

San Miguel, ocho de noviembre de dos mil diez.

Vistos:

Primero: Que interpone recurso de protección Nelsa Elizabeth González Vergara, arquitecta, domiciliada en Palena n° 3257, La Florida, en contra de José Miguel Arellano Merino, Alcalde de la Municipalidad de Padre Hurtado, domiciliado en San Alberto Hurtado n°3295, ex camino a Melipilla, para que se anule el Decreto Alcaldicio que ordenó su destitución del cargo, se la reintegre a dicho cargo con goce integro de remuneraciones desde el 18 de junio de 2010.

Impugna la resolución de 9 de mayo último en que el recurrido negó lugar a la reposición interpuesta por su parte, contra la medida disciplinaria de destitución decretada el 18 de junio de 2010; estableciendo, además, que la medida de destitución tendría efecto retroactivo desde el mismo 18 de junio, ordenando practicar descuentos y solicitándole la restitución de las remuneraciones pagadas desde esa fecha.

Señala como antecedentes de la resolución impugnada que, el 15 de septiembre de 2009 el recurrido dicta un Decreto Alcaldicio derogando el Reglamento de Control de Asistencia y Horario para el Personal de la I. Municipalidad de Padre Hurtado y dictando uno nuevo, elimina el margen de tolerancia de 10 minutos al inicio de la jornada y lo computa como tiempo no trabajado. Desde mes de octubre de ese año se justifican los atrasos de varios funcionarios entre los que se encuentra el Asesor Jurídico del Municipio, Rolando Cornejo Adasme, sin mayores antecedentes que lo justifiquen.

En mayo de 2010 el Alcalde ordena a la encargada de Recursos Humanos informar sobre los atrasos de los funcionarios de planta y a contrata, informe que da cuenta de los atrasos de 40 funcionarios a contrata y 47 de la planta que fluctúan entre una hora y 53 horas de atrasos, en el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 2009 y el 30 de abril de 2010.

El 14 de mayo de este año ordena instruir sumario a todos los funcionarios que registraran en esos 7 meses más de 12 horas de

atrasos acumulativos; en los 7 meses se incluye el periodo anterior a la dictación del nuevo Reglamento, lo que equivale a darle vigencia retroactiva; estima arbitraria y discriminatoria la fijación de 12 horas, no investigando a los que tenían 11 y menos horas de atrasos.

El 20 de ese mes la Directora de Control de la Municipalidad representa al Alcalde la irregularidad de los Decretos Alcaldicios que aceptaban la renuncia de funcionarios sujetos a investigación y, por tanto expuestos a una eventual destitución del cargo. El día 25 el recurrido acepta retroactivamente la renuncia al cargo de la mayor parte de los funcionarios sujetos a investigación, fijando como fecha para ello el 13 de mayo, esto es, un día antes del inicio de la investigación; algunos de los funcionarios renunciados siguió prestando servicios más allá del 13 de mayo e incluso hasta fin de mes.

A fines de mayo se cierra la investigación por el instructor Rolando Cornejo, declara extinguida la responsabilidad administrativa de aquellos que renunciaron y sólo formula cargos en su contra y de la funcionaria Verónica Cancino Garín. El 8 de junio se le aplica medida disciplinaria de destitución, sin considerar sus alegaciones de defensa en cuanto en su calidad de Jefa de Obras de la Municipalidad, muchas veces debió concurrir a terreno antes de marcar el inicio de su jornada laboral y que tiene en el mismo periodo de los atrasos 32 horas y 57 minutos de tiempo trabajado en exceso, sin que le fuera compensado, ni pagado como horas extraordinarias.

Entre el 8 y el 26 de julio, por sucesivos Decretos Alcaldicios, se incremento los honorarios de 8 funcionarios a contrata, también investigados por los atrasos y que se les había aceptado su renuncia retroactiva, en algunos casos se incorporó a los contratos de honorarios que ya tenían desde el 1° de enero y en otros, no se incorporó cometido alguno para justificar el incremento. La máxima arbitrariedad de la medida es la concedida a Marcos Cordovez Lara, con 53 horas de atrasos en el periodo, se le acepta la renuncia retroactiva, se le declara extinguida la responsabilidad administrativa y se le incrementan sus honorarios en \$269.837.-, sin agregar nuevo cometido.

