

**Concepción, tres de mayo de dos mil veintiuno.**

**VISTO:**

Se ha presentado **JOSÉ ORLANDO FERNÁNDEZ PALMA**, ex funcionario de Gendarmería de Chile, en grado de Cabo 2°, domiciliado en calle Manuel Montt N° 651, oficina 7, comuna de Coronel, asesorado por el abogado Ariel Olguín Pérez, del mismo domicilio, correo electrónico para efectos de ser notificado arielolguinp@gmail.com y joseferpal0@gmail.com y de conformidad con el artículo 485 del Código del Trabajo interpone en procedimiento de tutela laboral, denuncia por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido contra el **FISCO DE CHILE** (Repartición Gendarmería de Chile, organismo centralizado dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), representada judicialmente por su Procurador Fiscal del Consejo de Defensa del Estado en Concepción, Georgy Schubert Studer, abogado, ambos domiciliados en calle Diagonal Pedro Aguirre Cerda N°1129, 4° Piso, Concepción, en atención a las consideraciones de hecho y fundamentos de derecho que se expondrán

La demandada **FISCO DE CHILE- GENDARMERIA DE CHILE**, persona jurídica de derecho público, representada por Georgy Schubert Studer, Abogado Procurador Fiscal, ambos con domicilio en calle Diagonal Pedro Aguirre Cerda N°1129, cuarto piso, Concepción, correo electrónico para efectos de notificaciones a notificaciones.concepcion@cde.cl, contesta la denuncia solicitando su total rechazo en consideración a los aspectos de hecho y de derecho que se expondrán.

Se llevó a efecto la **audiencia preparatoria** el 3 de marzo de 2020 a la cual comparecen ambas partes, se dio traslado a las **excepciones** de incompetencia absoluta del tribunal (dos) y de falta de legitimación activa y pasiva opuesta por la demandada. Se rechazó la primera de las excepciones de incompetencia, y se dejó para resolver en definitiva, la segunda de las excepciones de incompetencia absoluta y la de falta de legitimación. A continuación el juzgador propuso bases para una **conciliación**, la que no prosperó. Existiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se recibió **a prueba la causa**, ofreciéndose las probanzas a incorporar en la audiencia de juicio.

El 15 de diciembre de 2020 y ante la imposibilidad de desarrollar audiencias presenciales en dependencias del tribunal, derivado de la contingencia sanitaria que afecta al país actualmente, se dictó resolución citando a las partes a audiencias por vías remotas.

Se desarrolló la **audiencia de juicio** los días 29 de enero, 16 y 20 de abril de 2021, a través de la plataforma digital licenciada “Zoom”. Allí se incorporó legalmente las probanzas previamente ofrecidas, al cabo de lo cual los comparecientes formulan observaciones a la misma.



Al término de la audiencia se hizo uso de la facultad conferida en el artículo 494 del Código del Trabajo, ordenándose la **notificación de la sentencia** a través de los correos electrónicos, registrados, con la conformidad de ambas partes.

**OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: Demanda.** Que **JOSÉ ORLANDO FERNÁNDEZ PALMA** interpone en procedimiento de tutela laboral, denuncia por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido contra **FISCO DE CHILE** (Repartición Gendarmería de Chile, organismo centralizado dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), fundado en lo siguiente:

**Relación laboral.** Comienza relación el 1 de agosto de 2005, ingresando a la Escuela de sub Oficiales de Gendarmería de Chile, se gradúa el 31 de marzo de 2006, como funcionario de planta en el cargo de vigilante, grado 26 E.U.S. Fue destinado al Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, de la ciudad de Iquique, donde se desempeñó como centinela en la guardia armada de dicho penal, hasta principios de 2008. El 7 de enero de 2008 es trasladado al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Iquique, desempeñando funciones de control de acceso en la puerta principal y posteriormente como jefe de relevos en la guardia armada de esa unidad penal. El 10 de septiembre de 2008 es trasladado previa permuta voluntaria a la unidad especial dependiente de Sename CIP-CRC de Coronel, cumpliendo funciones como centinela en la guardia armada de esa unidad. El 5 de enero de 2009 y hasta el 19 de octubre de 2010 fue centinela en la guardia armada del Centro de Detención Preventiva de Arauco. El 20 de octubre de 2010 fue trasladado a solicitud voluntaria a la unidad penal especial Centro de Educación y Trabajo de Concepción, (CET de Punta de Parra, Tomé), unidad especial en que desempeñó funciones de suboficial de guardia hasta 2012. Que, en este mismo año fue trasladado en cometido funcional al Complejo Penitenciario de Concepción (El manzano), desempeñándose de estadístico en la oficina de registro y movimiento de la población penal hasta principio de 2014. Desde 2014 a la fecha se desempeña en el Centro de Cumplimiento Penitenciario del Biobío, en el cual ejerció funciones en la guardia interna, como funcionario de módulo. Su remuneración bruta en diciembre de 2020 corresponde a \$1.696.089.

**Dirigente.** Desde el 5 de diciembre de 2014 hasta el 7 de diciembre de 2020, posee la calidad de dirigente gremial de la Asociación de Gendarmes de Concepción-Chile (AGECH), en el cargo de Presidente Provincial.

**Sumario.** Mediante resolución N°5517 de 23 de noviembre del año 2016 de la Dirección Regional de Gendarmería de Chile, Región del Biobío se instruyó sumario administrativo en su contra, por supuestas ausencias laborales injustificadas en su función de dirigente sindical, correspondiente a enero, febrero, marzo, abril, y mayo de 2016, meses en los cuales supuestamente no informó a la autoridad sobre los permisos sindicales. El 28



de diciembre de 2016 se notifica la formulación de cargos de responsabilidad administrativa por infringir el artículo 61 del DFL 29 que fija texto de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo en las siguientes letras: a) “Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación”; b) “Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan”; c) “Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución”; g) “Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”; f) “Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico”. El 16 de mayo de 2017 evacuó contestación de los cargos.

**Descargos.** Sostiene haber informado de los permisos gremiales en todo momento, sea vía correo electrónico, telefónica, o verbalmente a la autoridad que se encontrara en guardia interna del Centro de Cumplimiento Penitenciario del Biobío, todo esto antes de las instrucciones impartidas por la superioridad institucional, en lo relativo a la manera de comunicar dichos permisos, esto es, resolución exenta N° 7.348 de 19 de agosto de 2016, de la cual se le inculpa no haber obedecido. La ley 19.296 sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado, no distingue la manera de efectuar dichos avisos, pudiendo ser estos de cualquier forma, hasta de manera verbal, del mismo modo lo ha señalado la Contraloría General de la República en dictamen N° 28.232 de 1 de septiembre de 1997. En la formulación de cargos no se explica de qué forma pudo haber infringido las letras “a, b, c, g, f, del artículo 61 del DFL 29, ya que no se señala el nexo causal entre sus supuestas omisiones y la norma infringida, solo se explica de manera general el mismo argumento para todas las letras del artículo. Siempre se informaron a la autoridad los permisos gremiales, sin embargo, siempre han sido víctimas de prácticas antisindicales, en la cual muchas veces no se dejaba registro de dichos avisos, con el único objeto de perjudicar la labor gremial al interior del servicio.

**Destitución.** Mediante oficio N°08.01.11. 03/2018, de 4 de enero de 2018, emanado del Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario del Biobío, se le notifica por carta certificada la resolución exenta N°5053 de 19 de junio de 2017, emanada de la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile, que aplica la medida disciplinaria de destitución, por haberse ausentado por más de tres días consecutivos de sus funciones, sin causa justificada. Repone con apelación subsidiaria el 16 de enero de 2018, la resolución que los resuelve jamás se le notificó, infringiendo el artículo 51 inciso final de la ley 19.880 “*Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general*”. Por resolución exenta N°1670 de 21 de agosto de



2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se le notifica el rechazo del recurso de apelación subsidiario.

