

Santiago, veintitrés de marzo de dos mil veinte.-

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO.- Que comparece en estos autos don FELIPE **ADALBERTO FERNANDO BARRIL SANTANA**, y deduce recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República, por el acto que estima ilegal, arbitrario y vulnerador de la garantía contenida en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, consistente en la decisión que consta en **oficio N°7.484, de 14 de marzo de 2019**, notificado con fecha 18 de marzo de 2019, por medio del cual deja sin efecto el dictamen anterior N° 3.833.

Fundando su recurso expresa que la Contraloría General de la República mediante el oficio impugnado de 14 de marzo de 2019, reconsideró el dictamen N°3.833 de 6 de febrero de 2019, el cual había determinado que no se ajustó a derecho que la Municipalidad de Copiapó haya declarado vacante el cargo de director de administración y finanzas, que servía el recurrente en el indicado municipio, disponiendo que debían reintegrarlo a la indicada función una vez cumplida una suspensión que lo afectaba.

Sin embargo, el órgano Contralor dispuso la indicada reconsideración argumentando que en razón de la causal de abstención del inciso tercero del artículo 6 de la Ley N°10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, el primitivo pronunciamiento no pudo emitirse en razón de existir con anterioridad una demanda de nulidad de derecho público de la declaración de vacancia del cargo, bajo el rol N° 2.414- 2018, del Primer Juzgado de Letras de Copiapó.

Para contextualizar los pronunciamientos del Ente Contralor, explica que el 18 de marzo de 2017, el Juzgado de Garantía de Copiapó dictó sentencia en su contra, en calidad de autor del delito de malversación de caudales públicos, condenándolo a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, y accesorias del artículo 30 del Código Penal, esto es, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.



Refiere que con posterioridad a ello, mediante **Decreto Alcaldicio N°4.751 de 3 de abril del año 2017**, se modificaron sus funciones y se le nombró como Director Subrogante de la Dirección de Tránsito y Transporte Público, designando como Director Subrogante de Administración y Finanzas al titular de esa Dirección a don Jorge Cisternas Bravo.

Expone que la determinación anterior, según indican los considerandos del citado Decreto Alcaldicio se fundó en que: *“Siendo un hecho de público conocimiento que se ha dictado la sentencia definitiva de fecha 28 de marzo de 2017, en causa RIT 5428-2009 del Juzgado de Garantía de Copiapó, en la que se ha condenado al Funcionario FELIPE ADALBERTO BARRIL SANTANA, por el Delito de Malversación de Caudales Públicos, la que pese a no estar firme a la fecha del presente Acto Administrativo, pone en cuestionamiento su idoneidad para ejercer su función de Director de Administración y Finanzas de este municipio... Correspondiendo a la Autoridad Edilicia, en su calidad de Máxima Autoridad de la Municipalidad, la administración superior y supervigilancia de su funcionamiento, con estricto apego a la Transparencia y Probidad de los funcionarios sujetos a su subordinación, de forma tal que pueda procurarse la idoneidad técnica en los funcionarios directivos... Los hechos descritos en el considerando primero constituyen un antecedente serio y grave que permite razonablemente proceder a la separación de manera provisoria al funcionario condenado de las funciones de Dirección de las Finanzas del Municipio, en tanto la Justicia no dictamine otra cosa de acuerdo a los plazos legales para impugnar la Resolución ya indicada, sin provocar menoscabo en las funciones y remuneraciones a que tiene derecho, por tanto, se requiere proveer a la brevedad de un Directivo que pueda asumir la conducción de la Dirección de Administración y Finanzas en su reemplazo”.*

Agrega que posteriormente la Municipalidad de Copiapó, mediante el **Decreto Alcaldicio N°5.334 de 10 de abril de 2017**, declaró vacante el cargo de Director de Administración y Finanzas, que ostentaba hasta esa fecha, como directivo grado 5° E.M.R., por inhabilidad sobreviviente, fundando la decisión en la referida condena y que de conformidad al artículo 147 letra b) de la Ley N°18.883, los funcionarios cesan en funciones por declaración de vacancia del cargo, fundada en la pérdida de alguno de los



requisitos de ingreso en la municipalidad y atendido que el artículo 10 de la Ley N°18.883, establece que para ingresar a la Municipalidad será necesario cumplir los siguientes requisitos: *“letra f) No estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargo públicos, ni hallarse condenado por crimen o simple delito”*. Agrega el mencionado resolutivo, *“...que la inhabilidad sobreviviente anunciada por pérdida de los requisitos de ingreso contenidos en el artículo 10 letra f) citado, cobra especial relevancia al momento de advertir que los actos por los cuales fue sancionado el Director de Administración y Finanzas fueron cometidos en el desempeño de su cargo, vulnerándose el principio de la probidad administrativa al ser su comportamiento objeto de reproche penal, lo que trae aparejado que su conducta en el desempeño del cargo no se haya enmarcado dentro de la honestidad y rectitud que se le exige o todo servidor público”*.

