Santiago, ocho de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos:

Comparece Gunther Dewetak Bofill, abogado en representación de Alejandro Contreras Espinoza, y deduce recurso de protección contra de la Corporación Municipal de Peñalolén, por el acto arbitrario e ilegal consistente en la Dictación de la Resolución N°183 de 30.05.18 (notificada 09.07.18) que rechazó su recurso de reposición en contra Resolución N°157 (14.05.18), que sancionó a su representado con la destitución de su cargo por determinarse su responsabilidad mediante sumario administrativo, por incumplimiento de deberes funcionarios, arts. 1.1; y 51 a, b y c de Ley N°20.584. (por actos de connotación sexual en el ejercicio de su cargo) y que vulnera las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 2, 3 y 24 de la Constitución Política.

Solicita dejar sin efecto la Resolución que rechazó reposición, se deje sin efecto el sumario y se realice uno nuevo en que se respeten las garantías conculcadas, con costas.

Señala que su representado es funcionario por más de quince años de la recurrida, y que la resolución que ataca vulnera la **proscripción de ser juzgado por comisiones especiales** ya que el Secretario Municipal de la Corporación hizo uso de su potestad disciplinaria, acogiendo la medida disciplinaria propuesta por el Fiscal del sumario administrativo, sin atender a los descargos presentados y sin aplicar el principio de gradualidad y proporcionalidad de la sanción.

Se conculca **derecho propiedad,** pues se le priva de sus remuneraciones, sustento del hogar; y la **Igualdad ante la ley y debido proceso,** acusando diversas infracciones cometidas en el sumario, a saber la transgresión de los principios de imparcialidad, de no prejuzgar debiendo investigar tanto los hechos que agravan la responsabilidad, como los que la aminoran y bilateralidad de la investigación.

Expone que en el procedimiento se consideraron como pruebas de su patrón de conducta acusaciones practicadas en redes sociales (Facebook) y un e-mail de 30.10.17 emitido por Belén Tagle que da cuenta de una experiencia de hace tres años, bastante confusa, sin que se apersonaran al proceso; que el Fiscal recibió en forma ágil las declaraciones de las tres denunciantes que lo acusaron de conductas impropias de connotación sexual, pero no prestó misma atención a pruebas que exculparan o explicaran las conductas, como la cantidad de prestaciones diarias que como profesional realizaba, y su relación con el número de denuncias efectivas (solo 3 se apersonaron al proceso), existiendo felicitaciones por su desempeño.

VZVRGYXJVM

Agrega que no existió bilateralidad pues solo se le interrogó por el fiscal respecto de una denunciante (Antonia Mayorga) y no respecto de las otras dos (Johana González y Consuelo Silva) cuyas declaraciones solo conoció al acceder al informe del sumario.

Expresa que atendía a personas con sobrepeso y las acusaciones se relacionan con posibles roces en los glúteos de sus pacientes dentro del contexto de una revisión médica, lo que se habría considerado de haberse estudiado las fichas médicas de las denunciantes, lo que no se hizo.

Sostiene que no se hace cargo de contradicciones en declaraciones de cargo, pues la denunciante Antonia Mayorga el 16.10.17 ante el Director CESFAM declaró que solo le habrían rozado los glúteos y el 03.11.17 ante el fiscal administrativo declara que le preguntó demasiado por su actividad sexual, su alimentación, si hacía ejercicio y que le "midió y le tocaba el poto".

En su informe la recurrida solicita el rechazo del recurso, con costas, por discordancia entre las garantías invocadas y alegaciones efectuadas, por no haberse afinado el proceso y por haber cumplido todas las normas del procedimiento que concluyeron en la destitución del funcionario.

Refiere que en cumplimiento de sus funciones legales, como persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, le corresponde la administración y operación servicios de educación, salud y atención de menores traspasados por la I. Municipalidad de Peñalolén

La atención de salud la hace mediante SAPU y CESFAM, bajo su administración y traspasados por el municipio referido.

Explica que el recurrente fue contratado en CESFAM Carol Urzúa bajo estatuto laboral Ley N°19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal; su norma supletoria por artículo 4 es la Ley N°18.883, Estatuto de Funcionarios Municipales, que era parte de la dotación de salud primaria municipal, como nutricionista y que el 11.07.17, el secretario Gral. de la Corporación Municipal instruyó una investigación sumaria para determinar responsabilidades y esclarecer hechos denunciados por paciente del CESFAM mediante redes sociales, por conductas inapropiadas del recurrente en la atención a una menor de edad atendida por aquel.

Debido a ello fue citado a declarar el 11.10.17 y lo hizo el 16.10.17, y luego de recopilación de antecedentes se elevó a sumario, por resolución de misma fecha.