**Omisión trámite.** En diciembre se comunicó vía telefónica con la sección de remuneraciones de la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile, le responde que se encontraba destituido a contar del 12 de diciembre de 2019, situación que le trajo un profundo pesar, como a su familia, –es casado y tiene 3 hijos de 14, 7 y 1 año respectivamente–, provocándole un perjuicio económico y psicológico, ya que no estaba preparado para afrontar esta situación, pues estaba esperando la notificación del dictamen ratificatorio de la medida disciplinaria por parte de Contraloría General de la República, como señala el artículo 25 de la ley 19.296, por su calidad de dirigente gremial con fuero sindical, y por tanto inamovilidad en el cargo, trámite que no se realizó, simplemente se toma razón de la resolución que me aplica la medida disciplinaria de destitución, no teniendo oportunidad de aportar mayores antecedentes a Contraloría General de la República, infringiendo su derecho a ser oído.

**Notificación.** El 20 de diciembre de 2019, por carta certificada toma conocimiento de la resolución trámite N°195 de 7 de noviembre de 2019, que aplica la medida disciplinaria de destitución. No se dio cumplimiento a lo que señala el artículo 131 del DFL 29, toda vez que las constancias de las dos búsquedas en su domicilio fueron realizadas el 27 de noviembre de 2019, en circunstancias que se efectuaron supuestamente los días 2 y 3 de diciembre del año 2019, de lo que se colige una contradicción en dicho trámite esencial, (se deja constancia de no ser habido antes que se efectuaran la búsquedas), de lo que queda clara la intención de perjudicarlo por parte de la oficial notificadora Teniente Coronel Angélica Briones Castillo.

**Represalia.** El 11 de marzo de 2015, en su calidad de Presidente Provincial de la Asociación de Gendarmes de Concepción-Chile (AGECH) interpuso recurso de protección en favor de una funcionaria de Gendarmería de Chile, socia del gremio, contra Angélica Briones Castillo, misma que supuestamente lo buscó dos veces en su domicilio, causa ROL N°557-2015, caratulada “José Fernández Palma con Angélica Briones Castillo” de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, por lo cual existen claras conductas de represalias en su contra, en razón de su calidad de dirigente sindical.

**Ratificación.** Respecto del fuero sindical que lo protege cita el inciso 1° del artículo 25 de la ley 19.296 que regula a las Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, norma que señala como trámite esencial la ratificación de la medida expulsiva por parte de Contraloría General de la República. En el mismo sentido el artículo 9 letra “m” de la resolución N°1002, de la Contraloría, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 2011, la cual establece la organización y atribuciones de las Contralorías Regionales, señalando como una de sus atribuciones la de Ratificar la aplicación de la medida



disciplinaria de destitución a los directores de las asociaciones de funcionarios, de conformidad con el inciso primero del artículo 25 de la ley 19.296, atribución distinta al trámite de toma de razón, el cual está regulado en este mismo artículo en la letra “b”, si fuera lo mismo el legislador lo habría regulado en una sola disposición. Cita jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, dictámenes N°19.488 de 2 de abril de 2013, que señala que la Contraloría General de la República debe pronunciarse mediante oficio aprobatorio sobre la ratificación del correspondiente acto, de lo cual comunicará tal decisión a través de un pronunciamiento jurídico, el que no se efectuó, y en el evento de haberse efectuado no se le notificó en virtud del artículo 51 de la ley 19.880. El procedimiento ratificatorio constituye un verdadero juicio de desafuero, ya que la Contraloría General de la República debe hacer un examen exhaustivo de legalidad respecto de la sanción más gravosa contemplada en el Estatuto Administrativo, sin embargo con este actuar se le coartó el derecho a ser oído, actuando la autoridad administrativa fuera de toda norma. La resolución trámite N°195 de 7 de noviembre de 2019, en ninguno de sus considerandos señala que posee calidad de dirigente sindical hasta diciembre del año 2020, para la Contraloría la resolución de la cual tomó razón fue una resolución más de cualquier otro funcionario, toda vez que ese tipo de resoluciones no están exentas del trámite de toma de razón, y por tanto está obligada a realizar este trámite, según el artículo 11 N° 6 de la Resolución N°6 de 26 de marzo de 2019 del mismo ente contralor, que señala que están afectos al trámite de toma de razón los decretos y resoluciones que se apliquen medidas disciplinarias expulsivas, lo que está en sintonía con el artículo 9 letra “b” de la resolución N°1002, de dicha Contraloría, publicada en el Diario oficial el 23 de septiembre de 2011. Por tanto la resolución trámite N°195 aludida, no produjo efectos jurídicos, por haberse omitido un trámite esencial para su validez. Cita dictamen N°19.488 de la Contraloría General de la República que señala que la ratificación de la medida disciplinaria expulsiva en contra de un dirigente sindical, *es un trámite adicional previsto en relación con las actuaciones que sancionan con la destitución a un dirigente gremial, que resulta necesario para que la indicada medida produzca sus efectos, sin que, por lo tanto, la potestad disciplinaria de la Administración activa tenga eficacia jurídica mientras este trámite no se lleve a cabo, lo anterior totalmente distinto al trámite de registro.*

**Irregularidades.** En los descargos formulados señaló que el sumario administrativo en su contra no estaba foliado, ni con letras ni con números, como lo prescribe el inciso final del artículo 130 del DFL 29, alegaciones que se rechazaron de manera arbitraria en la Resolución Exenta N°1670 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que rechaza el recurso de apelación interpuesto contra la resolución exenta N°5053 de 19 de junio de 2017, argumentando –considerando 13º–, que se desecha en atención a que, por sus propias alegaciones da cuenta que ha comprendido a cabalidad el fondo de las imputaciones



formuladas, en cuanto a no haber solicitado los permisos gremiales de acuerdo a las instrucciones vigentes en el servicio, explicación que es por así decirlo absurda, ya que alegó respecto a la forma de tramitar el sumario administrativo, y no al fondo. Los sumarios administrativos son procedimientos reglados y sus normas son de orden público, por tanto tienen el carácter de irrenunciables, y al ser estas omitidas el acto administrativo adolece de vicios de legalidad, toda vez que no le da certeza respecto a los documentos que el expediente contiene, puedo llegar a pensar que se omitió documentación o se incorporaron documentos de los cuales no tomó conocimiento. Vulnerándose gravemente el principio del debido proceso y el derecho a defensa. Y como consecuencia, un enorme perjuicio económico y psicológico –padece cuadro de depresión severa–, ya que diciembre es un mes complejo por la celebración de la navidad y año nuevo y es padre de familia, todo derivado del actuar caprichoso, desproporcionado, discriminatorio e ilegal de la autoridad administrativa.

**Derechos fundamentales vulnerados.** Se han vulnerado en particular los derechos consagrados en el artículo 19 N°1 y 4 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la integridad psíquica y derecho a la honra, como asimismo, existen actos discriminatorios contenidos en el artículo 2 del Código del Trabajo y se afecta la garantía de indemnidad contemplada en el artículo 485 del mismo cuerpo legal, los que se manifiestan y materializan al encontrarse ante un despido arbitrario, desproporcionado, discriminatorio e ilegal, carente de motivación.

