MATERIA	:	RECURSO DE PROTECCIÓN
PROCEDIMIENTO	:	ESPECIAL
RECURRENTE	:	MARCO FELIPE ASCENCIO OTÁROLA
RUT	:	13.139.217-6
RECURRIDO	:	ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE ANTOFAGASTA
REPRESENTANTE	:	JONATHAN VELAZQUEZ R. (ALCALDE)
RUT	:	12.837.996-7

EN LO PRINCIPAL: INTERPONE RECURSO DE PROTECCIÓN; **PRIMER OTROSÍ**: OTORGA PATROCINIO Y PODER; **SEGUNDO OTROSÍ**: ACOMPAÑA DOCUMENTOS

ILTMA. CORTE DE APELACIONES

DE ANTOFAGASTA

MARCO FELIPE ASCENCIO OTÁROLA, abogado, casado, cédula nacional de identidad Nº 13.139.217-6, domiciliado en Rebeca Matte 754, Antofagasta a US. Iltma., respetuosamente digo:

En ejercicio del derecho que me confiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, más lo prevenido por el Auto Acordado para la tramitación del recurso de protección de garantías fundamentales de la Excma. Corte Suprema, de fecha 24 de junio de 1992, modificado por el auto acordado N° 94-2015 de fecha 17 de julio de 2015 y encontrándome dentro del plazo, vengo en deducir acción constitucional de protección en contra del Decreto Alcaldicio nº 2178-2021R de la Municipalidad de Antofagasta, representada por su Alcalde, don Jonathan Velásquez Ramírez, ambos domiciliados en Avenida Séptimo de Línea nº 3505; que dispuso mi remoción de mi calidad de Director Jurídico de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, por ser manifiestamente arbitrario e ilegal, conculcando el ejercicio y garantía de los derechos constitucionales consagrados en el artículo 19 N° 2; 3 y 5º de nuestra Carta Fundamental, por las consideraciones de hecho y argumentos de derecho que a continuación expongo:

I.- Plazo de Interposición

De conformidad a las normas citadas en el párrafo primero de esta acción constitucional, el plazo de interposición del recurso de protección es de 30 días, contados desde la ejecución del acto o la concurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos.

En efecto, el Decreto Alcaldicio número 2178-2021 R , de fecha 30 de diciembre de 2021, de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, fue notificado personalmente a mi persona el día 30 de diciembre de 2021, fecha desde la que debe contabilizarse el plazo exigido por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema para la tramitación del recurso de protección de garantías fundamentales, de fecha 24 de junio de 1992, modificado por el auto acordado N° 94-2015 de fecha 17 de julio de 2015, toda vez que dicho acto administrativo terminal que se utilizó para desvincularme, lo que es del todo arbitrario e ilegal.

Por tanto, el requisito exigido por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema para la tramitación del recurso de protección de garantías fundamentales, de fecha 24 de junio de 1992, modificado por el auto acordado N° 94-2015 de fecha 17 de julio de 2015, se ve completamente satisfecho.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

a. DE HECHO

Llevo ejerciendo como abogado 15 años, magister en derecho y actualmente cursando estudios de doctorado en el extranjero, este último he debido suspender para poder atender el llamado de la máxima autoridad edilicia a asumir como director de la dirección de asesoría jurídica de la municipalidad de Antofagasta, dada la experticia en materias de derecho administrativo y no encontrarme vinculado, ni ser cercano a un partido o sector político en particular. Conocido en el medio por dedicarme principalmente a la actividad académica; honorabilidad, transparencia y honradez.

Ingresé a prestar servicios en calidad de Director titular de la Dirección de Asesoría Jurídica de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, cargo de exclusiva confianza de la máxima autoridad edilicia, en virtud del artículo 47 de la ley orgánica de municipalidades. Según consta en Decreto Alcaldicio 1121-2021R de 6 de julio de 2021.

Transcurridos más de cinco meses y medio de intenso trabajo, de manera absolutamente irregular y con total desconocimiento, el día 23 de noviembre, soy citado a una reunión por parte del Alcalde, a la que la máxima autoridad edilicia no asiste, pero en su nombre actúa la Directora de Desarrollo Comunitario, señora Kary Pena, quien ante todo el equipo del Alcalde acomete en contra mi de la manera más soez y humillante posible, que no vale la pena describir en la presente acción constitucional. A ello cabe agregar una serie de actos vejatorios cometidos por el señor Alcalde a través de videos que tomaba sin mi consentimiento cada vez que debía realizar alguna actividad en terreno, para luego mofarse a través de la aplicación Whatsapp ante todo el equipo. Cuestión que ha demostrado el Alcalde en su comportamiento vulneratorio en otros hechos conocidos en la plaza y que hoy se ventilan en la jurisdicción laboral.

