la recurrente no ha demostrado la ilegalidad que pretende y, tocante a la arbitrariedad, desde luego que tampoco la demostró, ya que al contrario, lo resuelto, esto es, la destitución funcionaria, no es el fruto del puro capricho o la sinrazón de la autoridad administrativa, sino que aparece tomada luego que se investigaran los hechos imputados a la recurrente, encontrándose debidamente fundado tanto lo que actuó la municipalidad como la Contraloría, ambas entidades recurridas.

8°) Que, por otra parte, como es también sabido, el recurso de protección constituye una acción cautelar de urgencia o emergencia, destinada a poner pronto remedio a actuaciones ilegales o arbitrarias, que han ocasionado perjuicio y vulnerado alguna de las garantías constitucionales protegidas de quien recurre, el que además debe hacer valer un derecho afectado que tenga la calidad de preexistente e indiscutido. La acción de protección no constituye una forma de generar derechos, sino de amparo de los que preexistan.

En la especie, no existe ningún derecho preexistente e indubitado que se haya hecho valer por la recurrente, como



consecuencia, sin duda, del uso indebido de esta acción, ya que como anteriormente se indicó, está siendo usada simplemente como si fuera un recurso jurisdiccional ordinario, que se ha intentado cuando ya se agotaron todos los que proporciona la normativa administrativa, en el marco de la regulación de los sumarios administrativos, para tratar de impugnar la determinación final adoptada en un sumario tramitado legalmente ante el Municipio de Maipú.

La legalidad de un procedimiento administrativo no puede ser revisada, a juicio de esta Corte, mediante un recurso de protección, pues éste tiene finalidades diversas y no se encuentra en la cadena recursiva que contemplan las normas administrativas, en especial el Estatuto Administrativo general y el particular de los funcionarios municipales. Adicionalmente, la parte recurrente lo ubica en la cúspide de la referida cadena recursiva, lo que desde luego no se aviene con la naturaleza cautelar de dicha acción.

Por cierto, los actos intermedios del sumario administrativo ya no están, en razón del tiempo transcurrido, en situación de ser atacados por el recurso en cuestión y, tocante a la determinación final, porque en relación con ella no es procedente.

De otro lado, en relación con lo resuelto por la Contraloría, aun cuando esta Corte pudiere tener una opinión contraria a la expresada en dicha determinación, tampoco podría dejarlo sin efecto, dado que el ente contralor actuó igualmente en el marco de sus legítimas atribuciones, habiendo sido requerido por la propia recurrente.

Además, como vía indirecta, el acogimiento del recurso en esta sección, no podría tener la virtud de conducir a dejar sin efecto todo lo actuado y resuelto en el marco del sumario administrativo, que es



realmente lo que se quiere impugnar, tratándose de un objetivo imposible de cumplir del modo oblicuo que se pretende, dado que todas las actuaciones sumariales están a firme y ejecutorias, tal como se dijo.

9°) Que, finalmente, hay que recalcar que se está frente al uso indiscriminado y erróneo del recurso de protección, el que ha sido utilizado como si fuera un medio de impugnación ordinario que permitiera recurrir de toda clase de actuaciones y resoluciones de autoridades administrativas, que éstas han ejecutado o dictado en el marco de sus legítimas atribuciones, ya que ellas les han sido entregadas por la Constitución y las leyes.

Lo anterior no es admisible, y todo lo dicho conduce al rechazo del recurso, sin otras consideraciones, lo cual determina que sea innecesario entrar al análisis de las garantías constitucionales que se han invocado como amagadas en el presente caso.

Por estas consideraciones y en conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre tramitación de recursos como el de la especie, se declara que **se rechaza** la acción de protección entablada por don Ignacio José Suárez Eytel, abogado, en representación de doña Alejandra Bustamante Neira, en contra del Decreto Alcaldicio N°2.566 DAP, de 23 de agosto de 2019, y del Decreto Alcaldicio N°2.962 DAP de 27 de septiembre de 2019, ambos dictados por la Sra. Alcaldesa de la Municipalidad de Maipú y asimismo, en contra de dictamen E 09126/2020 de la II Contraloría Regional Metropolitana.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívense los autos.

Redacción del Ministro Mario D. Rojas González.



Rol N°73.999-2020.

Pronunciada por la **Octava Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Mario Rojas González e integrada por el Ministro (s) señor Rafael Andrade Díaz y la Ministro (s) señora María Soledad Jorquera Binner.

No obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, no firman los Ministros señor Rojas por encontrarse haciendo uso de feriado legal y Ministro (s) señora Jorquera, por haber cesado su suplencia.



Proveído por el Señor Presidente de la Octava Sala de la C.A. de Santiago.

En Santiago, a trece de enero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>