

24 OCT 2020

~~SECRETARIA~~  
RANCAGUA**APELACION****S. TRIBUNAL ELECTORAL REGIONAL DE RANCAGUA**

**NELSON MORALES CHAVEZ**, Abogado, por el requirente don **PEDRO EMILIO BUSTOS NUÑEZ**, en causa sobre Notable Abandono de Deberes y Falta de Probidad Pública, Rol 3.901, a SS., con respeto digo:

Encontrándome dentro de plazo y en conformidad artículo 20 del Auto Acordado del Tribunal Calificado de Elecciones que regula la tramitación y los procedimientos que deben aplicar los Tribunales Electorales Regionales, vengo en deducir Recurso de Apelación en contra de sentencia definitiva dictada con fecha 14 de enero del 2020, y notificada con fecha 19 de octubre del actual, que resolvió rechazar el requerimiento por notable abandono de sus deberes e infracción grave a las normas sobre probidad administrativa, por ser ella agravante para los derechos de mi parte, solicitando sea acogido este arbitrio de apelación en todas sus partes, con expresa condena en costas, según los antecedentes de hecho como de derecho que paso a exponer:

**CUESTION PREVIA.**

La acción de requerimiento se encuentra dirigida en contra de los concejales señores: don **MANUEL EDUARDO CUBILLOS PEÑALOZA**, doña **CLAUDIA PATRICIA LORCA CATALÁN**, don **LUIS ERNESTO FARÍAS GUTIÉRREZ**, don **JOSÉ GABRIEL EDWARDS FERNÁNDEZ**, don **GABRIEL ANTONIO AHUMADA DÍAZ**, y don **RICARDO MARCELO HORTA HORTA**, por *contravención grave de las normas sobre probidad administrativa y por notable abandono de deberes* en el periodo que ejercieron sus cargos, a saber entre el 6 de diciembre de 2012 a 5 de diciembre de 2016, y seguidamente la cesación de funciones de los concejales en ejercicio don **GABRIEL ANTONIO AHUMADA DÍAZ**, y don **RICARDO MARCELO HORTA HORTA**. Todo en atención a los hechos que fundamentaron esta esta acción, como a las contravenciones de normas legales positivas señaladas.

## **LÍMITES O MARCO DE ACCION QUE DEBE OBSERVAR LA SENTENCIA DEFINITIVA.**

El artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, establece el Principio de Congruencia. Para ello, la sentencia debe extenderse de acuerdo al mérito del proceso, no pudiendo considerar puntos o aspectos no sometidos expresamente a juicio por los contradictores, salvo en cuanto las leyes autoricen o permitan proceder de oficio.

Como se verá en desarrollo de este arbitrio es palpable que el dictamen que se reprocha ha sido dictado con infracción de ley, pues se distrajo a pruebas y hechos no establecidos en el auto de prueba.

**1.- Puntos de Prueba.** Con fecha 12 de julio de 2018, el Sentenciador dicta resolución en los siguientes términos:

*“...Conforme a lo señalado y con el objeto de que haya claridad respecto a los hechos a probar, los puntos de prueba quedan establecidos como siguen:*

*1.- Efectividad que los ex concejales de la comuna de Nancagua, electos para el período municipal 2012-2016, señores Manuel Cubillo Peñaloza, Claudia Lorca Catalán, Luis Farías Gutiérrez, José Edwards Fernández, Gabriel Ahumada Díaz y Ricardo Horta Horta, estos dos últimos reelegidos en su cargo, incurrieron en notable abandono de deberes o infringieron gravemente las normas sobre probidad administrativa, a propósito de las irregularidades detectadas en el Informe Final N° 927 de la Contraloría General de la República que dicen relación con anomalías en la documentación contable, cálculo y cobro de las patentes comerciales y patentes de alcoholes referidas al primer y segundo semestre del año 2015 y primer semestre del año 2016 de la aludida municipalidad. Hechos y circunstancias que configuran las causales de cesación de funciones.*

*2.- Efectividad que con ocasión de estas irregularidades detectadas por el Órgano Contralor, se ocasionó a la Municipalidad de Nancagua un perjuicio patrimonial aproximado a los \$2.584.285.786.”*

**Nota.** El negocio procesal propuesto al Tribunal Electoral Regional de Rancagua, se encuentra limitado a estos dos hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, y no respecto a las irregularidades que dicen relación con el 2% del Fondo Nacional de Desarrollo Regional.

Es destacable señalar, que es el propio Tribunal a quo, que acoge recurso de reposición presentado por esta parte, declarando con igual fecha, lo siguiente:

*“Proveyendo la presentación de fojas 738 y siguientes, de la parte requirente: En cuanto al recurso de reposición, teniendo presente lo señalado por el requirente en cuanto limitar el conflicto de autos exclusivamente a la materia de patentes comerciales, SE ACOGE el recurso reposición deducido en contra de la interlocutoria de prueba de fojas 722, solo en cuanto **se elimina del punto N° 1 de prueba lo relativo a las irregularidades que dicen relación con el Fondo Nacional de Desarrollo Regional**, y se niega la incorporación de un nuevo punto prueba, como lo propone el recurrente, por estimar este Tribunal que se refiere a situaciones que se encuadran dentro del punto de prueba N° 1.”*

Este alcance es importante, puesto que en la práctica, la sentencia que se impugna, se refiere a los actos de fiscalización del el 2% del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, y no a las patentes de inversión, objeto del reproche.