Posterior a la humillante y vejatoria reunión antes mencionada, soy citado a una reunión informal con la Administradora Municipal el 26 de noviembre del año recién pasado, quien informa que el Alcalde quiere que presente la renuncia al cargo de Director de Asesoría Jurídica, sin esgrimir ningún tipo de razones. En esa instancia, represento a la señora Administradora Municipal que el ejercicio de dicha prerrogativa corresponde exclusivamente al Alcalde y que por tal motivo debe solicitarlo él personalmente, además de esgrimir las razones para ello.

Transcurrido casi un mes y solo por iniciativa personal, el día 29 de diciembre concretó una reunión con el señor alcalde, don Jonathan Velásquez, quien sin esgrimir fundamento alguno, solicita mi renuncia, por el contrario, esgrime que sólo le interesa presente la renuncia. Ante dicha situación, como abogado, me veo en la obligación de representar al Alcalde (como tantas veces ocurrió durante mi labor en el municipio), respecto de la situación antes dicha. Ante las observaciones formuladas por el suscrito al señor Alcalde, este último, en un breve lapso de tiempo del mismo día 29 de diciembre, envía correo electrónico solicitando la renuncia del actor, donde sólo se indica solicitar mi renuncia en virtud del art. 47 de la LOC de Municipalidades, debiendo ésta ser presentada a más tardar a las 12 horas del día 30 de diciembre del 2021 . Ante el ejercicio formal de la prerrogativa que le otorga la Ley Orgánica de Municipalidades, pero ante el total desconocimiento de las razones o motivos que el Alcalde tendría para solicitar mi renuncia, me niego a presentarla por ausencia total de razones, lo que deja de manifiesto la desviación de poder que lleva a cabo el Alcalde.

Un aspecto relevante a destacar que incide directamente en el decreto de remoción, y por tanto, declaración de vacancia del cargo de detentaba, es el hecho que no ha habido un cambio de administración que justifique la pérdida de confianza, sino que por el contrario ingresé con el Alcalde recurrido en el presente período alcaldicio, razón por la cual es aún más importante la motivación que debe tener el acto administrativo por el cuál acciono de protección.

Todo lo anterior queda de manifiesto en el decreto alcaldicio nº 2178-2021R, en el cual se declara vacante el cargo de director de asesoría jurídica de la Municipalidad de Antofagasta,

decreto que ni siquiera cumple con las formalidades más básicas y elementales de un acto administrativo terminal, como es "los considerandos", donde se deben contener las razones por las cuales, en este caso el Alcalde, ha tenido la pérdida de confianza con el asesor jurídico, haciendo aún más patente la vulneración de derechos constitucionales vulnerados respecto de la igualdad ante la ley y del derecho a un debido proceso y la honra.

Además, para justificar en algo su arbitrariedad ante las redes sociales y medios (como acostumbra el señor Alcalde), vulnera mi honor al ordenar redactar el decreto alcaldicio nº 2178-2021R en términos tales ,que esboza la idea que indebidamente me he apropiado de dineros municipales, todo cual no tiene asidero y tampoco otorga el tiempo necesario para la pertinente rendición de cuentas, incluso respecto de una licencia médica del mes de diciembre recién pasado, la que debe pasar a la mutual de seguridad, dado que dicha licencia es de carácter psiquiátrica, como consecuencia de los vejámenes a los que ha sido expuesto mi representado con el actuar caprichoso y vulnerador del señor Alcalde y de su directora de Desarrollo Comunitario Kary Pena.

b.- EL DERECHO.

Para analizar el problema planteado por la presente vía, resulta necesario consignar que 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 enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

Como surge de lo expuesto, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto ilegal –esto es, contrario a la ley- o arbitrario –producto del mero capricho de quien incurre en él- y que provoque alguna de las situaciones que se han indicado, afectando una o más de las garantías constitucionales protegidas. Un acto arbitrario también los es cuando implica falta proporcionalidad entre los motivos y el fin a alcanzar, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener o inexistencia de hechos que fundamenten un actuar, lo que pugna con la lógica y la recta razón.