**Integridad psíquica.** Durante todos los años dedicó sus energías a hacer un trabajo honesto, recto y profesional, sobre todo considerando las dificultades propias derivadas del quehacer carcelario, estando casi toda su carrera en lista 1 de distinción. Lamentablemente la última etapa no fue reconocida. Desde 2014, fecha en que asume como Presidente Provincial de la Asociación de Gendarmes de Concepción-Chile, ha sido objeto de constante persecución. No conforme con hostigarlo permanentemente, al final logran su objetivo, ya que como dirigente ha defendido derechos de los trabajadores penitenciarios, ganándose con esto el odio de la jefatura y que terminan por destituirlo estando con fuero sindical vigente, infringiendo el artículo 25 de la ley 19.296, gozando de inamovilidad. Se ha afectado su salud mental, la economía de su hogar y su situación familiar, agobiado y deprimido, incluso pensó en algún momento quitarse la vida producto del despido orquestado por la autoridad, especialmente por el director nacional, Coronel Christian Alveal y el director regional del Biobío, coronel Diter Villarroel, con quienes nunca se llevó bien siendo dirigente sindical, además de la comandante Angélica Briones Castillo, oficial con la cual tuvo muchos problemas, siendo dirigente, muchas veces revirtió decisiones injustas contra los trabajadores penitenciarios, incluso ante la justicia ordinaria. El director nacional de Gendarmería, coronel Christian Alveal Gutiérrez, antes de asumir



como director nacional fue director regional del Biobío, siendo él mismo quien dictó la resolución N°5517 el 23 de noviembre de 2016 que instruyó sumario y ahora la resolución N°195 de 7 de noviembre de 2019 que aplicó la medida disciplinaria de destitución.

**Indemnidad.** Luego de citar el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo, señala que en su calidad de presidente provincial de la Asociación de Gendarmes de Concepción (AGECH), declaró como testigo en tres oportunidades en juicios laborales en favor de funcionarios de Gendarmería de Chile, en procedimientos de tutela laboral, causas, RIT T-191-2016, RIT T-40-2017 y T-37-2018, todas de este tribunal, y además de las causas de protección, ROL N°557-2015 y 3118-2014, ambas de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, por lo que está siendo objeto de represalias al haber declarado a favor de funcionarios de la institución y ejercido acciones judiciales en su calidad de dirigente sindical. Cita jurisprudencia.

**Discriminación.** El acto administrativo que le aplicó la medida disciplinaria de destitución es discriminatorio en consideración a su calidad de dirigente sindical. A la fecha de la iniciación del sumario administrativo en su contra, existía incerteza tanto en las jefaturas de unidad, como en los dirigentes de los diferentes gremios de Gendarmería de Chile, respecto de la forma en la cual se debía proceder al momento de solicitar y dar aviso a la autoridad de los permisos gremiales con arreglo al artículo 31 de la ley 19.296, toda vez que la ley no señala la forma ni el procedimiento para dar aviso del permiso gremial, tanto así que el mismo Alcaide de la unidad en que se desempeñó, Teniente Coronel Rubén Pérez Riquelme, solicitó instrucciones e información formal, y orientaciones sobre instrumentos de control de los permisos gremiales mediante oficio reservado N°271 de 6 de septiembre de 2016, que en el considerando número 2, dice *“que desconocía la forma en que debía controlar los permisos gremiales, y como se encuentran operando las demás unidades penales y especiales, en relación al procedimiento que se estaba utilizando para controlar los permisos sindicales”*. El mismo alcaide señala en el párrafo N°3 del oficio N°5339, que *“por décadas, por lo menos en los establecimientos en que me he desempeñado jamás se controlaron de manera rigurosa los permisos gremiales”*, razón por la cual esta medida expulsiva carece totalmente de fundamento, siendo discriminatoria y arbitraria.

Además existen funcionarios dirigentes gremiales, que no registran asistencia a sus respectivas funciones en los mismos periodos que investigaron al actor, así lo señaló la Contraloría General de la República en el informe final de auditoría N°769/2016 de 6 de enero de 2017, señalando una nómina de dirigentes sindicales sin registros de asistencias a sus respectivas funciones, entre octubre de 2015 y junio de 2016, funcionarios que al día de hoy se encuentran trabajando de manera normal en calidad de dirigentes sindicales, por ejemplo Patricio Baquedano Morales, Dirigente sindical de ANFUP; Carlos Fernández



Erices, Dirigente sindical de ANSOG; Joe González Barraza, Dirigente sindical ANSOG; Benito Sarabia Aguayo, Dirigente sindical de ANFUP; Andrés Segovia Riquelme, Dirigente sindical de ANFUP. Nómina proporcionada por el Departamento de Recursos Humanos de la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile. De lo que se desprende que la medida disciplinaria de destitución obedece a un acto discriminatorio y sin motivación.

El 15 de septiembre de 2016 el Alcaide del C.C.P del Biobío, Teniente Coronel Rubén Pérez Riquelme, ante la no respuesta del coronel Christian Alveal Gutiérrez, Director Regional de gendarmería, informó mediante oficio N°5339 de 15 de septiembre de 2016, sobre las medidas que adoptó como jefatura de unidad para dar cumplimiento a la resolución exenta N°7.348 de 19 de agosto de 2016, resolución que supuestamente no obedeció y las providencias N°1.892 de 9 de septiembre de 2016, N°1.925 de 13 de septiembre de 2016 y N°1.935 de 13 de septiembre de 2016. Instrucciones todas posteriores a los periodos que se investigaron, sin perjuicio a dar aviso oportuno de sus ausencias por motivos gremiales. Nadie está obligado a lo imposible, las resoluciones descritas le son inoponibles. Se armoniza con la garantía del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, que *“prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*. Cita el Convenio 111 de la OIT, sobre discriminación en materia de empleo y ocupación; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; La Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras.

**Honra:** En su calidad de dirigente sindical es conocido por ayudar a funcionarios de la institución, su buen nombre, honor y honra se han visto seriamente lesionados producto de la desvinculación, ya que los funcionarios comentan y existe suspicacia respecto al motivo de su desvinculación. Para que proceda la destitución deben existir motivos graves. En su entorno familiar y social saben que es gendarme y claramente con la desvinculación su derecho a la honra ha sido gravemente vulnerado, ya que debe dar explicaciones a quienes preguntan qué pasó, pensando obviamente lo peor, sufriendo incluso burlas.

**Proporcionalidad.** Las sanciones deben ser de derecho estricto, en el estatuto administrativo no existe norma que sancione con la medida disciplinaria de destitución el no informar a la autoridad los permisos gremiales. La Contraloría General de la República en informe final de auditoría N°769/2016 de 6 de enero de 2017 y dictamen N°14.208 16 de abril de 2002, señala lo que procede cuando no existían avisos a la autoridad de turno sobre los permisos sindicales es el descuento en las remuneraciones al dirigente sindical, en consonancia con el artículo 66 de la ley 18.834, por lo que la medida disciplinaria de destitución aplicada es desproporcionada y sin fundamento legal. Ante la duda en la interpretación de las normas laborales, deberá siempre preferirse la más benigna para el





trabajador, cobrando importancia el principio pro operario, principio general del derecho laboral, al existir una diferencia abismante entre el Estado y el trabajador.

**Indicios.** Existe suficiente indicio de la vulneración de derechos fundamentales a la integridad psíquica, derecho a la honra, derecho a la no discriminación, y la garantía de la indemnidad en el trabajo, y proporcionalidad. Su empleador frente a los indicios aportados, deberá explicar los fundamentos de la medida adoptada y su proporcionalidad, esto es, que su conducta obedece a un motivo razonable. Cita fallo de la Excma. Corte Suprema rol 7023-2009 de 14 de enero de 2010. Indica que en su calidad de presidente provincial de la Asociación de Gendarmes de Concepción-Chile (AGECH), declaró como testigo en tres oportunidades en juicios laborales en favor de funcionarios de Gendarmería de Chile, en procedimientos de tutela laboral causas RIT T-191-2016, T-40-2017 y T-37-2018 todas de este tribunal, además de recursos de protección ROL 557-2015 y ROL 3118-2014 de la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción.