2.- A fojas 91, consta contestación del requerido don Ricardo Marcelo Horta Horta, quien respecto al Informe 927 del año 2016 de la Contraloría General de la Republica, que dio origen a esta causa, no controvierte de manera sería el objeto del requerimiento de falta en sus deberes ministeriales, en específico: control, fiscalización y evaluación de inconsistencias en giro de patentes patrimonial de más de dos mil seiscientos millones de pesos aproximadamente.

Solo, se refiere a que efectúo actuaciones respecto al 2% del Gobierno Regional Oficina de Deportes. Para ello, acompañó a su contestación diversos documentos referidos a este 2% de Deporte. **Materia que no es parte de este juicio.**

3.- Don Gabriel Ahumada Díaz, contesta la demanda a fojas 127, pero no controvierte de manera seria el objeto del requerimiento. Al igual que el concejal señor Horta Horta, se refiere que a sus actuaciones respecto al 2% del Gobierno Regional Oficina de Deportes. Para ello, acompañó a su contestación diversos documentos referidos a este 2% de Deporte. **Materia que no es parte de este juicio.**

4.- Respecto a los requeridos señores Wilson Manuel Duarte Rabello, Manuel Eduardo Cubillos Peñaloza, Claudia Patricia Lorca Catalán, Luis Farías Gutiérrez y José Gabriel Edwards Fernández, el Tribunal requerido a fojas 267 tiene por evacuado en rebeldía la contestación.

## **PRUEBA OFRECIDA.**

### **TESTIMONIAL.**

**5.-** La prueba testimonial de los requeridos, establece la existencia de irregularidades en la marcha del Municipio de Nancagua, que los concejales no sabían sobre las más de 58 patentes de inversión, y no se comenta que hizo el concejal para impedir esta infamia.

a) El testigo, don Mauricio Sánchez Donoso, Dirigente Social, señala que el concejal Horta le había comentado de irregularidades en la Municipalidad y que se estaba quejando.

No indica el tipo y naturaleza de las irregularidades, como tampoco las labores de fiscalización y evaluación del concejal referido.

b) La testigo, doña Angelina Bustamante Montecinos, Secretaria Municipal, declara que la contabilidad y el cobro de patentes no están dentro de las facultades que la ley les confiere a los concejales. Que se cobró \$ 150.000 por concepto de patente, valor que no tiene relación con el valor propio del capital de la sociedad. Entre todas se reunieron cerca de \$ 8.000.000, debiéndose haber recaudado cerca de \$ 2.500.000.000 a \$ 3.000.000.000. Que los concejales Horta y Ahumada se enteraron de esta realidad el año 2016 con el Informe N° 927 de la Contraloría.

Lo declarado establece el perjuicio patrimonial, y que los requeridos no sabían lo que sucedía en su Municipalidad.

c) La testigo, doña Francisca Díaz González, declara que los requeridos no deben ser procesados, ya que no tienen conocimiento de los valores a cobrar por las patentes, y que al Consejo Municipal no le corresponde aprobar las patentes de inversión, si la de alcoholes.

Nuevamente, se establece que los concejales no sabían los valores que se cobraban por patentes, y menos que hayan efectuado actos de fiscalización.

**6.-** Los testigos de esta parte, debidamente juramentados son contestes en señala ausencia de fiscalización por parte de los concejales requeridos, y del perjuicio patrimonial para la comunidad de Nancagua.

a) El testigo señor Ricardo Aguirre Camposano, Director de Obras, depone que a veces le toca reemplazar al Secretario Municipal, al Jefe de Finanzas y al Alcalde, cuando falta el titular. En una oportunidad tuvo que reemplazar a la Jefa de Finanzas y contestarle a la Contraloría que determinó que había 58 pagos irregulares de patentes, la cantidad de dinero que no se había recibido sobrepasaba los dos mil millones de pesos. Los concejales por ley, cada tres

meses, reciben un informe de ejecución presupuestaria que refleja la situación económica del municipio.

No recibió ninguna solicitud de informe por parte de los concejales respecto al cobro de patentes. Que el monto por patentes supera los \$ 2.500.000.000, como también las sociedades de inversión; no son 58, sino sobre 300.

b) El testigo señor Luis Sánchez Rencoret, Funcionario Municipal, estima que hubo abandono de deberes pues el rol de los concejales es fiscalizar, siendo ésta una Municipalidad pequeña (sic) sabíamos que existían anomalías, las que eran conocidas en la ciudad y dentro del municipio. Señala que efectivamente hubo un perjuicio al patrimonio.

c) Doña Lorena Muñoz Parraguez, ex encargada de la oficina de la mujer, indica que personas en la calle le preguntaban por el pago de las patentes comerciales, ya que era del círculo de confianza del Alcalde. Todo el mundo sabía, así que ella empezó a preguntar y le dijeron que se habían cobrado patentes a \$ 150.000 a unas empresas que estaban en Avenida Jaramillo.

d) El testigo señor Mario Jeria Moya, ex encargado de Rentas hasta septiembre del 2016, depone que el ex Alcalde Wilson Duarte, en marzo o abril lo llamó a su oficina, le entregó un sobre con un listado de empresas de sociedad de inversión y le dijo que el valor de las patentes, para cada una de ellas sería de \$150.000. De este tema estaba en conocimiento la Jefa de Finanzas. Declara que él fue sumariado y sancionado por haber cobrado unas patentes de forma indebida, para lo cual se abrió una investigación en el Ministerio Público de Santa Cruz.

e) La testigo señora Cecilia Sepúlveda Guerra, Presidenta por quince años de la Junta de Vecinos Villa San Gregorio y ahora del Comité de A.P.R., depone que siempre había plata para las juntas de vecinos, pero cuando llegó Wilson Duarte, no había plata para nada y eso era raro porque, a la comuna habían llegado muchas empresas. Agrega, que no sabe si los concejales fiscalizaron dichas empresas.