El hecho principal que motiva la presente acción, consiste en haberme removido del cargo, sin causa o motivación alguna, basándose solamente en una facultad legal que no ha sido aplicada en "juridicidad".

Así las cosas , la causa o motivo del Acto Administrativo admite una distinción: causa o motivos reglados y causa o motivos discrecionales. En el primer caso, la norma objetiva consigna de forma expresa los hechos cuya descripción normativa obligan a la autoridad a adoptar una decisión, por ejemplo: pase a retiro (jubilación) de un funcionario militar. En el segundo caso es distinto, la ley no establece la causa o motivo del Acto Administrativo, ya sea porque es la misma norma la que delega en la autoridad la determinación de su actuación o porque le confiere la atribución, sin mencionar los supuestos fácticos que obligan a adoptar la decisión.

En ambos casos, el efecto es igual. La concurrencia de una causa o motivo reglados o discrecionales, obliga al agente público a ejercitar su competencia.

Debemos tener presente que toda la actuación de la administración debe ser razonable, proporcionada y legalmente habilitada, por lo que la causa o motivo es un elemento que debe expresarse en toda clase de acto administrativo, debiendo quedar plasmado ello de manera inequivoca.

El decreto alcaldicio nº 2178-2021R, como acto administrativo, debe contener de manera imperativa la motivación pertinente. En el caso de marras NO se consigna motivación alguna que permita arribar a la conclusión del decreto objeto de la presente acción. Cuestión no menor, porque desde el año 2003, con la dictación de la Ley de Bases de procedimientos administrativos, todo acto administrativo, debe ser fundado o motivado.

La motivación de los actos administrativos no busca resguardar una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial que permite el control judicial de los actos de la Administración activa, al punto que estos pueden dejarse sin efecto en el evento de carecer de motivación o si ésta es insuficiente.

En un Estado Constitucional de Derecho SS.I., el deber de fundamentación de los actos de la Administración no sólo funciona como garantía para los interesados, sino que extiende sus efectos de cara a la ciudadanía, en perfecta armonía y relación con los principios de publicidad y transparencia consagrados en la Carta Fundamental y que son parte integrante de las Bases de la Institucionalidad, por tanto, inspiran e ilustran todo el ordenamiento jurídico.

La calidad de un cargo público no se define a partir de la decisión de la autoridad o de la confianza que se tenga en el funcionario, sino por las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que los regulan.

En la especie, la invocación de la prerrogativa contenida en el art. 47 de la LOC de Municipalidades, refiere a la naturaleza del cargo que detentaba, más no la posibilidad de falta de motivación del acto administrativo que declara vacante el cargo por remoción o pérdida de confianza con el funcionario. El señor alcalde hace aplicable una facultad discrecional con la que cuenta, pero la discrecionalidad no es arbitrio, sino que consiste en el margen de apreciación que la ley reconoce a la autoridad para adoptar una determinada decisión, permitiéndole elegir entre dos o más alternativas válidas.

La presente acción deja en evidencia que el señor Alcalde no se represento ninguna alternativa, ello porque no hay motivación alguna del acto administrativo, por tanto, el solo ejercicio de la facultad discrecional conferida en el art. 47 de la LOC de Municipalidades puede tenerse como desviación de poder, al desconocerse las razones de la remoción del funcionario recurrente.

El escenario de encontrarse frente a un acto discrecional, no quita de la obligación de cumplir con una serie de criterios que la misma jurisprudencia ha construido los últimos lustros, de forma tal que el control de esta potestad no puede reducirse sólo exclusivamente a lo formal, sino también a los elementos no reglados, a saber: 1) el control de los hechos determinantes; 2) el control de racionalidad de la potestad discrecional; 3) el control de los principios generales de Derecho y de juridicidad. Todos ellos no se tuvieron en consideración al momento de la dictación del decreto alcaldicio recurrido, pero el SS.I., debe tener en consideración.

De lo anterior se colige que el decreto alcaldicio nº 2178-2021R, es arbitrario e ilegal, por cuanto perturba y priva del legitimo ejercicio de las garantías constitucionales contenidas en los numerales 2 , 3 y 5 de la Carta Magna.