Señala que estas actuaciones son arbitrarias e ilegales, porque siendo contrarias a la justicia, fue realizado movido por el capricho o la inquina, el favoritismo y la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad. Que inició el procedimiento para destituirla a ella y a otra funcionaria que no gozaba de su simpatía, Verónica Cancino, usando el Reglamento dictado por él, estableciendo un corte arbitrario en 12 horas, con el único fin de incluirlas para destituirlas; justificando retroactivamente los atrasos de los otros funcionarios de su confianza, de los 10 funcionarios sumariados se le aceptó retroactivamente la renuncia a 8 de ellos, los que si concurrieron a trabajar en los días posteriores a su renuncia y por último, se les incrementó su remuneración con pretextos o si ellos, actuando con un favoritismo inexcusable y discriminatorio.

Además, no se escucharon sus defensas para resolver la destitución, y finalmente se le ordenó restituir las remuneraciones devengadas desde el 18 de junio de 2010.

Todo ello vulnera el derecho fundamental de igualdad ante la ley, que ordena a la autoridad a no establecer diferencias arbitrarias entre las personas; la libertad de trabajo y su protección que prohíbe cualquier tipo de discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, discriminación que en su contra ha sido cruel y brutal, no por su capacidad e idoneidad, sino por asociarla a la antigua administración del Municipio.

Por último, se vulnera su derecho de propiedad al ordenar la restitución de remuneraciones ya devengadas, desconociendo su derecho de propiedad sobre estas.

Segundo: Que informando a fojas 40, fundamenta la improcedencia formal y de fondo de esta acción, por ser extemporáneo, por ser improcedente esta acción para declarar la nulidad de derecho público que pretende la recurrente y por último porque la actuación impugnada no es arbitraria, ilegal, ni ha vulnerado garantía Constitucional alguna.

En efecto, señala que la actuación recurrida es el Decreto Alcaldicio n°1932 de 18 de junio de 2010, que aplicó la sanción de destitución y no la que no dio lugar a la reposición, de esa forma,

desde la dictación de la resolución efectivamente recurrida, la acción intentada esta fuera del plazo de 30 días establecido en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre esta materia. El plazo debe contarse desde la realización de la actuación impugnada o desde que se tomó conocimiento del hecho, lo que no ha ocurrido en la especie.

Hace presente que la recurrida tomó conocimiento de la negativa a su recurso de reposición, no en la fecha de notificación del Decreto Alcaldicio n°1932, sino con la notificación del ordinario 105/592 de 6 de julio de 2010, que contiene la resolución de la reposición y que le fue notificada el 7 de julio, de forma que estaría fuera de plazo por este concepto.

Pide el rechazo porque la pretensión de la actora, es la declaración de nulidad del Decreto Alcaldicio que le aplica la medida disciplinaria de destitución del cargo, esto es, la nulidad de un acto administrativo, que deben conocer los jueces del fondo por tratarse de una materia de lato conocimiento y que no puede resolverse en este procedimiento eminentemente cautelar de las garantías constitucionales.

Finalmente solicita el rechazo, por no haber incurrido en ilegalidad alguna en la dictación del Decreto Alcaldicio impugnado, señala que con estricto cumplimiento al Estatuto Administrativo, cuerpo legal que rige las relaciones entre la Municipalidad y sus funcionarios, se instruyó investigación sumaria por la falta contemplada en el artículo 69 inciso tercero del cuerpo legal citado, cuyo conocimiento y resolución debe realizarse de esa forma por mandato expreso del legislador.

Se aplicó la sanción contemplada en la norma al incumplimiento de las obligaciones funcionarias, esto es, llegar atrasado sin causa justificada a cumplir sus labores, las obligaciones de los funcionarios, señaladas en el artículo 58 del mismo Estatuto es de cumplir su jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico, lo que la recurrente no hizo. De esta forma se aplicó adecuadamente la sanción sin que existiera ilegalidad ni arbitrariedad en la decisión.