**Lucro cesante.** Se puso término a su relación laboral con 14 años de servicio en Gendarmería de Chile, restando 16 años para completar los 30 años de servicio para jubilar en el grado de suboficial mayor, relación laboral que debía extenderse hasta el 1 de agosto del año 2035. Sin embargo, la medida disciplinaria de destitución le priva de jubilar de manera normal en la institución como cualquier otro funcionario. Cita sentencia de Unificación de Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema de 26 de mayo de 2013 en Rol 8.465-2012, sobre el término anticipado de un contrato a plazo fijo y la procedencia de la indemnización por lucro cesante. Dado que existió un término anticipado de una relación laboral cuya fecha de término es el 1 de agosto del año 2035, fecha en que cumple 30 años de servicio, existe un daño patrimonial por lucro cesante que debe ser compensado equivalente a todas las remuneraciones que debía percibir de no mediar su desvinculación, por el término de 16 años que restan para cumplir 30 años de servicio, lo que asciende a \$325.649.088, atendido que tiene 36 años de edad, es sano y no padece ninguna enfermedad y perfectamente pudo llegar a cumplir 30 años en la institución, está calificado en lista 1, sin considerar aumentos de sueldo por concepto de ascensos, ni montos de jubilaciones.

**Daño moral.** El Código Civil en su artículo 2329, señala que *“por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*. Es claro que una situación traumática como la vivida, no puede sino generar perjuicios físicos y psíquicos. Su vida no ha vuelto a ser la misma, no ha podido desarrollar una vida normal, tal como la desarrollaba hasta antes de ser desvinculado en forma arbitraria, ilegal, desproporcionada, y discriminatoria, ya que esta era su única fuente laboral con la cual sustentaba a su familia, y por consiguiente actualmente está con muchos problemas económicos y familiares. El artículo 495 número 3 del Código del Trabajo,



ordena a la sentencia incluir “las indemnizaciones que procedan”, por ello la sanción tutelar contemplada en el artículo 489 del Código del Trabajo, tiene una naturaleza multaria, más no reparatoria.

**Compatibilidad.** Acumular la indemnización por años de servicio que la ley ordena pagar por despido injustificado del artículo 168 y el lucro cesante por la destitución discriminatoria, arbitraria, desproporcionada, e ilegal, es posible a la luz del derecho vigente. Si bien el artículo 176 de Código del Trabajo indica que la indemnización del artículo 163 es incompatible con toda otra indemnización de cualquier origen, no cabe aplicarla al caso dado que el artículo 163 se refiere a aquella que se paga cuando el término del contrato se efectúa por aplicación de la causal del artículo 161 incisos 1° o 2° del Código del Trabajo. En cambio, el artículo 493 regula la indemnización adicional cuando con ocasión del despido se han vulnerado derechos fundamentales, y el artículo 168 regula las indemnizaciones y recargos que han de pagarse cuando se declara que el despido del trabajador ha sido injustificado y, por tanto, son indemnizaciones y recargos cuyo carácter obedece a una sanción por un actuar ilegítimo y no ajustado a derecho del empleador (Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de nulidad, de 2 de junio de 2015, en causa Rol 1.204-2014).

**Fuero sindical.** Posee la calidad de dirigente sindical hasta diciembre de 2020, de manera que hasta seis meses después de haber cesado en esta calidad, tal como señala el artículo 25 de la ley 19.296, gozaba de fuero, esto es, inamovilidad en el cargo, quedándole 18 meses para cesar en el cargo. Al declararse que el despido fue arbitrario, desproporcionado, discriminatorio e ilegal, u obedeció a represalias por parte de la autoridad administrativa, tiene derecho a que se pague el tiempo que gozaba de inamovilidad en el cargo, en consideración que la suma que debió percibir en diciembre, \$1.696.089, razón por la cual solicita compensación por la suma de \$30.529.602.

**Termina solicitando,** en mérito de lo expuesto y lo dispuesto por los artículos 19 N° 1 y 4 de la Constitución Política, artículos 2, 4, 67, 71, 73, 160, 162, 163, 168, 172, 173, 432, 446 y siguientes, 485, 489, 490, 491, 492, 493, 494 y 495 del Código del Trabajo, acoger la demanda en todas sus partes, declarando:

1. Que los hechos descritos son vulneratorios de las garantías contempladas en el artículo 19 números 1 y 4 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la integridad psíquica y el derecho a la honra, de la contenida en el artículo 2 del Código del Trabajo, esto es, el derecho a la no discriminación en materia laboral, además de la proporcionalidad y la garantía de la indemnidad del artículo 485 del mismo cuerpo legal, por consiguiente se condene al demandado al pago de:

- a. \$18.656.979, por el máximo de 11 remuneraciones atendida la especial gravedad que el Estado es garante de los derechos fundamentales y ha incurrido en la acción lesiva;
- b. \$1.696.089, por concepto de indemnización por aviso previo;
- c. \$1.696.089, por concepto de remuneración no percibida en el mes de diciembre de 2019.
- d. \$14.925.583, por concepto del recargo del 80% por haberse aplicado la medida disciplinaria de destitución sin ningún fundamento plausible, de manera ilegal, arbitraria, desproporcionada y discriminatoria, la cual obedece además a conductas de represalias en su contra.
- e. \$325.649.088, por concepto de lucro cesante, por dejar de percibir remuneración con ocasión de la desvinculación.
- f. \$30.000.000, por concepto de daño moral;
- g. \$1.696.089, por concepto de feriado pendiente del año 2019;
- h. \$30.529.602, por concepto de compensación del fuero sindical;
- i. O las sumas mayores o menores que se determine, conforme a la ley y al mérito del proceso, reajustes, intereses y costas.

**SEGUNDO: Contestación.** Que la demandada Gendarmería de Chile - Fisco de Chile contesta el libelo, solicitando el rechazo fundado en lo siguiente:

**Negación.** Niega expresa y concretamente todos y cada uno de los hechos que son fundamento de la denuncia, especialmente que se hayan vulnerado los derechos constitucionalmente amparados del demandante con ocasión del término de su vinculación con Gendarmería de Chile. No es efectivo que la medida de destitución conculcara los derechos fundamentales del actor; que durante la realización del sumario administrativo en su contra se incumplieran formalidades y procedimientos administrativos; que la decisión de destituirlo fuera arbitraria o desproporcionada o sin razón o fundamento suficiente; que la decisión de destituir carezca de eficacia; que haya sufrido daño moral en los términos y condiciones alegadas; que se le adeuden las sumas e indemnizaciones que indica, las que suponen un contrato de trabajo, que en la especie, no existe; y de estimarse lo contrario, aquello implicaría una infracción al principio de igualdad ante la ley respecto de los demás funcionarios públicos que jamás recibirán esas indemnizaciones.

**Incompetencia absoluta.** En subsidio, de la excepción de incompetencia absoluta en razón de la materia, alega que la verdadera intención del demandante es atacar el mérito de una decisión tomada por la autoridad superior de gendarmería de Chile, en el legítimo ejercicio de sus atribuciones legales y por esa vía, atacar la validez de un acto administrativo. El actor busca revertir decisiones adoptadas por el Director Nacional de Gendarmería de Chile, quien dicta la resolución que aplica la medida de destitución, así

como la decisión del Ministro de Justicia y Derechos Humanos al rechazar un recurso de apelación deducido en contra de aquella resolución. El Juez del Trabajo no es competente para conocer sobre ello. La materia discutida es propia del derecho administrativo, en particular del derecho administrativo sectorial aplicable a la relación –especial– de los funcionarios de Gendarmería de Chile con dicha institución y no del derecho laboral, y no puede ser discutida en esta jurisdicción laboral. Se trata atacar el mérito de la decisión de la autoridad. El artículo 6° N°16 del D.L 2859 de 1979 dispone “*Son obligaciones y atribuciones del Director Nacional. 16.- Ordenar la instrucción de sumarios o investigaciones sumarias, y aplicar las medidas disciplinarias, que corresponda, de acuerdo a la ley y reglamentos.*” La máxima autoridad de la institución, en aplicación de los artículos 119, 121 letra d), 125, 141 y 145 del Estatuto Administrativo ha decidido, fundada y justificadamente la aplicación de la medida de destitución. Y el mérito de esa decisión no puede discutirse por vía de una acción de la naturaleza de la tutela laboral regulada en el Código del Trabajo, siendo el Juzgado del Trabajo incompetente para conocer de este juicio en atención a la materia debatida. El artículo 420 del Código del Trabajo, no entrega competencia para revisar actos administrativos, decisiones y procedimientos de la administración, menos aún el mérito de las decisiones del Director Nacional de Gendarmería, debiendo declararse la incompetencia del tribunal.