Añade que el 13 de abril de 2017, interpuso ante la Contraloría Regional de Atacama una Reclamación de Ilegalidad, en los términos del artículo 156 de la Ley N°18.883, sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, en contra de las disposiciones contenidas en los Decretos Alcaldicios N°s 4.751 y 5.334, de fechas 03 de abril y 10 de abril de 2017, respectivamente, ambos de la Municipalidad de Copiapó, por los fundamentos de hecho y derecho que allí se establecían.

Manifiesta que dicho reclamo de ilegalidad fue recién resuelto el 6 de febrero de 2019 por medio del **Dictamen N°3.833** que en lo pertinente, estableció: *“... De lo expuesto se sigue que no se ajustó a derecho que la Municipalidad de Copiapó haya declarado vacante el cargo del recurrente, sino que debió dictar un acto administrativo que hiciera efectiva la pena accesoria de suspensión del cargo u oficio público durante el lapso que la propia sentencia señala y con las consecuencias que el artículo 40 del Código Penal señalado previene”*. Agrega más adelante *“...Por ello, una vez cumplida la suspensión del cargo u oficio público por 541 días que la referida sentencia ordenó, ese municipio debe reintegrarlo como directivo grado 5, pero no necesariamente para cumplir funciones como director de administración y finanzas.”*

En este sentido, hace presente que la pena impuesta se cumplió el 4 de octubre de 2018.



Refiere que luego, la Municipalidad de Copiapó. mediante Oficio Ordinario N°4.345, de 18 de febrero de 2019, y en la forma de un recurso de reconsideración, impugnó las decisiones de la Contraloría General de la República, contenidas en el referido dictamen N°3.833 de 2019. aduciendo que el órgano Superior de Control no puede pronunciarse en esta materia, en función de lo establecido en el artículo 6 inciso 3 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría, debido a que la misma se ha convertido en asunto litigioso, dada la demanda civil presentada por el recurrente ante el tribunal competente, lo que en definitiva fue acogido por el Órgano Contralor, mediante **oficio N°7.484, de 14 de marzo de 2019**, no obstante que la solicitud de pronunciamiento formulada a la Contraloría Regional de Atacama, en la forma del recurso de ilegalidad ya referido, la efectuó el 13 de abril de 2017.

Indica que ante la tardanza excesiva de pronunciamiento del Ente Contralor, transcurridos 17 meses, interpuso la citada acción de nulidad de derecho público, el 12 de septiembre de 2018, no debiendo el Ente Contralor haber reconsiderado con posterioridad el indicado dictamen, toda vez que, la reconsideración solicitada por el municipio, no debió ser atendida, precisamente, ahora, por la existencia de una causa judicial.

Estima que en la especie la Contraloría General de la República en uso de sus atribuciones constitucionales ya había emitido un pronunciamiento sobre el particular, que por razones de certeza jurídica no podía modificar. La existencia o no de una causa judicial en nada impide la aplicación jurisprudencial que venía efectuando el dictamen primitivo N°3833 de 2019, toda vez que el mismo se remitía al dictamen N°7986, de 2018 que indicaba *“...quien ha sido condenado a una pena privativa o restrictiva de libertad, que es sustituida por alguna de las que menciona el artículo 1 de la Ley N°18.216, en principio, debe dar cumplimiento a las penas accesorias que le sean impuestas, salvo que el tribunal señale expresamente lo contrario”*.

A mayor abundamiento, en la especie, el propio Juzgado de Garantía de Copiapó que conoció la causa y dictó la sentencia en análisis, indicó, mediante su resolución de 11 de abril de 2017 que el sentido de la ley es claro al momento de establecer que son las penas privativas de libertad y no las accesorias las que ven suspendido su cumplimiento al momento de



imponerse uno de los beneficios que contiene el texto legal analizado, esto es, la Ley N°18.216, declarando luego que la Municipalidad de Copiapó no se ajustó a derecho al declarar vacante el cargo del recurrente, sino que debió dictar un acto administrativo que hiciera efectiva la pena accesoria de suspensión del cargo u oficio público durante el lapso que la propia sentencia señala y con las consecuencias que el artículo 40 del Código Penal señalado previene.

