

Antofagasta, a veintinueve de julio de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Comparece Heriberto Enrique Núñez Lin, Funcionario Municipal, Planta Profesional, grado 7° (EUM), domiciliado en Avda. Jaime Guzmán 4.100, depto. 2108, Edificio Palmas del Sur, Antofagasta, interponiendo recurso de protección en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, por las consideraciones de hecho y de derecho que expone.

Informa la recurrida solicitando el rechazo del recurso.

Puesta la causa en estado, se trajeron los autos para dictar sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que funda su recurso en el Informe de Investigación Especial N° 602/2017, de la Contraloría General de la República, Contraloría Regional de Antofagasta, instruido por la Municipalidad de Antofagasta, por la venta de terrenos en el Cementerio Municipal de esta ciudad, el que propuso y luego aplicó mediante Decreto Alcaldicio N° 869/2021-R, una sanción disciplinaria de multa del 10% de remuneración mensual y una anotación de demerito de dos puntos en su perjuicio.

Conforme al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, en contra de este decreto, se presentó recurso de reposición dentro del plazo legal, no obstante no ser fallado dentro de este, recurso que fue rechazado por el Decreto N° 869/2021-R, el 17 de Mayo 2021 y notificado el día 24 del mismo mes y año, manteniendo la sanción disciplinaria.

Respecto al cargo formulado que ocasiona la amenaza, perturbación o privación del derecho fue: "no ejercer a cabalidad las funciones administrativa generales encomendadas por DM N° 985/2011, en particular las indicadas en el art. 98 letras a), c) y e) cuando ejerció subrogancia, omisión que



posibilitó debilidades en el control interno en materia de recaudación de ingresos en la venta de terrenos, pagos de construcción y cobros inferiores a lo construido en Cementerio Municipal”, resolución dictada por la Contraloría General de la República, Contraloría Regional de Antofagasta, con fecha 18 de febrero del año en curso, y contenida en resolución 146B, que propuso sanción al Sr. Alcalde, como resultado del Sumario Administrativo instruido por Resolución exenta N° 168/2017.

En virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, señala que el decreto carece de fundamento y que se podría sostener un decaimiento del reglamento, por un “cambio en las circunstancias” del acto administrativo que, habiendo sido dictado acorde a derecho y habiendo producido sus efectos, pierden estos su energía jurídica debido a condiciones sobrevinientes, sin embargo tal argumento no se da en la especie tratándose de una mera decisión alcaldicia, para así justificar la aplicación de la sanción.

El decreto sostiene como base del rechazo una derogación tácita del acto administrativo, indicando que “se encuentra tácitamente derogado por el Decreto Alcaldicio n° 985/2011 del 09 de agosto, que incorpora como nueva Dirección de Salud, Educación y demás incorporados a la Gestión Municipal”, según este, contraviene la norma constitucional, siendo imposible conforme a derecho tal fundamento puesto que, el decreto sancionador está dictado en base a atribuciones auto arrogadas que no le competen al alcalde, cuyo criterio contraviene el art. 7° de la Constitución, que exige actuar acorde a la ley, además suponer que tácitamente se puede entender derogado un acto o resolución administrativa, no es posible, en el derecho administrativo,



siendo conocido el axioma que regla esta materia "en Derecho público solo es posible hacer aquello expresamente permitido". En el Derecho público, la juridicidad o legalidad, es una necesaria tipicidad de la potestad y de la actuación de las autoridades, por lo que tal presupuesto no es dable y/o aceptable.

En cuanto a las garantías vulneradas, el acto impugnado ha tenido incidencia afectando los derechos establecidos en la Constitución Política de la República en el art. 19 N° 3, dándose la calidad de juez y parte respecto del alcalde, quien representa y supervigila al Municipio por una parte y por la otra castiga y aplica una sanción, lo que refleja la falta de imparcialidad, garantía básica de debido proceso.

El sumario administrativo se originó por malversación de fondos y venta de terrenos en el Cementerio, lo que derivó en un Proceso Penal seguida ante el Juzgado de Garantía de Antofagasta, siendo formalizados y sancionados 3 funcionarios, por el delito de malversación de caudales públicos, resultando difícil entender, que se castigue a otros funcionarios, como es el caso del recurrente.