## **DOCUMENTAL.**

7.- La defensa del señor Ahumada Díaz, presentó:

\* Sumario administrativo, decreto alcaldía y querrela en contra de don Mario Jeria Moya. **Prueba no atingentes a la causa**

\* Transacciones efectuadas por el actual Alcalde de Nancagua, señor Eduardo Escanilla con 6 empresas de inversión, con un recuperó de \$ 772.118.770.

## **ABSOLUCION DE POSICIONES.**

**8.-** El requerido, don Marcelo Horta Horta, declara que sí fiscalizó, pero lo referente al 2% del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, **y no a las patentes de inversión, objeto del reproche, porque desconocía el tema.**

**9.-** El requerido, don Gabriel Ahumada Díaz, señala que fue el ex alcalde señor Wilson Manuel Duarte Rabello quien incumplió su deber. Que efectuo, pero lo referente al 2% del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, **y no a las patentes de inversión, objeto del reproche, porque desconocía de esas patentes.**

**10.-** El requerido, señor Manuel Cubillos Peñaloza, señala que el concejal señor Horta solicitó una auditoría y que él la aprobó, pero no era respecto al objeto de este juicio. Que se hicieron fiscalizaciones pero de otras materias, y que no sabían toda la información.

**Alcance.** Todos los absolventes frente a la pregunta N° 5 del pliego de posiciones que lee: **5.- Para que diga el absolvente, como es efectivo y le consta que el consejo municipal no solicitó auditoría externa para determinar la realidad sobre la contabilidad, calculo y cobro de patentes comerciales de los periodos 2015 y 2016, que les permite la Ley Orgánica Constitucional sobre Municipalidades.**

Declaran que nunca se realizó, nunca pidieron auditoría externa a las finanzas y contabilidad del Municipio.

De igual manera, a la pregunta si hicieron observaciones a las actuaciones del Alcalde respecto a la determinación de las patentes comerciales de inversión, declaran que no lo hicieron.

A la pregunta de cómo es efectivo que el perjuicio patrimonial por no cobro de patentes comerciales periodo 2015 y 2016 es aproximadamente de \$ 2.584.285.786.- Declaran que es ese el valor, y que el actual alcalde se encuentra en el proceso de cobro, y que ellos como concejales aprueban los acuerdos judiciales.

## **ACTUACIONES DE OFICIO.**

El tribunal de primera, solicita al Ministerio Público y Juzgado de Garantía de Santa Cruz, si los requeridos figuran como imputados en la causa RIT N° 711-2015 RUC N° 1510016883-6.

La respuesta de estos organismos fue que ninguno de ellos, se encuentra como imputados en la referida causa.

**Alcance.** La causa que pidió información este Juzgador de primera instancia, está dirigida en contra de don Mario Jeria Moya, ex encargado de Rentas de la Municipalidad de Nancagua, acusado por los delitos de Falsificación de sello, de firma, y defraudación en los años 2013 y 2014.

No guarda ninguna relación con el objeto de este requerimiento.

## **CONSIDERANDOS RECLAMADOS**

### **Cuestiones Previas.**

Como se establecerá, la sentencia que se reclama es fecunda en trasgredir los artículos 160 y 170 N° 6° del Código de Procedimiento Civil, que informan sobre los principios formativos del proceso, entre otros, el de congruencia. Los fallos deben extenderse de acuerdo al mérito del proceso, no pudiendo considerar puntos o aspectos no sometidos expresamente a juicio por los contradictores, salvo en cuanto las leyes autoricen o permitan proceder de oficio.

Finalizado el periodo de discusión, el Juez de la causa define el **thema probandi**, los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos. Invitando a la partes acreditar sus alegaciones y defensas a lo pertinente del caso.

La prueba ofrecida es sometida al control de admisibilidad, que es la confrontación con el hecho sobre el cual quiere generar convicción.

La Doctrina de los Tratadistas es conteste en señalar que: “La pertinencia viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, y exige que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso.”

El sentenciador no tuvo a la vista los puntos de prueba al momento de fallar - que establecen los límites de su actuaciones-, y acepta como relevantes declaraciones, documental y confesional, sobre hechos que no son de la causa.

Funda toda su decisión en los ilícitos cometidos por el señor Mario Jeria, y actuaciones sobre control del 2% de Fondo Regional de Deportes, ambos exógenos, ajenos a esta causa. Demostrando falta de estudio y prolijidad al momento de tasar la prueba. Además, estamos hablando que la Municipalidad de Nancagua, dejó de percibir más de \$ 2.500.000.000 (dos mil quinientos millones de pesos), en el periodo reclamado, lo que equivale a dos presupuestos anuales de gestión. Perjuicio en grado sumo.

11.- En el Considerando Once, el sentenciador declara, que el Notable Abandono de Deberes y Falta de Probidad Publica, son tierras lejanas y protegen bienes jurídicos diversos, llegando a establecer la existencia de confusión en el planteamiento pedido por esta parte.