**Falta de legitimación.** En subsidio interpone excepción de falta de legitimación activa del demandante y pasiva de la demandada. De los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo se colige que el procedimiento de tutela laboral resulta aplicable para aquellas partes que se encuentran relacionadas por el denominado vínculo de subordinación y dependencia de acuerdo con las definiciones contenidas en las letras a) y b) del artículo 3 del Código del Trabajo. De aquello dan cuenta las referencias normativas a la "relación laboral" y la "aplicación de las normas laborales". Por otro lado, los derechos se entienden lesionados a partir de conductas efectuadas directamente por el empleador, concepto legal definido en el artículo 3 a) del Código del Trabajo como “*La persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo*”. Como consecuencia, el procedimiento de tutela se manifiesta como inaplicable respecto de Gendarmería de Chile, que no tiene la calidad de empleador del demandante en los términos del artículo 3 del Código del Trabajo, respecto a la cual no existe ni existió relación laboral alguna regida por el Código Laboral, por lo que no puede presentarse un indebido ejercicio de facultades propias del empleador que permitan arrastrarlo a un juicio en el que se debatirá sobre hechos en los que no tuvo ni pudo tener participación. Correlativamente, un funcionario de Gendarmería de Chile, regido por un régimen estatutario especial, y en subsidio por el Estatuto Administrativo, carece de legitimación activa para ejercer esta acción de tutela laboral. Dicho en otros términos, la



inexistencia de una relación laboral regida por el Código del Trabajo entre el actor y la demandada, obsta absolutamente a la aplicación de un procedimiento que se encuentra inspirado básicamente en la protección de derechos laborales lesionados por actos directos del empleador, calidad que no tiene en forma directa ni indirecta la Institución demandada respecto del actor.

**Contesta.** En subsidio contesta el fondo de la acción. Niega que Gendarmería de Chile incurriera en actos vulneratorios de derechos fundamentales del denunciante al decidir –por medio de la autoridad competente– la destitución. No es cierto que esa decisión sea carente de motivos o fundamentos, carente de eficacia, ni que constituya una medida discriminatoria, arbitraria o desproporcionada. Por el contrario, la decisión de destituir al actor es fundamentada, y corresponde al ejercicio de potestades legales por parte del Director Nacional de Gendarmería de Chile, luego de un procedimiento administrativo legalmente tramitado, no existiendo, por ende, acto arbitrario o discriminatorio que pudiera afectar los derechos fundamentales del demandante.

**Ataca la decisión.** Como primera defensa de fondo alega la improcedencia de la aplicación del procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo para revisar la legalidad y la validez, o el mérito, oportunidad y conveniencia del procedimiento administrativo que decidió la destitución del actor. La sola lectura de la demanda da cuenta de ello. El demandante al presentar las peticiones por esta vía, no hacer más que desvirtuar totalmente el fin de la acción de tutela laboral, que evidentemente tiene otros objetivos. La de Tutela Laboral del Código del Trabajo está regulada en el artículo 485 del Código del Trabajo, norma que establece que ese procedimiento se aplica a las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores cuando resultan lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. De este artículo y del 486 se advierte que el procedimiento de tutela de los derechos laborales se aplica, exclusivamente, cuando por aplicación de las normas laborales, se afecten derechos fundamentales del trabajador. En este caso el denunciante alega sin fundamento, sin explicación racional y de manera evidentemente forzada, la supuesta vulneración de sus derechos. Lo buscado es que el tribunal del Trabajo revise actuaciones y decisiones de la autoridad administrativa de Gendarmería de Chile, en particular de su Director Nacional y del Ministro de Justicia (quien conoció y resolvió de un recurso de apelación presentado por el actor) cuestión que resulta improcedente. De los propios hechos relatados en la demanda puede concluirse que la decisión de destituir al actor es fundamentada, y corresponde al ejercicio de potestades legales por parte del Director Nacional de Gendarmería de Chile, luego de un procedimiento administrativo legalmente tramitado, no existiendo, por ende, acto arbitrario o discriminatorio alguno que pudiera afectar los derechos fundamentales del demandante. Este procedimiento de tutela

laboral no constituye una vía jurisdiccional idónea para impugnar la decisión de las autoridades, no puede el Tribunal del Trabajo revisar los fundamentos de la decisión de destituir al actor, más aún en cuanto esa decisión es corolario de un sumario administrativo legalmente tramitado. La Resolución Exenta N°195 emanada del Director Nacional de Gendarmería que dispuso la destitución del denunciante, goza de la presunción de validez, eficacia y exigibilidad que señala el inciso final del artículo 3° de la Ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

**No existen actos vulneratorios.** No ha existido hecho alguno que pueda ser considerado vulneratorio de los derechos del demandante, en los términos relatados en la demanda. En el caso no existe un despido, en los términos del Código del Trabajo. La conclusión de los servicios del demandante para Gendarmería de Chile responde a una especial causal de cesación o terminación del empleo público, estatuida en el régimen especial y propio que vinculó al actor con la denunciada: la destitución. La decisión de destitución ha sido adoptada por la máxima autoridad administrativa de la institución, el Director Nacional de Gendarmería de Chile. Dicha autoridad, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° N°16 del D.L 2859 de 1979, debe ordenar la instrucción de sumarios o investigaciones sumarias y aplicar las medidas disciplinarias que corresponda. La máxima autoridad de la institución demandada, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 61, 65, 119, 121 letra d) y 125 letra a, 140, 141 y 145 del Estatuto Administrativo ha decidido, fundada y justificadamente la aplicación de la medida de destitución. Así, desde ya descarta la arbitrariedad en la actuación del Director Nacional, al menos en relación al ejercicio de sus atribuciones legales. Su actuar se enmarca en el ejercicio de sus potestades legales, y corresponde a una actuación propia de su investidura. Esas atribuciones legales se ejercen con discrecionalidad por el Director Nacional, pero con permanente apego a la normativa aplicable y evitando la arbitrariedad.