En relación al derecho a la honra, el reproche del ente controlador es de tipo general, no precisa la omisión concreta en que se habría incurrido y no estableció el modo o la forma que las supuestas desatenciones se cometieron, como ocurrieron y las responsabilidades que le asistían en calidad de Director Subrogante, agregando que es titular del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la misma Carta Fundamental, en relación al derecho al debido proceso y que no existe acreditación de los hechos que se le imputan.

Luego, realizando descargos en lo administrativo respecto a la sanción impuesta, indica que se desempeña como



funcionario desde el 2 de noviembre de 1988, sus labores en la Dirección han sido solo de Director Subrogante, desde el año 2011, cargo que desempeñó desde el 9 de enero de 2012 hasta el 26 de mayo de 2016 y luego en enero de 2018 retoma la subrogación en la Dirección de los Servicio Traspasados, ejerciendo la labor de jefatura siempre como subrogante, lo que hace que su responsabilidad no sea completa y exclusiva.

El cargo o reproche de "no ejercer a cabalidad las funciones generales administrativas generales encomendadas," se encuentra en contradicción a las labores referidas a la relación entre la Dirección de Servicio Traspasados con la Administración del Cementerio Municipal, según el art. 98 letras a), c) y e) del Dto. 985/2011, ya que las funciones indicadas son temas generales y solo anexas al trabajo de la Dirección de Servicios Traspasados, no de control o supervigilancia, ese mismo Decreto N° 985/2011, en su artículo 44 señala que dependerán de la dirección de administración y finanzas, entre otras, la administración del cementerio, resumiendo las causales que impedían ejercer las funciones administrativas en: falta de interés y colaboración de parte del cementerio, carencia de personal para realizar mayores gestiones de asesoría, si hubo participación en labores del cementerio, relación directa del Administrador del cementerio con la Alcaldesa, lo que servía de justificativo para no responder a las peticiones sobre las gestiones del camposanto, hechas por el recurrente y Director Subrogante.

Sobre la materia, la Contraloría en su Resolución 146 B del 12 de noviembre de 2020, que aprueba el sumario y propone las sanciones, señala: "...debe considerarse, que si bien es efectivo que la normativa que indica el referido decreto municipal N° 985, de 2011, que creo la creación (sip) de la



Dirección de Servicios Traspasados, no le impone una función netamente de control jerárquico a las instituciones que están bajo su dependencia, el reproche realizado está referido tal como se describió en el cargo único, que no cumplió a cabalidad con las funciones que detalla el artículo 98, letras a) c) y e) del aludido decreto N° 985, de 2011, las que de haberse ejercido adecuadamente, habrían permitido advertir a la autoridad municipal, las debilidades de control interno que afectaban al Cementerio Municipal de Antofagasta, evitándose con ello, la desviación de recursos públicos”, reconociendo así, que no tenía impuestas funciones de control jerárquico, no obstante propone castigo.

En cuanto al control interno y responsabilidad administrativa, lo entrega la resolución 01485 del 2 de noviembre de 1996, de la Contraloría General de la República, respecto del grado y alcance de la sanción aplicada, no hay precisión de los conceptos que describen esta materia, cuáles son las funciones administrativa entregadas de forma concreta, según lo fijó el Dto. Municipal N° 985/2011 en relación con la resolución citada y el alcance de determinados conceptos administrativos sancionatorios. Máxime cuando sostiene una derogación tácita del Decreto N° 144/1995R, del 1 de noviembre de 1995, sin precisar en que consistió la derogación tacita y razón del supuesto control interno que se le habría asignado a la Dirección de Servicios Traspasados.

Así, el control y la supervigilancia sobre el Cementerio Municipal, está encargada a la Dirección de Administración y Finanzas, la Dirección de Servicios Traspasados, si bien tiene injerencia, no es directa, asistiéndole solo funciones administrativas secundarias.



En el sumario quedó demostrada la ausencia de auditorías por parte de la Dirección de Control de la Municipalidad, la propia Directora de Control, señaló en el sumario que no se han realizado auditorías ni fiscalizaciones al camposanto, toda vez que ni la alcaldesa ni el Concejo las requirieron.