El sentenciador, sabiendo que no procede la acción en contra de Alcalde, cita el artículo 60 letra c) de la LOC 18695, referido a la cesación de los Alcaldes, debiendo haber citado el artículo 75 letra f) referido a los concejales.

El artículo 60 letra c) que menciona esta sentencia, es la conjunción "o" como inclusiva, no excluyente.

El artículo 75 letra f) del mismo cuerpo legal, declara: *"Los concejales cesarán en el ejercicio de sus cargos por las siguientes causales: f) "Incurrir en una contravención grave al principio de la probidad administrativa, en notable abandono de deberes o en alguna de las incompatibilidades previstas en el inciso primero del artículo anterior."*

Aquí también, es inclusivo, no excluyente.

Los mismos artículos que cita la sentencia recurrida, establecen que el fin de los institutos de falta a la probidad administrativa y notable abandono de sus deberes, es alejar de su mandato aquel elegido, que en su desempeño acciona o deja suceder de manera inexcusable hechos que causan grave detrimento al patrimonio de la municipalidad destinada a dar satisfacción a las necesidades básicas de la comunidad local.

Lo denunciado en este Requerimiento, es la materialidad de un perjuicio patrimonial por más de \$ 2.500.000.000 que no fue advertido, notado, fiscalizado, ni reparado por aquel que recibió mandato popular. Dicho acto carece de una entrega honesta y leal al desempeño del cargo, porque nunca estuvo en aquellos el interés público.

Siguiendo lo señalado por este Juzgador, que en el Considerando Veintisiete, hace un símil con el Derecho Penal. En el caso de marras, de un mismo tipo calificado nacen dos sanciones, al igual que en el delito de robo con violencia o intimidación, donde el bien jurídico protegido no es únicamente el patrimonio, sino que también se ampara la vida, la integridad física y la libertad de las personas, cuya pena es más gravosa que un simple hurto.

Un hecho, no cumplir con su obligación ministerial, deriva en dos tipos: falta a la probidad y abandono de sus funciones. En ambos concurre la ausencia al leal y honesto desempeño de su cargo en beneficio de la comunidad local.

LUEGO. Establecer que lo que se imputa a los requeridos es solamente el abandono de sus deberes, es colocar un sesgo al inicio de la conversación, impidiendo el debido proceso.



12.- En el Considerando Treceavo, se lee, sic: "...como sostuvo en estrados el abogado defensor de uno de los reclamados, que no supieron de estas irregularidades hasta que se les entregó copia del Informe Final N° 927 del año 2016, ya que las patentes en cuestión no estaban enroladas y registradas en el municipio de Nancagua,..."

Seguidamente, en el considerando Décimo Cuarto la sentencia inicia señalando que la contestación de los señores Concejales Horta Horta y Ahumada Díaz, en cuanto cumplieron con su rol de fiscalización, se encuentra respaldada y acreditada con una variada documentación. Empero, **todos los documentos mencionados son impertinentes a esta causa; se refieren a problemas en el manejo del 2% del Fondo Regional de Deportes.**

Luego, el Sentenciador destaca que han sido acompañados a la causa:

a) sumario administrativo, iniciado para investigar las irregularidades denunciadas y en el cual se les aplicó sanciones a los funcionarios municipales involucrados, y

b) querrela criminal presentada por el Alcalde de Nancagua, con fecha 18 de Mayo de 2015, que dio inicio a la causa RIT N° 711-2015 y RUC N° 1510016883-6, ampliada en dos oportunidades.

Recalca la sentencia que en tales documentos, sic:

*"...documentos, en los cuales se puede apreciar, en primer lugar, que en el sumario administrativo, ni siquiera fueron mencionados los requeridos, ni se les atribuyó algún tipo de responsabilidad o vinculación y, en segundo lugar, que la querrela fue interpuesta en contra de todos aquellos que resulten responsables y que, posteriormente, se amplió en contra de don Mario Jeria Moya, pero no se formuló en contra de los requeridos. Lo anterior, también se encuentra constatado por: 1) el Oficio N° 3214/2019 del Juzgado de Garantía de Santa Cruz y 2) el Oficio N° 1321, de respuesta del Fiscal adjunto Jefe de la Fiscalía de Santa Cruz, ambos solicitados como medida para mejor resolver y que se encuentran agregados TRIBUNAL ELECTORAL REGIONAL SEXTA REGION RANCAGUA a fojas 1138 y 1158, respectivamente, y en los que se informa que ninguno de los concejales requeridos en estos autos, figuran como imputados en dicha causa y, a su vez, que ninguno de los concejales requeridos de la comuna de Nancagua individualizados en el oficio, se encuentran como imputados en la presente investigación."*

**Nuevamente, el Juzgador valoriza instrumentos que no son de la causa,** puesto que tratan del delito de exacción ilegal de impuestos ejecutado por don Mario Jeria Moya. Donde fueron sancionados además otros dos funcionarios municipales del área de finanzas.

Ahora bien, la misma sentencia en el Considerando Diecinueveavo, declara, que *los requeridos, **ejercieron su labor fiscalizadora, respecto de otras situaciones detalladas en el citado informe (Informe Final N° 927 del año 2016 de la CGR), solicitando información, tanto ante al Alcalde como a sus Direcciones dependientes, pero nunca obtuvieron respuestas.***

**ALCANCE.** Sabiendo que los documentos aportados por los requeridos, sabiendo que sus declaraciones de haber efectuado actos de fiscalización eran de materias no vistas en la presente causa. El Tribunal Electoral de Rancagua, insiste en declarar que cumplieron con sus deberes ministeriales, llegando a declarar en el Considerando Vigésimo, que la prueba aportada por el requirente es insuficiente, al haber sido ampliamente rebatida y superada por la presentada por los requeridos.