Concluye que la reconsideración es un acto ilegal, al afectar la certeza jurídica, dejando sin efecto un pronunciamiento que aplicaba dictámenes del propio Órgano Contralor, cuya situación base no se ha modificado; y se torna en un acto arbitrario, ante el desigual tratamiento que es posible apreciar, dado que la excesiva tardanza para la tramitación de su reclamo de ilegalidad, cercano a los dos años, no se condice con los pocos días que tardó para dejarlo sin efecto, ante el requerimiento municipal.

Agrega que en la especie se afectó el principio de la confianza legítima y el deber de actuación coherente.

Estima que habiéndose emitido el primitivo dictamen N°3.833 de 2019, de la Contraloría General de la República, se había radicado en su patrimonio los derechos que la propia Constitución entrega, desde el momento en que ha confiado legítimamente en el actuar de la Contrataría General, en base a los principios de certeza jurídica.

Por las razones expuestas solicita dejar sin efecto dicho Oficio, disponiendo que debe materializarse la instrucción contenida en el citado dictamen N°3.833, o disponer las medidas que estime pertinente para el restablecimiento de los derechos amagados, condenándose a la recurrida a pagar las costas de esta causa.

SEGUNDO: Que informando la Contraloría General de la República solicita el rechazo del recurso, en atención a las siguientes razones:

Expresa en primer término que mediante sentencia de fecha 28 de marzo de 2017, dictada en causa sobre Malversación de Caudales Públicos y Fraude al Fisco, RIT 5.428-2009, el Juzgado de Garantía de Copiapó condenó, en procedimiento abreviado, a don Felipe Barril Santana -Director



de Administración y Finanzas de la Municipalidad de Copiapó, a esa fecha-, en calidad de autor del delito de malversación de caudales públicos, grado de desarrollo consumado, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. Además, se le concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena, por el mismo plazo de la sentencia.

Previo a que el fallo quedara firme y ejecutoriado -lo que ocurrió el 4 de abril de 2017-, la Municipalidad de Copiapó dictó el Decreto Alcaldicio N° 4.751, de 3 de abril de 2017, designando al actor como Director de Tránsito subrogante -a contar del 3 de abril de 2017 y hasta que quedara firme y ejecutoriada la sentencia definitiva dictada en causa RIT 5.428-2009 del Juzgado de Garantía de Copiapó-, separándolo provisoriamente de sus funciones como Director de Administración y Finanzas, toda vez que consideró que la existencia de este fallo condenatorio ponía en cuestionamiento la idoneidad del señor Barril Santana para ejercer dicha función.

Enseguida, y luego de que se certificara la ejecutoria en dicha causa, el municipio emitió el decreto alcaldicio N°5.334, de 10 de abril de 2017, declarando vacante el cargo de Director de Administración y Finanzas del señor Barril Santana, por inhabilidad sobreviniente, al haber sido condenado como autor del delito de malversación de caudales públicos, tal como se indicó.

Luego, el recurrente, el 13 de abril de 2017, interpuso ante la Entidad de Control, un reclamo en virtud del artículo 156 de la Ley N°18.883, sobre Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, respecto de los señalados decretos alcaldicios N°s 4.751 y 5.334, solicitando, además, la reincorporación a sus funciones y el pago de las remuneraciones y asignaciones correspondientes al lapso en que fue privado de ejercer sus labores, ya que a su parecer, al haberse remitido condicionalmente la pena que le fue aplicada, no procedía su desvinculación.

Por su parte, la Municipalidad de Copiapó, con fecha 18 de mayo de 2017, solicitó a la Contraloría un pronunciamiento en relación con la forma de



proveer el cargo vacante de Director de Administración y Finanzas, directivo grado 5°, que ocupaba el señor Barril Santana.