En conclusión, el deber le asiste primeramente a la Dirección de Administración y Finanzas, además existe una Dirección de Control, los que tienen a su cargo la supervisión y el control del cementerio, tales labores para la Dirección de Servicios Traspasado sólo son secundarias y de asesoría, no es una obligación expresamente asignada, en este sentido, como ha dictaminado la Contraloría, deben existir métodos y procedimientos para controlar las gestiones y las operaciones que deben realizar las unidades, a lo que se debe sumar las auditorías internas o externas, materia y funciones que no estaba ni está asignada a la Dirección de Servicios Traspasados, haciendo imposible cumplir funciones no estipuladas.

Previa citas legales, solicita se deje sin efecto la sanción aplicada por el decreto referido, que infringe el debido proceso y respeto a la honra como persona y funcionario.

SEGUNDO: Que informó Macarena Varas Vargas y Raúl Arán Cortés, abogados, en representación de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, solicitando el rechazo del recurso.

Informa al tenor de lo solicitado, sin perjuicio de que la solicitud del reclamante es confusa, ya que no explica quien como, donde y cuando existe una supuesta vulneración.

El Decreto Alcaldicio impugnado, se origina por la dictación de la Resolución Exenta N° 168 de 05 de octubre de 2017, a través del cual la Contraloría Regional de



Antofagasta, ordenó un sumario administrativo en la Municipalidad de Antofagasta y el Cementerio General de Antofagasta, iniciándose el proceso sancionatorio por la denuncia de concejales de esta comuna, por supuestas irregularidades cometidas en el Cementerio General de Antofagasta, en la tramitación de ventas de terrenos a particulares.

Una vez concluida la investigación por Contraloría, se emitió el Informe Final de Investigación Especial N ° 602, de 2017, en donde se constató, en síntesis, observaciones e irregularidades relativas a la falta de ingreso de recaudaciones, cobros inferiores a los estipulados en la Ordenanza Municipal y obras de dimensiones superiores a las unidades de terrenos enajenados.

Entre los hechos, se encuentran que el ex administrador recibió por sí dineros de las ventas de dichos terrenos, lo que derivó en una querrela por parte del municipio con condenas penales a los involucrados. Se formularon cargos a diversos funcionarios, además de los condenados por los delitos de malversación de caudales públicos, entre ellos al recurrente, don Heriberto Núñez Lin, en su calidad de Director Subrogante de Servicios Traspasados de la Municipalidad de Antofagasta.

El cargo único formulado sostiene que no ejerció a cabalidad las funciones administrativas generales que le fueron encomendadas a esa dirección, a través del Decreto Municipal N ° 985, de 2011, específicamente las indicadas en el artículo 98 letras a), c) y e), mientras ejerció la subrogancia, omisión que posibilitó la existencia de las debilidades de control interno en materia de recaudación de ingresos por venta de terrenos, pagos de derechos de construcción y cobros inferiores a lo construido.



Tal como se señaló, el recurrente evacuó descargos, sosteniendo que, el cargo no está bien formulado y que no expresa el incumplimiento que se le imputa, sumado a que la investigación no fue llevada con objetividad, agregando que, el decreto N°985, de 2011 no impone en ningún caso que la Dirección de Servicios Traspasados deba cumplir un rol de control y que tampoco esa dirección tiene una relación jerárquica con los funcionarios del Cementerio General, y que, en efecto, cumplió cabalmente con sus obligaciones funcionarias.

Por lo anterior, la Contraloría General de la Republica, analizando los descargos presentados, sostuvo que ha podido advertirse que el cargo formulado resulta lo suficientemente claro y comprensible, puesto que están confeccionados en términos precisos, señalan la conducta funcionaria reprochada y la norma infringida, por lo que sus argumentaciones en este punto fueron desestimadas.