Para que lo preceptuado por el Juzgador tenga racionalidad, toda la prueba aportada al juicio debe estar destinada a demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio.

El mérito de la causa, establece como **thema probandi**, dos hechos:

*1.- Efectividad que los ex concejales de la comuna de Nancagua, electos para el período municipal 2012-2016, incurrieron en notable abandono de deberes o infringieron gravemente las normas sobre probidad administrativa, a propósito de las irregularidades detectadas en el Informe Final N° 927 de la Contraloría General de la República **que dicen relación con anomalías en la documentación contable, cálculo y cobro de las patentes comerciales y patentes de alcoholes** referidas al primer y segundo semestre del año 2015 y primer semestre del año 2016 de la aludida municipalidad. Hechos y circunstancias que configuran las causales de cesación de funciones.*

*2.- Efectividad que con ocasión de estas irregularidades detectadas por el Órgano Contralor, se ocasionó a la Municipalidad de Nancagua un perjuicio patrimonial aproximado a los \$2.584.285.786.”*

Respecto de estos puntos de prueba, los requeridos debieron acreditar su verdad o falsedad los requeridos, no actuaciones preteritas.

## COMENTARIO SOBRE RACIONALIDAD DE COMPARACION.

El tema que nos convoca, es sí aquellos llamados a velar por el interés de la comunidad de manera honesta, leal y sería, observaron dichos principios.

La gravedad del asunto está dada por la suma de más de dos mil quinientos millones de pesos, que ninguno de los requeridos; a pesar de contar con todos los medios, a pesar de ser la fiscalización su razón de ser, a pesar de saber la existencia de actos ilegales por funcionario de la unidad de renta y patentes, no piden algo tan básico como una revisión de las cuentas, una auditoría contable y financiera.

Es obligación del Concejo Municipal, entre otros, fiscalizar las actuaciones del alcalde, como también, fiscalizar las unidades y servicios municipales. En el caso de autos, solo limitaron a rasgar vestiduras y buscar culpables. Pero, ninguno de ellos, sabiendo que la ley les permite contratar servicios externos de auditoría, lo solicita. Bastaba con levantar un poco la alfombra para ver que en las unidades comentadas, había oscuras sombras de perjuicio, que a la postre afecta a la comunidad toda en su desarrollo.

Sabiendo que no cumplieron con dicho mandato, se excusan ante este Tribunal, señalando que siempre tuvieron una conducta debida y respetuosa por la ley, y para ello, acompañan kilos de documentos que llegan a crear más de cuatro tomos de expediente, pero, nada de lo que presentan está referido a la causa, sollozos a lo lejos, fuegos artificiales, música ocasional que no destinada a demostrar la verdad o falsedad de la proposición formulada en juicio.

Los requeridos, sabiendo que son responsables de incumplimiento grave de sus deberes ministeriales, tratan de establecer un "patrón de conducta". Para entender el error cometido por el Sentenciador aquo, debemos hacer un paralelo con el derecho penal, donde existe doctrina uniforme en cuanto al repudio de un derecho penal de autor, por sobre un derecho penal del hecho.

Para esto, es relevante leer al profesor Klaus Roxin, que señala que "solo la culpabilidad existente durante la misma realización del tipo puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídico penal. Si falta, no es lícito recurrir en vez de ella a una culpabilidad por la conducción de la vida o culpabilidad por la decisión de vida existente en el pasado".

Armonizando con nuestro caso procesal, los requeridos deben acreditar su no responsabilidad existente en el hecho denunciado, y no es lícito traer a los estrados conducción de vida responsable existente en el pasado.

En síntesis, la llamativa prueba aportada por los requeridos da cuenta de hechos y conductas desplegadas en otros tiempos, en otros casos, en otros hechos, que no forman el cuerpo de la causa.

13.- El numeral 15° del Auto Acordado del Tribunal Calificador de Elecciones que regula la tramitación y los procedimientos que deben aplicar los tribunales electorales regionales, declara que la sentencia definitiva deberá ser fundada.

Esto significa que debemos remitirnos a los artículos 160 y 170 del Código de Procedimiento Civil. El primero establece que la sentencia solo podrá consultar las materias que las partes hayan presentado a su conocimiento. Este conocimiento queda establecido en el auto de prueba, fijando los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos. La cosa a debatir.

El término probatorio surge finalizado el periodo de discusión en el que las partes en sus respectivas presentaciones han delimitado el objeto de la contienda. El artículo 318 del Código de Enjuiciamiento Civil, declara que el Juez examinará por sí mismo los autos y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos sustanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer.

Por su parte, el artículo 170, señala la estructura que debe contener la sentencia, su contenido material; entre las cuales se indica la cosa a debatir, y las ponencias de cada parte.

En la presente causa, no se cumple con las normas citadas, porque habiendo sido fijado los límites del negocio o acuerdo procesal, el tribunal se hace cargo de materias que no guardan relación alguna con la presente causa, violando además la ley del proceso.