**Sumario.** Los hechos que activaron la realización de una investigación sumaria y posterior sumario administrativo se originaron a raíz de la denuncia efectuada el 14 de septiembre de 2016, por el Jefe del Régimen Interno del Centro de Cumplimiento Penitenciario del Biobío, quien informa de la extensa ausencia laboral del demandante. En dicha comunicación advierte al Alcaide respecto del ausentismo laboral del funcionario Fernández Palma, señalando que desconoce la situación de este funcionario puesto que no ha tomado contacto con su persona a través de ningún medio de comunicación durante los últimos meses. Conforme a lo anterior, se genera Minuta Informativa N°529, de igual fecha que arroja como resultado que durante el periodo investigado (enero a junio) el denunciante trabajó únicamente 9 días. No obstante, el resultado final de la investigación sumarial acreditó que durante el periodo de enero a noviembre del año 2016, el denunciante



concurrió a sus labores 10 días, por lo cual se constató un total de 275 días sin trabajar que tampoco fueron debidamente justificados mediante solicitud de permiso gremial durante 2016. Se instruyó el proceso sumario en el Centro de Cumplimiento Penitenciario del Biobío mediante Resolución Exenta N° 5517 de 23 noviembre de 2016, a fin de investigar, establecer y hacer efectiva la eventual responsabilidad funcionaria del actor, a raíz de sus reiteradas ausencias a la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada en los meses de enero: del 1 al 4, del 6 al 21 y del 23 al 31; febrero: del 1 al 4 y del 6 al 26, y 28; marzo: del 1 al 9 y del 11 al 31; abril: del 1 al 20 y del 22 al 30, mayo: del 1 al 7, el 9 y del 11 al 31); junio: del 1 al 10 y del 12 al 30, todos del año 2016. Por tanto, se proceden a formular cargos consignados en el artículo 61 del Estatuto Administrativo: *“Serán obligaciones de cada funcionario: a) Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación; b) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan; c) Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución; g) Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”*. De este modo, fue decisorio para instruir el referido sumario considerar la obstinada conducta de Fernández Palma referente al uso de los permisos gremiales, que no solo dicen relación con su extensa ausencia laboral sin causa justificada, abusando de su calidad de dirigente gremial, sino también con la infracción reiterada de la normativa que regula las autorizaciones y permisos de los dirigentes gremiales, incumpliendo el principio de probidad administrativa.

**Permisos gremiales.** Si bien se exige a los dirigentes gremiales, para gozar de la prerrogativa establecida en el artículo 31 Ley 19.296, el dar aviso oportuno a la autoridad, sin que la ley establezca la forma en que éste deba efectuarse, lo cierto es que el Dictamen N°28.232, 1 de septiembre de 1997, de la Contraloría General de la República, precisó que cuando la ley no ha establecido de qué manera debe comunicarse a las autoridades del servicio el uso del permiso para atender labores gremiales, lo que corresponde es que el aviso sea oportuno. Lo anterior se ve reforzado por el Oficio Circular N°166 emitido por la autoridad del Servicio con fecha 2 de septiembre de 2010, que viene a precisar la forma en que deben solicitarse los permisos gremiales. Respecto de los permisos señalados en el artículo 32 de la Ley 19.296 se dispone: *“Habrá derecho a los siguientes permisos adicionales a los señalados en el artículo anterior: a) Los directores de asociaciones, con acuerdo de la asamblea respectiva, adoptado en conformidad con sus estatutos, podrán, conservando su empleo, excusarse de su obligación de prestar servicios por la jornada*





completa o por media jornada, en la repartición donde se desempeñaren, siempre que ello ocurriere por un lapso no inferior a seis meses y hasta la totalidad del tiempo que durare su mandato. b) Los dirigentes también podrán, en conformidad con los estatutos de la asociación, hacer uso hasta de cinco días hábiles de permiso en el año calendario, a fin de realizar actividades que fueren necesarias o estimaren indispensables para el cumplimiento de sus funciones de dirigentes o para el perfeccionamiento en su calidad de tales. En los casos señalados en las letras precedentes, los directores de la asociación comunicarán, por escrito, a la jefatura superior de la respectiva repartición, con diez días de anticipación, a lo menos, la circunstancia de que harán uso de estas franquicias". En el Oficio Circular N°92, de 5 de abril de 2012, emitido por el Director Nacional, se indica: "Así, debe existir un mínimo de control, como es el aviso previo de hacer uso del permiso, de lo contrario el dirigente quedaría expuesto a los descuentos de sumas de dineros de sus remuneraciones por reiterados atrasos o ausencias, conforme al Artículo 72 del estatuto Administrativo". También lo establece el Oficio Circular N°446, de 18 de diciembre de 2015, emitido por la máxima Autoridad, que señala "el tiempo de los permisos semanales será acumulable por cada director dentro del mes calendario correspondiente y cada director podrá ceder a uno o más de los restantes la totalidad o parte del tiempo que le correspondiere, previo aviso escrito a la jefatura superior de la respectiva repartición" ... "los dirigentes también podrán, en conformidad con los estatutos de la asociación, hacer uso de hasta cinco días hábiles de permiso en el año calendario, a fin de realizar actividades que fueren necesarias o estimaren indispensables para el cumplimiento de sus funciones de dirigentes o para el perfeccionamiento en su calidad de tales". En Oficio Circular N°107, del 7 de marzo de 2006, del Director Regional del Biobío, se exige que los permisos ya sean de 11 o de 22 horas, según se trate de Directores Nacionales, Regionales o Provinciales, deben solicitarse con previo aviso escrito y con la prudente y debida antelación al Jefe del Establecimiento, disposición armónica con la Resolución Exenta N°7.348, de 19 de agosto de 2016, de la Dirección Nacional, que reitera instrucciones, ordena su cumplimiento taxativo para hacer uso de los permisos gremiales y señala reglas básicas para su adecuado ejercicio. Además, la Resolución Exenta N°7.348, no hace sino replicar las indicaciones de la Circular N°446 de 2015, acerca del uso de los permisos gremiales y establece en su punto N°3 "se debe dar aviso a la autoridad competente, efectuando la comunicación explícita para hacer uso de este beneficio, lo que debe ejecutarse con la debida antelación". El inculpado incumplió, en su calidad de dirigente, la obligación de dar aviso a la autoridad competente con la debida antelación, comprobándose por medio de la Nómina de Dirigentes Gremiales del Biobío, que no obstante ostentar el sumariado el cargo de Presidente de la Asociación Gendarmes de Chile y por ende, gozar de ciertas prerrogativas, como lo es el fuero gremial, que la utilización de este beneficio no



se realizó como en derecho corresponde, procediéndose a establecer su responsabilidad de carácter administrativa. Y como consecuencia de ese sumario se decide, por la autoridad competente, aplicar al actor la medida de destitución.

**Instrucciones.** Las citadas instrucciones, fueron impartidas con anterioridad a la ocurrencia de las ausencias injustificadas, no puede el inculpado pretender negar su conocimiento. Si bien la Resolución Exenta N°7.348, que imparte instrucciones referidas a los permisos gremiales, es de fecha posterior a las ausencias injustificadas, también lo es el hecho que esta Resolución reitera instrucciones y ordena el cumplimiento taxativo para hacer uso de los permisos de carácter gremial, replicando las indicaciones contenidas en el Oficio Circular N° 446, del año 2015, de modo que no es posible el desconocimiento que alude el denunciante. Solo justificó 11 días de octubre y 6 de noviembre, del total de los días que no prestó funciones. En consecuencia, no es posible calificar la medida de destitución como desproporcionada o arbitraria. Lo primero pues evidentemente la decisión de la autoridad máxima de Gendarmería de Chile se ha tomado en consideración de la actuación del actor, quien a pesar de formular sus descargos, en ellos sólo pudo acreditar ciertos permisos en octubre y noviembre de 2016, quedando de manifiesto sus ausencias injustificadas de enero a noviembre de 2016 por los días restantes. La decisión ha sido fundada, existe razón suficiente para decidir la destitución del actor y la medida de ninguna manera puede ser considerada arbitraria o discriminatoria. Gendarmería de Chile mantiene una política institucional de la mayor seriedad, exigencia y control en relación con las conductas vinculadas al uso de permisos gremiales de sus funcionarios, tanto durante el desarrollo de sus actividades funcionarias como fuera de ella. La institución insta porque sus funcionarios mantengan una conducta funcionaria intachable en el ejercicio formal del cargo. De ello se da cuenta en una serie de normativa que regula el uso de permisos gremiales, circulares y oficios emitidos por la autoridad de Gendarmería, como por ejemplo artículo 31 Ley 19.296, Dictámenes de la Contraloría General de la República N°28.232, 1 de septiembre de 1997, N° 43.894 de 2011, N° 6.621 año 2015; Oficio Circular N°166; Oficio Circular N°92, de 5 de abril de 2012; Oficio Circular N°446, de 18 de diciembre de 2015; Oficio Circular N° 107, del 07 de marzo de 2006; todos del Director Nacional de Gendarmería de Chile; Resolución Exenta N°7.348, de 19 de agosto de 2016, entre otras. Con posterioridad al inicio del sumario, se iniciaron nuevos sumarios contra el actor por los mismos motivos mediante las Resoluciones Exentas N°2716 de 29 de mayo de 2017; N° 3713 de 7 de noviembre de 2018 y N°3542 de 23 de octubre de 2018, todas fundadas en nuevos hechos de la misma índole. Conforme a lo anterior, es improcedente la alegación en orden a desconocer, tanto de las jefaturas como los dirigentes gremiales, la forma en que debían hacer uso de los permisos gremiales regulados en el artículo 31 de la ley 19.926, toda vez que si bien es cierto el citado artículo no lo señala expresamente, la normativa