Así, Contraloría Regional de Antofagasta, a través de la Resolución Exenta N° 146B, de fecha 12 de noviembre de 2020, aprueba el citado Sumario Administrativo y propone la aplicación de las medidas disciplinarias para los trabajadores del Cementerio General, entre ellos a Heriberto Enrique Núñez Lin, la sanción de multa de un 10% de su remuneración mensual y una anotación de demerito en el factor de calificación de dos puntos, contemplada en el artículo 122 de la Ley N ° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 133 bis de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General, lo indicado por esta es una mera propuesta al Alcalde, a quien corresponde como máxima autoridad del municipio, determinar si la acoge o impone a



los funcionarios involucrados una sanción diversa, debiendo dictarse en dicho caso un Decreto Alcaldicio fundado, sujeto al trámite de toma de razón. En consecuencia, esta entidad edilicia, aplicó la proposición que realizó el ente de control.

La sanción antes descrita fue determinada por el Decreto Alcaldicio N° 377/2021, de fecha 10 de marzo, el que fuera objeto de recurso de reposición administrativa de fecha 18 de marzo, rechazándose la misma mediante el Decreto Alcaldicio N° 869/2021 de fecha 17 de mayo, todos del año 2021, siendo este último objeto del presente recurso.

En cuanto a que los cargos impuestos por Contraloría serían cuestionables, atribuyéndose el Municipio más poder que la propia ley le otorga, en este caso, es el propio reglamento, modificado por el Decreto N° 985/2011 que establece en su número 1 la modificación, en su número 2 que se mantiene inalterable lo modificado y por último, en el número 3 velar por el cumplimiento de esta modificación de reglamento, por lo que, es esta la que modificó el reglamento original sancionado por el decreto N° 144/1995 R de fecha 1 de septiembre de 2011, creando la Dirección de Servicios de Salud, Educación y demás incorporados a la Gestión Municipal, por lo que a contar del 2011 es su función velar de acuerdo al artículo 98 letra a), c) y e).

Respecto a la infracción al debido proceso, no señala la recurrente como este supuestamente se vio afectado en el decreto que se impugna, recordando que se trata del decreto que rechazo la reposición administrativa presentada por esta, por basarse en normas tácitamente derogadas y modificadas.

En relación a la acción interpuesta, indica que la vía idónea era el Reclamo De Ilegalidad Municipal contemplado en el artículo 151 de la ley Orgánica de Municipalidades, no



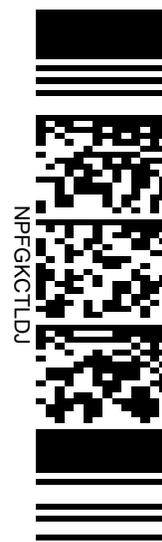
constituyendo ésta una instancia de declaración de derechos, sino de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria.

De la solicitud incompatible del recurrente y la falta de coherencia en su interposición, pues se solicita dejar sin efecto la sanción, sin embargo el decreto que se impugna por este recurso es el Decreto Alcaldicio N° 869/2021, que rechazó la reposición, por lo que la solicitud a lo menos debió acoger la reposición. Por otro lado, solo para el caso de entender que su solicitud tuviere sustento, se debió recurrir de la resolución de Contraloría que obligó al municipio a imponer la sanción y por último, si aun así entendiera la procedencia, se debió recurrir del Decreto Alcaldicio que impuso la sanción, es decir del N° 377/2021.

En consecuencia, habiendo actuado la Ilustre Municipalidad de Antofagasta con estricto apego a la normativa vigente, no se entiende que se hayan vulnerado las garantías constitucionales enunciadas por la recurrente, si se entendiera que existe la posibilidad de realizar un acto que supuestamente pueda reestablecer o bien adoptar medidas de protección, implicaría dejar sin efecto el informe de Contraloría, cuestión que no se solicitó en la presente acción, por lo que solicita su rechazo, con costas.

TERCERO: Que el recurso de protección como acción cautelar de urgencia, carece de las garantías procesales de un juicio declarativo de lato conocimiento, razón por la que sólo ampara derechos no controvertidos o indubitados.

En este sentido, un acto u omisión es arbitrario cuando carece de razonabilidad, de fundamentación suficiente, de sustentación lógica, es decir, cuando no existe razón que lo fundamente y quien actúa lo hace por mero capricho.



El acto u omisión será ilegal cuando no reúne los requisitos legales, es contrario a derecho o a la ley o no se atiende estrictamente a la normativa legal vigente.