#### QUE DEBEMOS ENTENDER POR UN JUICIO CIVIL.

Es importante señalar que el auto de prueba que se encuentra firme, se transforma en un contrato procesal, y por ende es ley para los litigantes. Cada litigante expone las acciones y defensas propias, pero todas referidas al objeto del mismo.

La intervención del Juez, es velar porque las actuaciones mutuas sean conforme a Derecho, debiendo admitir todas las fundamentaciones que permitan traer luz al conflicto mediante una sentencia seria, grave y completa; y desechando aquello que es impertinente a lo debatido.

Lamentablemente en el caso subjuice, nada de esto sucede. La sentencia que de apela, se funda en relatos de hechos ajenos y prueba impertinente, dejando a esta parte en absoluto desamparo, y adoleciendo de falta de congruencia.

14.- En los Considerandos 16, 17 y 18<sup>a</sup>, la sentencia reclamada da por sentada la inocencia de los requeridos, estableciendo los siguientes hechos:

a) *...crearon un reglamento interno en los años 2014-2015, que siempre solicitaron información pero esta nunca les fue entregada, que desconocían el tema de las patentes de sociedad de inversión y que recién en diciembre de 2016 supieron de la existencia de la irregularidades, es decir, nada de estas declaraciones, prueba las anomalías que se les imputan.*

**Reparo.** El reglamento indicado, es una obligación legal que todo Municipio debe tener. Empero, en dicho instrumento nada dice respecto a la base impositiva a cobrar respecto a las patentes de inversión. Solo en diciembre de 2016, en audiencia de Concejo Municipal se estableció el 5% del capital declarado como tasa calculo.

La misma sentencia declara en el Considerando Veinticincoavo, que el Consejo Municipal aprobó el 24 de noviembre de 2016 el Manual de Procedimientos Rentas de la I. Municipalidad de Nancagua, mediante Decreto Alcaldicio N° 3.789.

Es decir, a la fecha de ocurrencia de los hechos no existía norma alguna que regulara las tasas de actividad comercial, a pesar que la misma Ley 18695 citada por este Juzgador, obliga su existencia para determinar el presupuesto anual.

b) *...resulta ilusorio pretender que la función de los requeridos, fuera conocer o el estar al tanto de todas y cada una de las distintas actuaciones que realicen, bajo su gestión,... el deber de estar al tanto y supervisar el trabajo diario de los funcionarios, como ya se expuso, es el jefe de las respectivas Direcciones, Departamentos, Secciones u Oficinas, conforme a lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 15 de la Ley N° 18.695.*

**Reparo.** Es cierto que el deber de estar al tanto y supervisar el trabajo diario de los funcionarios es el jefe de las respectivas Direcciones. Pero nos preguntamos: ¿Los Jefes de Servicio no pueden ser objeto de control y fiscalización?

El artículo 79 de la ley mencionada, señala:

Al concejo le corresponderá:

d) Fiscalizar las actuaciones del alcalde y formularle las observaciones que le merezcan, ...

l) Fiscalizar las unidades y servicios municipales...

El inciso 1º del artículo 80, declara que **“La fiscalización que le corresponde ejercer al concejo** comprenderá también la facultad de evaluar la gestión del alcalde, especialmente para verificar que los actos municipales se hayan ajustado a las políticas, normas y acuerdos adoptados por el concejo, en el ejercicio de sus facultades propias.” (lo desatacado es nuestro).

No consta en ninguno de los documentos aportados por los requeridos, evaluación a la gestión del Alcalde, y menos a las Direcciones involucradas en el tema de patentes de inversión.

c) ...se puede advertir que lo denunciado a fojas 1 y siguientes, guarda relación a cierta obligación precisa en el marco de la administración municipal y está lejos de constituir una negligencia inexcusable o una conducta dolosa que haya significado el olvido de los deberes esenciales que conlleva la función pública que los recurridos desempeñan y/o desempeñaron....si se considera que las patentes cuestionadas no estaban enroladas o registradas, como menciona el propio Informe Final N° 927 de Contraloría,.....lo que claramente hace más dificultosa su fiscalización y por ende, no puede pretenderse hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los concejales sobre ella, pues ésta, como se ha explicado, es limitada y excepcional.

**Reparo.** Es llamativo lo que señala la sentencia recurrida al señalar que no puede hacerse efectiva la responsabilidad administrativa de los concejales, sabiendo que una de las innovaciones de mayor relevancia introducida por la Ley N° 18.695, fue el establecimiento de un Concejo como órgano fundamental dentro de la estructura constitutiva del municipio, al cual el artículo 71 de la ley le confirió un carácter normativo, resolutivo y fiscalizador.

Es un contrapeso ante la autoridad y actuación edilicia. Para ello, el artículo 79 señala que ninguna autoridad o competencia propia del ámbito municipal queda excluida de esta función fiscalizadora, a saber:

a) Las actuaciones del alcalde. Pudiendo denunciar ante la Contraloría General de la Republica, actos, omisiones o resoluciones del Alcalde que sean contrarios a la ley o a los reglamentos. Inclusive denunciar a los tribunales los hechos constitutivos de delito, en que aquél incurriere.

b) Las actuaciones de las unidades y servicios municipales. El Concejo posee amplias atribuciones para requerir de cualquier unidad o autoridad municipal los antecedentes que le permitan conocer y evaluar la gestión o marcha de cada una de ellas, sin que la ley contemple limitación o restricción alguna.