Señala que, en todo caso, no se ha vulnerado ningún derecho fundamental de la recurrente, no se le ha seguido un procedimiento distinto al contemplado en la norma para una situación semejante, y se le aplicó la sanción contemplada para la conducta que se estableció en la investigación sumaria. En todo caso, la alegación de haberse dado un trato distinto a los otros funcionarios municipales, no es efectiva toda vez que estos habían renunciado voluntariamente a sus cargos y su responsabilidad administrativa se encontraba extinguida.

Tampoco existe vulneración a su libertad de trabajo cuando se aplican medidas disciplinarias, sobre base de un procedimiento sumarial legalmente tramitado en conformidad con el Estatuto Administrativo, ya que este regula el ingreso, los deberes y derechos de los funcionarios, así como sus responsabilidades administrativas y causales de cesación de los cargos. No ha existido vulneración alguna, porque el concepto de libertad de trabajo, en su dimensión general se refiere al acceso al empleo y en la especial, como carrera funcionaria, de forma que no se ha afectado garantía, porque se ha cumplido estrictamente con la ley al sancionarla.

En cuanto al derecho de propiedad, no es posible impetrar protección constitucional basada en el derecho de propiedad, en el caso de funciones o empleos públicos, porque no se encuentra comprendido dentro del derecho de propiedad sino en el consagrado en el artículo 19 n° 17 de la Constitución Política de la República, garantía que no es materia de la acción constitucional de protección.

Tercero: Que se da por cierto, atendido el tenor del recurso y lo informado por el Alcalde de la I. Municipalidad de Padre Hurtado, que el 9 de julio, por Decreto Alcaldicio n° 1932 se rechazó el recurso de reposición en contra de la medida disciplinaria dictada el 18 de junio, todos de 2010 por Decreto Alcaldicio n° 1597, documentos, que además, fueron agregados por las partes en sus presentaciones.

Cuarto: Que la recurrente acompañó a su presentación los Decretos Alcaldicio números: 2402 (15 de septiembre de 2009) sobre nuevo Reglamento de Control de Asistencia y Horario para el personal de la Municipalidad de Padre Hurtado, 1377 (14 de mayo de 2010) que ordena instruir la investigación sumaria en contra de la recurrente, y los

de igual fecha 1376, 1378, 1382 que ordenan instruir sumario, por iguales razones a Ángelo Valeria Pardo, a Lorena Jara Ruminao, a Soledad Morales Ayala y a Verónica Cancino Marín.

Quinto: Que también acompaña copia de los Decretos Alcaldicios n° 1461 de 25 de mayo de 2010, que acepta la renuncia voluntaria de Elena Morales Ayala (corresponde a doña Soledad Morales Ayala, cédula de identidad 15.954.206-8) a contar del 13 del mismo mes; n° 1457 y 1456, de misma fecha, que acepta renuncia voluntaria, igual que la anterior a Lorena Jara Ruminao y Ángelo Valeria Pardo. Todas ellas, y las de Mario Mendoza Bravo, Gabriela Bravo Silva, Joel Castillo Hernandez, Marcos Cordovez Lara y Silvia Gutierrez Oyarzun, presentadas el 13 de mayo y cursadas en iguales términos y oportunidades.

Sexto: Que en relación a estas renunciaciones se acompañó memorándum n° 553, de 20 de mayo, dirigido por Denisse Bernier Maldonado a Rolando Cornejo, Asesor Jurídico de la I. Municipalidad de Padre Hurtado en que le solicita pronunciamiento sobre este punto, porque a la fecha en que ellas se ingresan, 14 de mayo pasado, ya se encontraban tramitados los Decretos que inician la investigación sumaria en su contra por la causal de atrasos injustificados, de forma que no parece procedente cursar las señaladas renunciaciones. Hace presente que en los decretos que aceptan las renunciaciones se declara no existir sumario administrativo alguno, en las circunstancias antes señaladas; y representa el efecto retroactivo que el Alcalde otorga a dichas renunciaciones, resueltas el 17 de ese mes aceptándolas desde el 13 del mismo mes.