Ambas peticiones fueron resueltas mediante el dictamen N°3.833, de 6 de febrero de 2019, que concluyó que quien ha sido condenado a una pena privativa o restrictiva de libertad, que es sustituida por alguna de las que menciona el artículo 1 de la Ley N°18.216, en principio, debe dar cumplimiento a las penas accesorias que le sean impuestas, salvo que el tribunal señale expresamente lo contrario, por lo que no se ajustó a derecho que la Municipalidad de Copiapó haya declarado vacante el cargo del recurrente, sino que debió dictar un acto administrativo que hiciera efectiva la pena accesoria de suspensión del cargo u oficio público durante el lapso que la propia sentencia señalaba y con las consecuencias que el artículo 40 del Código Penal previene.

Con respecto a la consulta de la municipalidad sobre la forma de proveer el referido cargo, atendido que dicha plaza no se encontraría vacante, se desestimó la solicitud del municipio en esa parte.

Posteriormente, el 19 de febrero de 2019, la Municipalidad de Copiapó solicitó la reconsideración del citado dictamen N°3.833, de 6 de febrero de 2019, dando cuenta de la existencia de una demanda de nulidad de derecho público - rol N° C-2.414-2018 del Primer Juzgado de Letras de Copiapó -interpuesta por el actor el 12 de septiembre de 2018, esto es, con anterioridad a la emisión del aludido dictamen N° 3.833, de 2019- en que el señor Barril Santana solicitaba se dejara sin efecto el Decreto Alcaldicio N°5.334, de 2017, que declaró la vacancia del cargo que servía el actor.

Paralelamente, el 21 de febrero último, el actor solicitó a su parte el cumplimiento del aludido dictamen N° 3.833, de 2019.

De este modo, el 14 de marzo de 2019, mediante el impugnado oficio N°7.484, esa Contraloría acogió la reconsideración del municipio, y dejó sin efecto el dictamen N°3.833, de 2019, puesto que en la especie se configuraría la causal de abstención contenida en el inciso tercero del artículo 6 de la Ley N°10.336, en virtud de la cual esta Entidad Fiscalizadora no



puede emitir pronunciamientos jurídicos en asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

En ese contexto, don Felipe Barril Santana interpuso el presente recurso de protección afirmando que el citado oficio N°7.484, de 2019, de la Contraloría General, al dejar sin efecto el dictamen N°3.833, del mismo año y origen, vulneró la garantía contemplada en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Sostiene la informante que no se advierte de qué manera el oficio que se impugna habría podido ser ilegal, toda vez que se limitó a dejar sin efecto un dictamen sobre una materia en la cual correspondía que se abstuviera de intervenir, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 6 de la Ley N°10.336.

En efecto, el citado **artículo 6, inciso tercero, de la Ley N°10.336, prescribe que: "este Órgano de Control no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia".**

Del tenor de la referida disposición, resulta claro que el deber de abstención al que se hace referencia opera tratándose de casos que por su naturaleza revisten el carácter de litigiosos, o cuando existiendo asuntos particulares en los cuales se requiera un pronunciamiento de su parte, estos se estén conociendo o exista una resolución de fondo de los juzgados competentes, como ocurrió en la especie.

Agrega que la norma en comento sólo se refiere a la potestad dictaminante de la Contraloría General y no obsta al ejercicio de las demás atribuciones que le compete desempeñar en virtud de lo prescrito en la Constitución Política de la República y en ese texto legal, como ocurre con las funciones de toma de razón, inspección y auditoría, sustentación de procedimientos disciplinarios, contabilidad general de la Nación o examen y juzgamiento de cuentas, tal como ha sido sostenido expresamente por la Excma. Corte Suprema en la sentencia de 20 de mayo de 2019, dictada en la causa rol N° 2,789-2019.



En este contexto, y dado que lo solicitado por el señor Barril Santana dice relación con la legalidad de los decretos alcaldicios Nos 4.751 y 5.334, ambos de 2017, y que lo requerido por la Municipalidad de Copiapó, se refiere a la forma de proveer el cargo vacante de Director de Administración y Finanzas, directivo grado 5°, que ocupaba el actor, procedía dejar sin efecto lo resuelto en el dictamen N°3.833, de 2019, al haberse emitido ese pronunciamiento mientras se encontraba la materia en conocimiento de los tribunales de justicia, circunstancia, por cierto, desconocida por esta Entidad de Control al momento de efectuarlo.

Puntualiza que si bien el actor alega que el oficio recurrido sería ilegal por cuanto deja sin efecto un pronunciamiento que aplicaba dictámenes de este origen, los que no se han visto modificados, lo cierto es que lo que el citado artículo 6° de la Ley N°10.336 impide es, precisamente, la determinación a través de un pronunciamiento jurídico de cuál es la normativa y jurisprudencia administrativa aplicable a un caso en particular, inhibiendo la potestad dictaminadora respecto de esa situación concreta.