El Consejo fue concebido por el legislador como un órgano fiscalizador por esencia, que actuara como cuerpo colegiado, en sala legalmente constituida y cumpliendo los quórum para sesionar y adoptar acuerdos. Sin perjuicio de aquello, todo concejal tiene derecho a ser informado plenamente por el alcalde, directores de servicio, de todo lo relacionado con la marcha y funcionamiento de la corporación.

**15.-** En cuanto a los Considerandos 23, 24, 25, 26, 27 y 29 de autos, queda en evidencia un alejamiento absoluto del **thema probandi**, un alejamiento de la razón de ser del Consejo Municipal, y un alejamiento de la protección de las necesidades básicas de la comunidad local.

La sentencia establece que:

- los concejales requeridos solo tomaron conocimiento de irregularidades cuestionadas, cuando se les entregó copia del Informe Final N° 927 del año 2016,
- no hubo una intervención o participación directa de los concejales denunciados, por lo que también por esa razón, lo denunciado no puede llegar a constituir una grave infracción de las normas de probidad administrativa,
- se aprueba sumario administrativo y la aplicación de sanciones a los funcionarios municipales involucrados en las irregularidades, a saber, don Mario Jeria Moya (quien fuera presentado como testigo por el requirente), se le aplicó la medida de Destitución y, a doña Francisca Myriam Díaz González, Jefa del Departamento de Administración y Finanzas de la Municipalidad, se le aplicó la medida de multa equivalente al 20% de su remuneración mensual y anotación de demérito de 4 puntos,.... sin siquiera ser mencionados en dicho sumario los requeridos, todo lo cual se aprecia del aludido sumario administrativo, cuya copia se encuentra acompañada a los Cuadernos de Documentos N° 1, 2, 3, 4 y 5 de estos autos. 27º, y
- la mayoría de los hechos descritos en el requerimiento, se encuentran contenidos en la querrela criminal presentada por el Alcalde de Nancagua, con fecha 18 de Mayo de 2015, que dio inicio a la causa RIT N° 711-2015 y RUC N° 1510016883-6, ante el Juzgado de Garantía de la ciudad de Santa Cruz.

**Reparos.** Lo relatado en los considerados mencionados, están referidos a un ilícito de exacción ilegal, falsificación de sellos y firma, devenidos en un sumario administrativo y querrela criminal ante el Juzgado de Garantía de Santa Cruz.

La acción penal, se encuentra dirigida en contra de don Mario Jeria Moya, por ser quien se apropió de dichos dineros.

#### RESPONSABILIDAD DE LOS CONCEJALES.

Los requeridos solo señalan que ejercieron todas las acciones para perseguir la responsabilidad de aquel que cobro directamente en el domicilio de los contribuyentes afectados el valor de su patente comercial, extendió los comprobantes falsificados y se apropió de tales pagos. Pero, ninguno de ellos, señala que haya pedido una revisión de las finanzas de la corporación. Ninguno de ellos, sabiendo que la ley les permite la contratación de auditoría externa, las haya solicitado. Ninguno de ellos, sabiendo que su existencia es velar por los intereses sociales, de desarrollo, y patrimoniales de la comunidad toda, se les ocurre plantearse una pregunta básica: !!! Los ilícitos del señor Jeria Moya, serán los únicos ¡!!!

Nadie se representó, nadie preguntó si lo del señor Jeria Moya era todo, nadie consulto debidamente los informes trimestrales sobre ingresos y egresos si estaban debidamente respaldados, nadie consulto porque existen ingresos sin glosa explicativa.

El artículo 41 del Código Civil señala que aquel que no maneje los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, es responsable de la culpa grave. Comete negligencia inexcusable, por haber aceptado un cargo remunerado, de origen popular, en la que concurren las aspiraciones de toda una comunidad de un futuro mejor; una comunidad pequeña, donde el presupuesto es exiguo y grandes las necesidades. Empero, se escudan en señalar que nada sabían, que sólo tomaron conocimiento una vez que la Contraloría General de la República en función de sus actividades ordinarias revisa la contabilidad edilicia.

¿Por qué debe venir un órgano externo a realizar el trabajo del Concejo Municipal?

Los requeridos y sus testigos señalan que no tenían como saber que existían ingresos por \$ 150.000 por patentes de inversión correspondiente a más de 58 sociedades. Pero en una semana, la Contraloría General de la República, pide libros de contabilidad y basado en los principios de auditoría generalmente aceptados determina el perjuicio por \$ 2.584.285.786.-

¿Cómo se entiende que los concejales que supuestamente pasan todo el día en la corporación, no hayan solicitado informes sobre los estados financieros, sabiendo la comisión del ilícito del señor Jeria Moya?



¿Es acaso la suma de \$ 2.584.285.786.- una nimiedad para los ingresos comunales, cuyo presupuesto anual es la mitad de la cantidad perjudicada?

**16.-** En el derecho romano se expresaba: "*sententia debet esse conformis, libello; ne eat judex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum judicatum; judex judicare debet secundum allegata et probata partium*" ("la sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes").

Lo leído es lo indicado en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, referido al instituto de la Congruencia: "conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto" (Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, página 517, citado por Hugo Botto Oaxley, La Congruencia Procesal. Córdoba, 2006 Editorial .M.E.L. página 121).

No existe relación alguna entre los puntos de prueba, el objeto a debatir, con lo resuelto en autos, porque se aparta de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones. Elevando a calidad esencial pruebas impertinentes, que de una lectura rápida, el lector lego comprenderá que por un lado se está hablando de agricultura y por el otro de emancipación.