Séptimo: Que de los antecedentes remitidos por el recurrido y que se agregaron como medida para mejor resolver desde fojas 100 a fojas 117, aparece que se instruyó investigación sumaria en contra de Ángelo Valeria Pardo, Nelsa González Vergara, Lorena Jara Ruminao, Mario Roberto Mendoza Bravo, Gabriela Bravo Silva, Marcos Cordovez Lara, Soledad Morales Ayala, Silvia Gutiérrez Oyarzun, Carmen Cancino Garin y Joel Castillo Hernández; informa que las investigaciones sumarias se decretaron el 14 de mayo y solo contra 10 funcionarios, 8 a contrata y 2 de la planta, ello por exceder las 12 horas

de atrasos entre el mes de septiembre de 2009 y abril del año siguiente.

Octavo: Que se acompañaron, asimismo, los Decretos Alcaldicio de 25 de mayo de 2010, que aceptan las renunciaciones de Ángel Valeria Pardo, Lorena Jara Ruminao, Mario Roberto Mendoza Bravo, Gabriela Bravo Silva, Marcos Cordovez Lara, Soledad Morales Ayala, Silvia Gutiérrez Oyarzun y Joel Castillo Hernández, a contar del 13 del mismo mes.

Noveno: Que en el “Informe de Investigación Sumaria”, de 27 de mayo de 2010, el investigador Rolando Cornejo Adasme, concluye la investigación sumaria incoada en contra de Gabriela Bravo Silva, proponiendo al Alcalde recurrido el sobreseimiento de la ex-funcionaria, por haberse extinguido su responsabilidad administrativa por renuncia voluntaria a contar del 13 de mayo de este mismo año. El resultado de los otros sumarios no se ha consignado en el expediente.

Décimo: Que se agregaron a los antecedentes los Decretos 1927, de 8 de julio de 2010, en que incrementa a contar del 18 de junio al 30 de junio y los meses de julio y agosto a \$204.067, los honorarios de Angelo Valeria Pardo, acorde a contrato de 7 de enero de ese año. De igual forma el n° 2001, de 15 de Julio, que incrementa a \$269.837 los honorarios de Marcos Cordovez Jara, por igual período; n° 2116, de 26 de julio, que incrementa honorarios a Silvia Gutierrez Oyarzún por el periodo de 1° de julio de 2010 al 31 de diciembre de este año en \$91.100.-; n°2117, de misma fecha, por igual período y monto de \$81.200.- a Gabriela Bravo Silva; n° 2118 de igual fecha, incrementa en \$361.000.- por el mismo período a Mario Mendoza Bravo y n° 2145 de 29 de julio que lo hace por el mismo período, en \$81.200.- a Lorena Jara Ruminao.

Undécimo: Que, de los antecedentes antes señalados, y no habiendo informado el recurrido sobre lo resuelto en las otras investigaciones sumarias es dable presumir que en los seguidos contra de los funcionarios cuya renuncia se aceptó, y que ya se mencionaron, el investigador designado propuso sobreseimiento por extinción de la responsabilidad administrativa.

Duodécimo: Que de igual forma aparece que 6 de los funcionarios contra los que se inició investigación sumaria y que presentaron su renuncia voluntaria al cargo, por lo que no se les aplicó sanción administrativa, se encuentran prestando servicios para la recurrida con honorarios superiores a los que tenían a la fecha de la renuncia.

Décimo Tercero: Que los hechos establecidos en los considerandos anteriores, esto es, que a ocho de los diez funcionarios sumariados se les aceptara la renuncia a sus cargos, lo que motivó el sobreseimiento de las investigaciones sumarias y, a seis de ellos se les mantuviera efectivamente prestando servicios para la Municipalidad con fecha posterior a su renuncia, con honorarios mayores a los que percibían antes de ésta; es un trato que privilegia a un grupo de funcionarios.