El 26.10.17 el fiscal resolvió suspender preventivamente al recurrente (Res. 299) y el 23.02.18 se le notificaron los cargos formulados en su contra, haciendo público el sumario; el 27.02.18 se le otorgan copias al actor y el 02.03.18 se

VZVRGYXJVM

reciben sus descargos, relevando que no solicitó diligencia alguna y tampoco rindió prueba.

Luego el 28.03.18 el fiscal emitió su vista y el 14.05.18 se resolvió el sumario por resolución N°157 determinando destituir al funcionario conforme al art. 48 Ley 19.378 en relación art 144 d) Ley 18.883, por exceder el actuar sanitario en la atención de usuarias del CESFAM generando conmoción y desconfianza, acción contraria a los fines del organismo e incumpliendo en forma grave sus obligaciones funcionarias, provocando un despropósito con el funcionamiento institucional, lo que se acreditó en sumario administrativo como ordena el artículo. 48 b) Ley 19.378 (funcionario de salud dejará de pertenecer a la dotación por siguientes causales…b) falta de probidad, conducta inmoral o incumplimiento grave obligaciones funcionarias); y ordena enviar sumario a la Dirección del Trabajo una vez vencido el plazo art 139 Ley N°18.883, en virtud del Dictamen Nº 040992N16 de 3 de junio de 2016.

Agrega que el 16.05.18 se notificó al recurrente, quien el 24.05 apeló, y el 31.05.18 por Resolución 183 se rechazó el recurso.

El 08.06.18 la recurrida remitió expediente sumarial a la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Oriente, para que ratificara el cese de funciones como medida disciplinaria de destitución.

Hace presente, así, que el sumario no se encuentra afinado**,** puesto que el recurrente tenía la calidad de dirigente gremial Ley 19.296 sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado y el artículo 25 de dicha norma prescribe que gozan de fuero desde su elección hasta 6 meses de cesado en el cargo, siempre que la cesación no se hubiere producido por la medida disciplinaria de destitución.

Indica que la Contraloría General de la República mediante dictamen N°40992N16, de 03.06.16 ha señalado que corresponde a la Dirección del Trabajo pronunciarse sobre la ratificación de la medida expulsiva, y que como la misma no se ha pronunciado el sumario administrativo no está afinado, manteniendo el recurrente su calidad de funcionario de la dotación de salud, como nutricionista titular, con pago íntegro de sus remuneraciones.

Reclama la total falta de concordancia entre las reclamaciones que se realizan en el recurso y la garantía constitucional de igualdad ante la ley que se pretende conculcada.

Manifiesta que no se explica el carácter de comisión especial que se le atribuye, teniendo en consideración las facultades inspectivas y sancionatorias de la Administración, y en particular en este caso de la Corporación Municipal respecto de funcionarios regidos por el estatuto de Atención Primaria de Salud.

VZVRGYXJVM

Respecto al derecho de **propiedad** reitera que no está afinado el proceso, se le pagan sus remuneraciones, y que la Excma. Corte Suprema ha señalado que la relación estatutaria del funcionario no da cuenta de un derecho de propiedad sobre el cargo.

Señala que no se desarrollan los elementos del debido proceso que se estiman infringidos y hace presente que tuvo oportunidad de presentar descargos, solicitar prueba y recurrir de lo resuelto.

En cuanto al fondo, se refiere a la función pública de salud que la corporación desarrolla a través de los CESFAM, y por ende objeto de escrutinio público, lo que justifica atender denuncias que se realicen por redes sociales, en este caso una denuncia por Facebook de una madre de una paciente de 18 años que reclamaba preguntas fuera de lugar en el ámbito sexual, sumándose al menos otras dos denuncias que se refirieron a un trato inadecuado y preguntas o tocaciones inadecuadas. Sin perjuicio, la madre de la adolescente también interpuso un reclamo formal vía Formulario de Registro Ciudadano.

En este proceso se sumaron nuevas denuncias y se elevó la investigación a un proceso administrativo. Se toman declaraciones a tres usuarias, una de ellas funcionaria, se allega documental y se decide la suspensión preventiva del profesional.

Da cuenta de una adecuada investigación y procedimiento, respetando el debido proceso. Hace presente los cargos formulados (Art 1 Ley 20.584: derecho de autorizar o no someterse a procedimiento de salud, en este caso, la medida exploratoria de tocar partes del cuerpo de sus pacientes, más aún zonas consideradas erógenas. Se debe contar al menos con autorización verbal del usuario/ si no es por esa norma, por el deber de cortesía básica Art 58 ley 18.883; Art 5 Ley 20.584 (derecho a trato digno y respetuoso en toda circunstancia – lenguaje y actitudes adecuadas) Art 58 Ley 18.883 en mismo sentido deber de cortesía, dedicación y eficiencia)

Luego, se propone la sanción por el Fiscal, cual es la destitución y remisión del sumario a la Dirección del Trabajo.

Por último, refiere que se rechazó la apelación y reposición; se remite el expediente a la Dirección del Trabajo el 08.06.18, la cual a la fecha no se ha pronunciado.