El vicio es notable en la sentencia, lo cual debe ser reparado in extenso, por tener por refutados lo pretendido por esta parte con probanzas exógenas en tiempo y forma.

## **COLOFON.**

Atendida las amplias facultades que la ley otorga al Alcalde en la administración del Municipio, como contrapeso y resguardo de los intereses fiscales y de toda la comunidad, se le entrega a los señores concejales las obligaciones de controlar a la máxima autoridad municipal, deber que debe realizarse con celo del servicio público al cual, voluntariamente aceptaron, cuando postularon y luego –elegidos-, juraron cumplir el cargo, anteponiendo sus fines de la comunidad que representan y deben servir a sus intereses particulares o personales. Naturalmente, los concejales son el mayor controlador de los actos y actuaciones del alcalde y los funcionarios municipales.

Para ello, el artículo 52 de la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, señala que las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa.

Agrega, en su inciso 2º, que “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaría intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular. Su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes.”

El Tribunal Calificador de Elecciones, en sentencias de 31 de marzo de 2008, Muñoz con Guíñez, rol 7-2008, de 5 de mayo de 2008, Vidal con Carrasco, rol 11-2008 y de 21 de diciembre de 2010, Castro con Cartagena, rol 26-2011, se ha pronunciado sobre **el principio de probidad administrativa**, indicando, como concepto, en el último fallo citado, que éste exige a “la autoridad que actúe de forma imparcial, empleando medios idóneos de diagnóstico, de decisión y de control, destinados al servicio de la persona humana, promoviendo el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente, fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y las leyes”, luego, agrega, que el Diccionario de la Lengua Española, definiendo “probidad”, la hace sinónimo de honradez y ésta conceptualizada como “la rectitud de ánimo, integridad en el obrar”, todo lo cual está referido a una conducta siempre positiva de servicio público, inspirada en los superiores intereses de la comunidad toda, motivada exclusivamente en razones de interés común”.

Existen hechos y actos realizados en las unidades de la Municipalidad de Nancagua, respecto de los cuales los recurridos no han ejercido su obligación de fiscalizar, lo que importa un perjuicio grave, y serio por la suma de \$ 2.584.285.786 para la Municipalidad de Nancagua, y, en definitiva en contra de la comunidad toda, cuyo presupuesto anual es la mitad de la cantidad perjudicada-

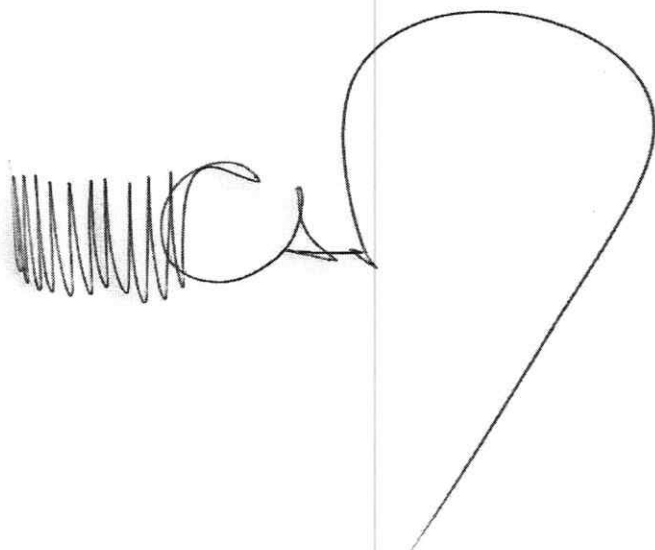
Lo señalado, se traduce en vulneración e incumpliendo de los artículos 60 por Notable Abandono de Deberes, y Falta De Probidad Administrativa descrita en artículo 7º de la Ley 18.575 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, como en el artículo 55 letra g) de la Ley 18.834 Estatuto Administrativo.

Todo lo relatado, se traduce en un agravio para esta parte y como corolario, para toda la comunidad de Nancagua, que ha visto postergado su progreso económico, social y de desarrollo, por falta grave a su ministerio por los concejales requeridos.

Esta dicotomía, es abrigada por este Tribunal, quien rechaza, sin prueba seria alguna el requerimiento planteado de notable abandono de deberes y falta a la probidad publica por los mencionados concejales. Que irroga agravio a esta parte por tratarse de una sentencia dictada contra las leyes básicas de nuestro Derecho, el debido proceso, y sentencia que se funde en una investigación racional y justa (art. 19 N° 3 Carta Fundamental), lo cual debe ser salvada a través de la dictación de sentencia en su reemplazo que acoja el requerimiento autos en todas sus partes, con expresa condena en costas.

**POR TANTO**, en atención a lo expuesto y citas legales mencionadas, y artículo 20 del Auto Acordado del Tribunal Calificado de Elecciones que regula la tramitación y los procedimientos que deben aplicar los Tribunales Electorales Regionales

**RUEGO A US.:** se sirva tener por interpuesto recurso de apelación fundada en contra del fallo individualizado; concedérmelo, y ordenar que suban los autos ante el Ilustrísimo Tribunal Calificador de Elecciones, a fin de que este Tribunal Superior enmiende la sentencia recurrida, por ser ella agravante para los derechos de mi parte, declarando que se acoge la acción de autos, con costas.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of vertical wavy lines on the left, followed by a stylized 'C' and a large, sweeping loop that extends upwards and to the right.