Décimo Cuarto: Que los diez funcionarios sumariados se encontraban en iguales condiciones el día 14 de mayo en que se inicia la investigación y ocho de ellos, por una decisión especial, de fecha posterior al inicio, son liberados de ésta, expresando el Alcalde que no se encuentran sometidos a investigación alguna; de esta forma ha alterado, a su respecto, el procedimiento sancionatorio de forma no aceptada por la norma, que impide cursar la renuncia de cualquier funcionario público o municipal, que se encuentre sometido a una investigación administrativa.

Décimo Quinto: Que unido a la anomalía señalada, aparece que la renuncia es sólo una ficción, porque seis de ellos continúan prestando servicios para la misma Municipalidad, con honorarios incrementados, lo que constituye inequívocamente un trato preferente a su respecto, que altera la igualdad de trato que corresponde a todos aquellos que se encuentran en la misma situación.

Décimo Sexto: Que la igualdad es un derecho que constituye el fundamento del Estado Democrático del Derecho, no es posible entender la norma jurídica sin el concepto básico de igualdad y; la igualdad ante la ley, en su sentido amplio, consiste en que las normas sean aplicadas igualmente a todos los sujetos, sin tener en cuenta otras circunstancias que las establecidas por la propia norma, al decir de

Kelsen “los órganos que aplican la ley, al decidir un caso, no establecen ninguna diferencia que no se encuentre en la ley que se va a aplicar.”

En sentido estricto la igualdad es considerar que determinadas circunstancias son irrelevantes para la creación y aplicación de las normas, dado que los individuos no se diferencian de manera relevante por su raza, sexo o creencias, etc ... no sería justo que estas circunstancias fueran tenidas en cuenta en la elaboración de las normas.” (Ricardo García Manrique, en torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos).

Décimo Séptimo: Que, en este caso, se trató de manera desigual a aquellos funcionarios municipales que se les aplicó la medida disciplinaria de destitución del cargo, porque aún cuando se realizó el procedimiento de rigor es evidente que por los mismos hechos (atrasos reiterados) a los otros investigados se les otorgó un trato preferente, no sancionándolos y manteniéndolos como funcionarios de la misma Municipalidad con remuneraciones más elevadas. Estas actuaciones del Alcalde importan diferencias de trato ante la ley que no se encuentran contempladas en ella; ni se han señalado circunstancias relevantes para justificar las referidas distinciones.

Décimo Octavo: Que tal actuación de la recurrida es arbitraria puesto que no obstante su fundamentación formal, en rigor, carece de sustento toda vez que los entregados pierden mérito por causa del trato conferido a los restantes funcionarios. Todo indica que se utilizó la formalidad del procedimiento disciplinario para justificar la verdadera motivación del acto que se cuestiona, la que no ha sido develada.

En estas condiciones, constatada la actuación de la autoridad administrativa que ha vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley, se debe prestar amparo a la recurrente para restablecer el imperio del derecho y asegurar su debido ejercicio.

Décimo Noveno: Que, se ha solicitado revocar el Decreto Alcaldicio n° 1932 de 9 de julio pasado, dejando sin efecto la medida disciplinaria de destitución del cargo que afecta a la recurrente, petición a la que no es posible acceder, porque excede el objeto de esta acción

cautelar; la decisión que se pretende, debe ser resuelta en el procedimiento establecido por la ley para la impugnación de las decisiones municipales de orden disciplinario.

En esta acción cautelar de derechos, solo se acogerá la solicitud de ordenar la reincorporación al cargo que ejercía la funcionaria hasta la dictación del decreto Alcaldicio cuestionado, manteniéndola en dicho empleo hasta que se resuelva, en la sede correspondiente, la validez de la actuación administrativa reclamada; debiendo pagarse las remuneraciones devengadas por todo el periodo anterior a su reincorporación y las que se devenguen en el futuro.

Vigésimo: Que, de igual forma, la resolución recurrida estableció que la sanción comenzó a regir en la fecha que fue notificada dicha medida, imponiendo la obligación de restituir o no percibir las remuneraciones en el tiempo que medió esta y la que resuelve el recurso de reposición, afectando el derecho de propiedad de la funcionaria sancionada sobre las remuneraciones que ya formaban parte de su patrimonio y que no podían ser descontadas por la sola decisión del empleador.