citada es clara en lo que se refiere al ejercicio de la prerrogativa. Resulta poco creíble ese argumento considerando que el actor llevaba más de 12 años en la institución y más de 5 años como dirigente gremial, de manera que resulta inconcebible que una persona elegida para defender los derechos de sus colegas, argumente desconocimiento de la ley como causa para incumplir sus obligaciones, considerando además que en sus comunicaciones se refiere a sí mismo como habilitado en derecho; y por último, a su calidad de funcionario público, y que por tal, se encuentra regido por el Principio de inexcusabilidad.

**Destitución.** No puede estimarse que la sanción, como resultado de la investigación efectuada por el servicio, sea arbitraria o ilegal. Al contrario, la destitución corresponde a la única medida disciplinaria aplicable en las circunstancias narradas, medida impuesta en conformidad al mandato legal establecido en el artículo 125 del Estatuto Administrativo *“La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos : a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada”*. La medida disciplinaria de destitución es de tal magnitud, que el legislador permite su aplicación únicamente en los casos que expresamente la ley lo indica. Así lo dispone el inciso 6° del artículo 126 del citado estatuto: *“Como resultado de una investigación sumaria no podrá aplicarse la sanción de destitución, sin perjuicio de los casos contemplados en el presente Estatuto”*, cita además jurisprudencia administrativa, dictamen N°5.212, de 2009 y N°58.935, de 2011, de la Contraloría General de la República. En consecuencia, se constata que la sanción aplicada, cumple con la proporcionalidad debida en los hechos acreditados y el imperativo de la norma estatutaria, ya que se condice con la hipótesis normativa establecida en la letra a) del artículo 125 de la Ley 18.834 y, por tanto, es obligatorio para el Director Nacional la aplicación de la medida disciplinaria expulsiva, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la Contraloría General de la República (dictamen N° 47.561 del 6 de octubre del 2006).

**Irregularidades.** Tampoco es efectiva la falta de foliación del sumario, con letras y números, conforme al artículo 129 del Estatuto Administrativo, toda vez que, siendo revisado el expediente, consta que posee las formalidades que la norma estatutaria prescribe. Sin embargo y a pesar de ello, la inobservancia de una correcta foliación, es un vicio que según el órgano contralor, no invalida lo obrado en él. Tampoco es efectiva la afirmación en orden a que la destitución no ha producido efectos jurídicos por haberse omitido el trámite ratificación establecido en el artículo 25 de la Ley 19.296 relativo a la destitución de un gremial. La Contraloría General de la República se encuentra habilitada para ratificar las medidas disciplinarias de destitución que se impusieron a los dirigentes de las aludidas asociaciones de funcionarios, como un mecanismo de protección que el legislador le da al afectado frente a la Administración. Así pues, el análisis de legalidad del



procedimiento y de la resolución expulsiva pertinente, Contraloría General, debe dar lugar a dicha ratificación, si de ese examen se advierte que el acto sancionatorio se ajusta a derecho, situación que ocurrió efectivamente en la especie. Contraloría General estudió toda la documentación allegada, concluyendo que el proceso había sido tramitado con sujeción a la normativa legal pertinente que contempla la ley 18.834, encontrándose plenamente acreditada la falta atribuida al recurrente al tenor de los testimonios y documentación insertos en el expediente sumarial, lo cual ameritaba destituirlo de su cargo, atendida la gravedad de su actuación, reflejada en los cargos que se le formularon, constitutivos de una infracción grave al principio de probidad administrativa. Por su parte, en lo relativo al examen preventivo de juridicidad, este trámite constituye un pronunciamiento que emite este Organismo de Control en forma exclusiva y excluyente, respecto de la adecuación o conformidad al ordenamiento jurídico vigente de los decretos o resoluciones afectos a tal control de legalidad y constitucionalidad, el cual no es susceptible de ser impugnado por la vía judicial. Por consiguiente, no existe vicio en el sumario administrativo, por lo que debe descartarse que pueda existir allí alguna vulneración de sus derechos. El sumario ha sido legalmente tramitado, cumplió con todas sus etapas procesales y se gestionó con total apego a normas de procedimiento establecidas. Tanto es así, que el actor realizó sus respectivos descargos, interpuso recursos de Reposición y Apelación, demostrándose así que se cumplió con las etapas del sumario y que el debido proceso fue plenamente respetado. El Recurso de Apelación fue conocido y resuelto por el superior jerárquico del Director Nacional de Gendarmería –Ministerio de Justicia–. La atribución del Director Nacional se ejerce tomando en cuenta todos los antecedentes del caso, y es justamente por ello que se decidió la destitución del demandante.

**Discriminación.** El actor relata una supuesta discriminación en relación con otros dirigentes gremiales, al exigírsele únicamente a su persona el control de los permisos, exigencia que no debían cumplir el resto de los dirigentes quienes no registraban su asistencia. No podría prosperar por esta vía su denuncia, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, en relación con el artículo 2º del mismo cuerpo legal, los actos de discriminación cubiertos por este procedimiento cautelar aluden a otro tipo de discriminación, no a los hechos referidos por el actor, según se desprende del artículo 2 inciso 2º del Código del Trabajo, que enumera y explica el contenido de los actos de discriminación amparados y protegidos por el legislador laboral, pero no existe ni puede configurarse vulneración a la garantía de la no discriminación, si la acción no invoca alguna distinción que tenga como causa motivos de raza, color, creencias, u opinión política por ejemplo, es decir, alguno de los motivos o causas de discriminación que señala la norma. Para ello resulta necesario configurar y acreditar, a lo menos indiciariamente, un acto discriminatorio del artículo 2 del Código del Trabajo, especificando cada uno de sus



elementos, ya que estos no se configuran con la mera diferencia de trato laboral sino que con la concurrencia de tres elementos necesarios y suficientes, como lo son: Un trato diferenciado entre iguales; Que se funde en un criterio sospechoso o prohibido y Que sea reprochable jurídicamente cuando no exista una justificación razonable que legitime esa diferencia. En este caso no se observa una acción discriminatoria, que se traduzca en una exclusión o preferencia basada en las actuaciones del actor y que anule o altere la igualdad de oportunidades y trato en el empleo, atendiendo a motivaciones que nada han tenido que ver con su desempeño profesional. Precisamente, es su desempeño laboral lo que justifica las acciones adoptadas por la institución. Es decir, la acción entablada por el denunciante no reúne ninguno de los elementos necesarios para que se configure el acto discriminatorio denunciado. Por consiguiente, la eventual discriminación alegada por el denunciante no se encuentra resguardada bajo la cobertura del catálogo de derechos amparados por la presente acción cautelar toda vez que no puede explicarse el acto vulneratorio que el denunciante alega si la distinción que alude no dice relación con su calidad de dirigente gremial ya que él mismo realiza una comparación con otros dirigentes gremiales sin explicar cuál sería el elemento de distinción en virtud del cual únicamente a él se le trata de manera diferente, siendo todos dirigentes gremiales. En este contexto, resulta importante recordar que el artículo 493 del Código del Trabajo, traslada el peso de la prueba al denunciado en la medida que se han acreditado indicios de vulneración. No es jurídicamente posible que, en contra de lo que dispone el artículo 493 del Código del Trabajo, sea su parte quien deba acreditar o explicar el motivo por el cual el denunciante afirma que al resto de los dirigentes gremiales no se le exige cumplir con sus obligaciones como cualquier funcionario público. Para concretar ese traslado de carga probatoria, el actor al menos debe no sólo aportar, sino que acreditar los indicios. Por lo demás en ningún caso puede ser considerado un indicio el hecho que se le exija el cumplimiento de sus obligaciones como funcionario público.