El caso que nos ocupa aporta un elemento adicional, radicado en el supuesto de hecho que habilita al ejercicio de la facultad de destitución, el que es un concepto jurídico indeterminado (motivos fundados). En este sentido, hay que tener presente el fallo de la Excelentísima Corte Suprema en el bullado caso PEY con MINISTRO DEL INTERIOR (FERNANDEZ Y OTROS) Rol ingreso Corte nº 3598-2017, considerando séptimo y siguientes deja en evidencia que TODO acto administrativo debe motivarse, estableciendo incluso estándares de motivación.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, en un fallo reciente, caratulado MARTÍNEZ con MUNICIPALIDAD DE SAN RAMÓN rol ingreso Corte (San Miguel) 5299-2021, en un caso análogo, tratándose de un Director Municipal de exclusiva confianza, ha resuelto: *Que, aun cuando del análisis de la normativa aplicable aparezca que estamos frente a una facultad discrecional, que permite a la autoridad disponer del cargo en términos de confianza, y conforme lo ha señalado la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia recaída en*

los autos sobre recurso de protección Rol N° 11.609-2021, no es posible obviar que una resolución que ordene dejar sin efecto el nombramiento de un funcionario en una determinada función, aunque provenga del ejercicio de una potestad discrecional, está sujeta al deber de fundamentación que es inherente a todo acto administrativo al ser un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura.

Lo anterior determina que se debe verificar no solo la existencia de la ley que habilite para ejercer la potestad discrecional, sino que además se debe constatar que se configuren los supuestos de hecho, el cumplimiento del fin previsto en la norma y se cumpla con el requisito de razonabilidad, estrechamente vinculado a la exigencia de proporcionalidad. Las decisiones administrativas deben necesariamente tener un motivo, el que para algunos equivale a su causa, concebida como la situación puramente objetiva que determina el acto administrativo y le sirve de base.

En la excelentísima Corte Suprema impera el mismo criterio, causa rol 11.609-2021 caratulada ROSAS con BARROS (Fiscalía Regional Metropolitana Sur), indicando que: *Que la falta de motivación que se echa en falta se hace más notoria al defenderse, en el informe de la recurrida, la naturaleza de confianza del cargo del que se trata, sin que dicha circunstancia haya sido siquiera invocada en la resolución que por esta vía se impugna, impidiendo conocer si la decisión de la autoridad se ajusta, en los hechos, al propósito de la norma que le ha otorgado una cuota de discrecionalidad en su actuar.*

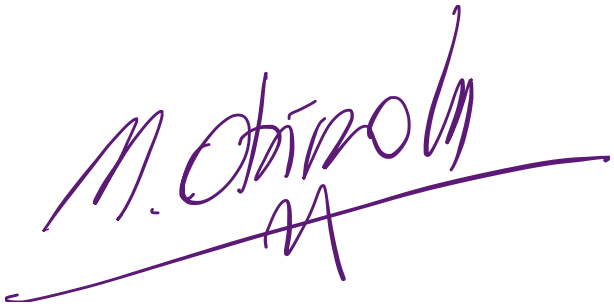
POR TANTO,

A SS.I., respetuosamente pido, tener por interpuesto recurso de protección en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta y su alcalde Jonathan Velásquez Ramírez, ambos con domicilio en Avenida Séptimo de Línea 3505, Antofagasta; aprobar su tramitación, y en definitiva, acogerlo en todas sus partes, ordenando a la Municipalidad de Antofagasta, dejar sin efecto, por ser arbitrario e ilegal decreto alcaldicio nº 2178R-2021 de fecha 30 de diciembre de 2021, con el objeto de cautelar los derechos fundamentales del suscrito.

PRIMER OTROSI: Solicito a SS.I., tener por otorgado patrocinio y poder al abogado don **RODRIGO SOTO CHANDÍA**, cédula nacional de identidad nº 7.305.957-1, con todas y cada una de las facultades prescritas en el art. 7º del Código de Procedimiento Civil. Indicando forma de notificación el correo electrónico rsoto@emin.cl

SEGUNDO OTROSI: Solicito a SS.I., tener por acompañados los siguientes documentos:

a.- Decreto Alcaldicio 1121-2021R de 6 de julio de 2021

b.- Decreto Alcaldicio 2178-2021R de 30 de diciembre de 2021

c.- Acta de notificación de 30 de diciembre de 2021