Vigésimo Primero: Que, respecto a la solicitud de decretar extemporánea la presente acción de protección de garantías constitucionales se tiene en consideración que, si bien es cierto que el acto que motiva la interposición de este recurso es la decisión de adoptar la medida disciplinarias de destitución de cargo de 18 de junio de 2010, ella fue impugnada mediante el recurso de reposición y de la negativa de éste se acciona de protección.

Vigésimo Segundo: Que, la actuación que ha vulnerado las garantías constitucionales de la recurrente quedó, definitivamente en condiciones de ser impugnada en sede jurisdiccional, en la fecha que se emitió la última decisión del ente Alcaldicio, que ha vulnerado tanto el derecho a la igualdad ante la ley como el de propiedad de la funcionaria. Más aún cuanto que, en esta última resolución se complementó la primera, estableciendo que la medida disciplinaria comenzaba a regir desde el 18 de junio pasado, ordenando descontar las remuneraciones correspondientes y calcular y solicitar la restitución de las percibidas

Vigésimo Tercero: Que, a mayor abundamiento, la interposición del recurso de reposición de las resoluciones administrativas, interrumpe los plazos para recurrir en sede jurisdiccional, sin distinguir el tipo de acción que se intente ante estos órganos; y siendo la acción impetrada de protección de garantías constitucionales, su aplicación deberá considerarse en la forma que permita otorgar el más amplio espectro de salvaguarda de dichos derechos fundamentales, de forma que esta alegación de extemporaneidad será rechazada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 19 números 2 y 24 y 20 de la Constitución Política de la República, Auto Acordado Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de la Excma. Corte Suprema, **se acoge**, el recurso de protección presentado por Nelsa Elizabeth González Vergara, en contra de José Miguel Arellano Merino, Alcalde de la Municipalidad de Padre Hurtado, solo en cuanto se ordena la reincorporación al cargo que ejercía la funcionaria hasta la dictación del decreto Alcaldicio, en la forma que se señala en el considerando décimo noveno.

Acordada con el voto en contra de la Ministro señora María Teresa Díaz Zamora quien fue de opinión de rechazar el recurso de protección por las siguientes consideraciones:

1.- Que el recurso de protección es una acción cautelar que tiene por objeto poner pronto remedio a una situación fáctica que conculca el ejercicio de derechos o garantías constitucionales que se han individualizado por el propio legislador, producto de una acción u omisión arbitraria o ilegal.

2.- Que en este contexto, del análisis de los antecedentes aportados en estos autos, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, esta disidente estima que podrían configurarse irregularidades en los decretos que acepta la renuncia a determinados funcionarios y en los decretos que los contrató a honorarios, pero de ellos no se sigue necesariamente que en el caso en particular que nos ocupa, se haya verificado una actuación por parte del recurrido que pueda ser calificada de arbitraria o ilegal.

3.- Que, en efecto, no es posible colegir de la prueba aportada, que en el sumario instruido en contra del recurrente y en el rechazo de

la reposición, se haya apartado de la ley, tanto al ordenar la instrucción del mismo, como en la sanción adoptada, puestos que sus actuaciones se encuadran dentro de las facultades que la legislación vigente le otorga.

Tampoco es factible afirmar que la decisión de instruir sumario y luego aplicar sanciones sean producto del mero capricho de quien las adoptó, pues ambas aparecen revestidas de fundamento, según se desprende de los documentos acompañados al recurso.

4.- Que no pudiendo darse por configurado algún acto arbitrario o ilegal que perturbe, amenace o vulnere el libre ejercicio de una garantía o derecho consagrado en la Constitución Política del Estado, el presente arbitrio constitucional, en las actuales condiciones, no puede prosperar.

Regístrese, comuníquese y, en su oportunidad, archívese.

Redacción de la Ministra señora Cabello y del voto disidente, su autora.

Rol 205-2010 Prot.

Pronunciada por las Ministras señora Irma Meurer Montalva, señora Lya Cabello Abdala y señora María Teresa Díaz Zamora.

En San Miguel, a ocho de noviembre de dos mil diez, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.