A petición de esta Corte, informó la Dirección Regional del Trabajo. En un primer informe remitió copia del Ordinario Nº 2695 donde dio cuenta a la recurrida sobre la revisión del sumario administrativo de autos, observando que tanto la investigación sumaria, como el sumario administrativo fue instruido por el Secretario General y no por el Alcalde, no se podía verificar el grado de jerarquía o

VZVRGYXJVM

relación de dependencia entre el fiscal y el funcionario, que la declaración efectuada por el denunciado era solo respecto de la primera denuncia y no respecto de las otras dos agregadas en forma posterior al procedimiento, que tampoco se nombró actuario a efecto de realizar la investigación y no se dio la posibilidad de formular causales de implicancia o recusación al abogado fiscal- lo que no constaba en el expediente- y tampoco en la vista del sumario administrativo o informe del fiscal se hacen presentes las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren haber concurrido. Luego en un segundo informe señaló no tener conocimiento del estado actual del sumario administrativo, pues la última actuación efectuada por su parte habría sido la notificación del Ordinario 2695, de 21 de agosto de 2018 a la recurrida, sin que se le hubieran efectuado mas presentaciones relativas a dicho sumario. Enseguida, hizo presente que del ordinario Nº 10337014 de 02.03.2011 delimitó la competencia de la Dirección del Trabajo para conocer los vicios de ilegalidad, comprendiendo exclusivamente el control de la legalidad formal del sumario administrativo o investigación sumaria, excluyendo comprobación o modificación de los hechos del respectivo expediente sumarial.

Con fecha 5 de octubre se hizo regir el decreto que ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: 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 legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar frente a un acto u omisión ilegal o arbitrario que impida, amague o perturbe ese ejercicio. En concordancia con lo anterior, corresponde a esta Corte dilucidar si el acto impugnado por la presente acción es ilegal o arbitrario, para luego examinar si dicho acto afecta o conculca alguna de las garantías constitucionales que se denunciaron como vulneradas por el recurrente.

Segundo: Como se advierte, es requisito indispensable de la acción constitucional 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 quien incurre y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha planteado.

VZVRGYXJVM

Tercero: Sobre la existencia del acto recurrido no existe discusión. Se trata de la Resolución Nº 183 de 30 de mayo de 2018, dictada por la Corporación Municipal de Peñalolén, que rechazó el recurso de reposición interpuesto por don Alejandro Contreras contra la resolución Nº 157 de 14 de mayo de 2018 que lo sancionó con la destitución de su cargo, al haber determinado su responsabilidad en los hechos denunciados e investigados, siendo estos contrarios a la misión y visión de la Corporación Municipal y de los Establecimientos de Salud, incumpliendo de esa forma los deberes funcionarios, lo que estaría en contravención a lo establecido en el artículo Nº1 inciso 1º, el inciso 1 letra a) y las letras b) y c) del artículo Nº 5, todos de la Ley 20.584, las letras b) y c) del artículo 58, y el artículo 119 Nº en sus incisos 1 y 2 de la Ley 18.883.-

Cuarto: Lo que se acusa en el recurso, excede los márgenes de actuación del recurso de protección**,** siendo bastante razón para desestimarlo**,** toda vez, que lo que en definitiva se pretende es que esta Corte por esta vía constitucional revise el sumario administrativo seguido en contra del recurrente, denunciando la transgresión de los principios de imparcialidad, no prejuzgamiento y objetividad en la investigación, así como la bilateralidad de ésta.

Quinto: No se aprecia en los fundamentos del recurso que se examina la existencia de un derecho indubitado, presupuesto de la acción intentada, sino que una discrepancia en la tramitación del sumario y especialmente en la valoración de la prueba que fundó la decisión, lo que se corrobora además cuando sólo denuncia infracción de garantías constitucionales, sin enderezar su recurso en relación con la existencia de ilegalidades o arbitrariedad en la actuación censurada.

Debido a lo anterior y de conformidad, además, a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **se rechaza, sin costas,** el deducido en representación de don Alejandro Contreras Espinoza.

Regístrese, notifíquese y archívese, si no se apelare.

Redacción de la Ministra señora Adelita Ravanales Arriagada.

No firma el abogado integrante señor Ruz, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

Protección 43.939-2018

VZVRGYXJVM

ADELITA INES RAVANALES ARRIAGADA
MINISTRO
Fecha: 08/11/2018 13:40:53

MIREYA EUGENIA LOPEZ MIRANDA
MINISTRO
Fecha: 08/11/2018 13:44:03

VZVRGYXJVM

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Adelita Ines Ravanales A., Mireya Eugenia Lopez M. Santiago, ocho de noviembre de dos mil dieciocho.

En Santiago, a ocho de noviembre de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

VZVRGYXJVM

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 12 de agosto de 2018, 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.