CUARTO: Que la recurrente pretende, por esta vía, que se deje sin efecto la sanción que aplicó la recurrida mediante Decreto Alcaldicio N° 377/2021 de fecha 10 de marzo de los corrientes y el Decreto Alcaldicio N° 869/2021R de fecha 17 de mayo de 2021, que rechazó el recurso de reposición interpuesto en contra del primero, resolviendo mantener la medida disciplinaria impuesta y propuesta por la Contraloría Regional de Antofagasta, los que estima atentatorios de la garantía que protege la igualdad ante la ley, la honra y el debido proceso, establecidas en el artículo 19 N° 2, 3 y 4 de la carta política.

QUINTO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, no constituye un medio procesal de impugnación general, que se encuentre en la cúspide del sistema recursivo respecto de los sumarios administrativos que puedan instruirse en las diversas reparticiones de la Administración del Estado, dentro del marco de los asuntos contencioso administrativos, esto es, que sea el recurso último o final, en términos que permita impugnar todas las determinaciones tomadas, sea como consecuencia de la instrucción de un determinado sumario o como resultado de otros procedimientos administrativos.

SEXTO: Que fijada la naturaleza y objeto de este recurso, desde ya debe desestimarse todo lo relacionado con el debido proceso, porque de conformidad al artículo 20 de la Constitución Política de la República, esta garantía constitucional no está contemplada para la protección de este recurso y así expresamente lo señala el constituyente cuando refiere el N° 3 en el artículo indicado reduciéndolo al



inciso 5°, es decir al juzgamiento por comisiones especiales, por lo tanto no cabe extender esta cautelar a la garantía conocida como el debido proceso y, no puede ser de otro modo, porque en cualesquiera de los procedimientos legales administrativos o estatutarios, justamente en virtud de la regulación de las normas del debido proceso se establecen los sistemas de impugnación para denunciar y respetar esta institución, sin perjuicio que en los procedimientos legales siempre que exista un perjuicio que requiera la nulidad para respetar los principios del proceso, además del recurso de las partes se ordena al órgano jurisdiccional corregir de oficio los errores que se observen en el proceso, especialmente aquellos que causan un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad.

Además, respecto de las otras garantías invocadas, no surge algún acto u omisión arbitraria o ilegal, desde que la autoridad que instruyó el sumario, lo hizo dentro del marco legal respectivo, con las formalidades del caso; tampoco se demostró, que con motivo de la instrucción del sumario y dictación de los posteriores decretos alcaldicios, se haya vulnerado alguna norma legal. Asimismo, no puede afirmarse que haya arbitrariedad en la decisión cuestionada, cuando la medida disciplinaria fue impuesta por Decreto Alcaldicio, después de incoado un procedimiento, en la que el funcionario tuvo la oportunidad de defenderse y plantear los descargos y recursos que la ley le otorgaba, pretendiendo a través de este medio de impugnación, que se revise el mérito de lo actuado, no siendo ello posible.

Así, el proceso disciplinario se llevó de conformidad a la ley, se ordenó su instrucción por la autoridad competente, se sustanció por el Fiscal designado, las medidas adoptadas se encuentran establecida en la ley, se realizaron los



descargos y la sanción fue impuesta por quien tiene la potestad legal, interponiendo el afectado recurso de reposición ante la Municipalidad por lo que no se está en presencia de un acto ilegal o arbitrario.

SÉPTIMO: Que de lo anterior resulta que no se configura vulneración de las garantías constitucionales que se denuncian, pues sólo la existencia de actos ilegales y/o arbitrarios, permiten analizar si de ellos se ha seguido directo e inmediato atentado, privación, perturbación o amenaza contra una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía, todo cual hace que no pueda acogerse la presente acción constitucional.

Por estas consideraciones y atendido además lo dispuesto por los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, **SE RECHAZA**, sin costas, el recurso de protección deducido por Heriberto Enrique Núñez Lin, en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta.

Regístrese y comuníquese.

Rol N° 6292-2021 (PROT)





NPF6KCTLDJ

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por los Ministros (as) Oscar Clavería G., Jasna Katy Pavlich N., Juan Opazo L. Antofagasta, veintinueve de julio de dos mil veintiuno.

En Antofagasta, a veintinueve de julio de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>