Respecto de la arbitrariedad, estima que la actuación contra la cual se recurre no constituye una acción u omisión arbitraria, toda vez que no obedeció a una conducta antojadiza o contraria a la razón, sino que constituye el resultado de la aplicación y cumplimiento de lo dispuesto en una norma legal, que obliga a su parte a abstenerse de emitir un pronunciamiento cuando la materia de que se trata se encuentra sometida a conocimiento de los Tribunales de Justicia.

El recurrente considera que se habría vulnerado el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, sin embargo, al respecto, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha declarado que el nombramiento no puede enmarcarse dentro de la concepción patrimonial que involucra el dominio. Así, dicha titularidad otorga el derecho a ejercer la función en tanto no exista una causal legal de expiración de ella, cuestión que está siendo debatida actualmente en sede judicial.

Acompaña al informe:



1. Dictamen N° 3.833 y oficio N° 7.484, ambos de 2019, de esa Contraloría General.

2. Oficios Nos 57.624, de 2013; 70.001, de 2014; 3.271 y 92.335, ambos de 2016; 29.486 y 37.199, ambos de 2017 y 31.379, de 2018, todos de la Contraloría General de la República.

3. Decretos alcaldicios Nos 4.751 y 5.334, ambos de 2017, de la Municipalidad de Copiapó.

4. Oficios Nos 4.345 y 4.355, ambos de 2019, de la Municipalidad de Copiapó, demanda de nulidad de derecho público rol N° C-2.412-2018, del Primer Juzgado de Letras de Copiapó, y resolución que la tiene por interpuesta.

TERCERO.- Que para una correcta decisión del asunto propuesto, se debe recordar que la finalidad del recurso de protección, como reiteradamente se ha expresado por la doctrina y la jurisprudencia, es la de adoptar las medidas urgentes necesarias para proteger los derechos esenciales – indubitados - de las personas, afectados por una actuación ilegal o arbitraria de otro, restableciendo el imperio del derecho, y en ningún caso puede ser empleado para impugnar las funciones que el ordenamiento jurídico ha entregado a una determinada autoridad pública, legítimamente ejercidas por ésta, ni para discutir aspectos de interpretación jurídica.

CUARTO.- Que conforme aparece de los autos, lo pretendido por el recurrente es que esta Corte deje sin efecto el resolutivo contenido en el oficio N°7.484, de 2019, de la Contraloría General, que dejó sin efecto su dictamen N°3.833, del mismo año y origen.

Al respecto esta Corte advierte que en la dictación del oficio impugnado el organismo contralor ha actuado dentro del marco de las atribuciones que le han sido otorgadas por el ordenamiento jurídico, sin que pueda en ningún caso estimarse que el oficio resolutivo actualmente impugnado sea expresión de una decisión abusiva; esto es, caprichosa, inmotivada y carente de razonabilidad.



En efecto, lo que se ha expresado por el ente público contralor es la imposibilidad de intervenir en tanto el mismo asunto esté siendo sujeto a una decisión jurisdiccional, siendo en razón de ello que se dejó sin efecto el dictamen anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 6 de la Ley N°10.336. Luego, resulta que el Organo Contralor no ha hecho otra cosa que proceder del modo que legalmente correspondía, una vez que tomó conocimiento de la acción judicial interpuesta por el actual recurrente, en relación a su situación funcionaria.

QUINTO.- Que lo precedentemente analizado constituye motivo suficiente para desestimar el presente recurso, toda vez que en la especie no concurren los fundamentos que lo hacen procedente.

Por estas consideraciones, y atendido además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre "Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales", **se rechaza** el interpuesto en estos autos.

Regístrese y archívese.

Redacción: Ministro Dobra Lusic.

N° 28.983 – 2019.

Pronunciada por la **Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la ministro señora Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por la ministro señora Elsa Barrientos Guerrero y el ministro (S) Rafael Andrade Díaz.





BXJLLMRQC

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Dobra Lusic N., Elsa Barrientos G. y Ministro Suplente Rafael Andrade D. Santiago, veintitrés de marzo de dos mil veinte.

En Santiago, a veintitrés de marzo de dos mil veinte, 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 08 de septiembre de 2019, 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>