**Indemnidad.** En el juicio laboral Rit T-191-2016, la audiencia en la que indica haber prestado declaración, se llevó a efecto el 6 de enero de 2017, es decir, con posterioridad a la emisión de la resolución N°5517, de 23 de noviembre de 2016, que instruyó el sumario administrativo en su contra, de tal manera que todas sus declaraciones en juicio son posteriores al conocimiento que ya tenía el demandante respecto del sumario instruido en su contra. No obstante, el proceso sumarial se originó por la denuncia efectuada por el Jefe del Régimen Interno del C.C.P. del Biobío, mediante la Minuta Informativa N° 529, de 14 de septiembre de 2016, donde da cuenta de la extensa ausencia laboral del demandante. El proceso sumarial no guarda relación con la causa laboral que el demandante forzosamente quiere vincular con su destitución, toda vez que al día 14 de septiembre del año 2016, la referida demanda aún no había sido presentada. Tampoco se da la situación regulada en el inciso 3° artículo 485 del Código del Trabajo, que exige como



elemento que la represalia sea consecuencia directa de las acciones ejercidas por el denunciante. En otras palabras, debe existir una conexión temporal entre la denuncia y el hecho del despido, hipótesis que no se configura.

**Integridad psíquica y daño a la honra.** La decisión de la autoridad es consecuencia del actuar del propio actor. Así, no puede aceptarse que se pretenda imputar el carácter de vulneratoria de los derechos consagrados en el artículo 19 N°1 y N°4 de la Constitución a una decisión administrativa que responde a una conducta grave reconocida del actor, debiendo rechazarse la denuncia en todas sus partes.

**Daño moral.** Alega la improcedencia de la indemnización por daño moral en una acción de tutela. El actor no ha explicado en qué habría consistido el perjuicio extrapatrimonial que reclama, se limita a exponer que ha sufrido un mal estado anímico en su ámbito familiar. No expone cual es el daño extrapatrimonial eventualmente sufrido, sin explicar cómo ni por qué se vulneran derechos morales. Al tratarse de un daño no fundado, no cabe ser indemnizado. Además, la indemnización por daño moral no procede en sede laboral en atención a que el legislador, artículo 489 del Código del Trabajo, ha contemplado expresamente los resarcimientos específicos que son consecuencia de actos que afecten los derechos y garantías fundamentales de los trabajadores en el marco de un proceso de tutela de derechos laborales. La norma no incluye una indemnización por daño moral, en los términos que plantea el demandante. Por otro lado, la indemnización solicitada es una de naturaleza civil, que evidentemente no puede ser conocida en sede laboral. El artículo 487 del Código del Trabajo, dispone que *“Este procedimiento queda limitado a la tutela de derechos fundamentales a que se refiere el artículo 485. No cabe, en consecuencia, su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos”*, por lo que no procede acumular a la presente acción de tutela laboral una acción de indemnización de perjuicios por daño moral, propia de un procedimiento civil destinado para ese efecto.

**Lucro cesante.** Es improcedente la indemnización por este concepto en una acción de tutela. Esta indemnización es ajena a la regulación que al efecto disponen los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo por cuanto lo que aquí ha acaecido es un acto terminal, dictado conforme la normativa aplicable que dispuso la destitución del actor por la dictación de la Resolución Exenta RA N°195 de fecha 7 de noviembre de 2019, del Director Nacional de Gendarmería, la cual fue debidamente notificada, circunstancias que se tuvo a la vista en su momento y respecto de las cuales se ha formulado no solo la dictación de los actos administrativos respectivos sino que además se formularon alegaciones en la sede respectiva por parte del actor en la oportunidad que ello resultaba pertinente. El lucro cesante, entendido por la doctrina y jurisprudencia como aquellos beneficios pecuniarios, utilidades o rentas que un individuo ha dejado de percibir como



consecuencia directa del acaecimiento de un hecho lesivo e imputable a un tercero, tiene una naturaleza indiscutiblemente patrimonial. Como todo daño, para que sea resarcible se requiere la demostración plena de su certidumbre, de manera que para su procedencia es necesario acreditar que el denunciante ha quedado imposibilitado para desempeñarse en cualquier oficio remunerativo. Aunque Gendarmería haya dejado de constituir su fuente laboral, de ello no se sigue necesariamente la ausencia de rentabilidad por concepto de cesantía, es decir, no es cierto que exista privación alguna de sus oportunidades laborales y menos aún que la “supuesta rentabilidad que indica haber dejado de percibir” se encuentre incorporada a su patrimonio, que de no haber mediado el hecho reputado como lesivo lo habría percibido efectivamente. Solo se le ha vedado la posibilidad de seguir formando parte de Gendarmería de Chile, en razón de haber sido destituido como corolario de un sumario legalmente tramitado, pero ello no le impide desarrollarse laboralmente en otras actividades, por lo que la pretensión de vulneración cae totalmente en esta parte. Por lo demás se ha puesto término a sus funciones en la manera contemplada en la ley por lo que no existe infracción en su destitución. Cita fallo de la Excelentísima Corte Suprema de 16 de octubre de 2012, causa rol 11.675-2011.

**Fuero gremial.** Es improcedente en una acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales. Si bien de acuerdo a la Ley 19.296 se reconoce a los funcionarios públicos la posibilidad de organizarse y constituir asociaciones de funcionarios, en la especie el nombramiento del actor fue dejado sin efecto a través del procedimiento administrativo, existiendo un acto terminal, dictado conforme a la normativa aplicable que dispuso su destitución por la dictación de la Resolución Exenta RA N°195 de 7 de noviembre de 2019 y, en este orden ideas, es absolutamente procedente la aplicación del artículo 25 de la citada ley que dispone: *“Los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República.* Sin perjuicio, esta indemnización no puede ser solicitada en el contexto de una denuncia de tutela laboral. Así lo señala expresamente el artículo 487 del Código del Trabajo, ya transcrito. Por lo demás, constituiría un enriquecimiento sin causa al demandar igual periodo de prestaciones por distintos conceptos, es decir fuero gremial y lucro cesante a la vez.

**Costas e indemnizaciones.** Dicha petición, atendido los fundamentos dados, fundamentalmente en cuanto a la no aplicación del régimen laboral a los funcionarios públicos, es improcedente y debe ser desestimada en su totalidad. Resulta también improcedente la condena en costas y demás prestaciones solicitadas, por cuanto los actos





desarrollados constituyen el ejercicio de las facultades que la ley otorga a la demandada y por tanto, excluye la posibilidad de condena en costas por el uso de dicha atribución.

**Termina solicitando**, en razón de lo expuesto, y lo dispuesto en las normas legales citadas, artículo 452 y siguientes, y artículo 485 del Código del Trabajo, rechazar la denuncia de tutela laboral en todas y cada una de sus partes, con costas.

**TERCERO: Controversia.** Que resultó controversial entre las partes la competencia del tribunal para conocer la acción deducida considerando la finalidad que persigue el denunciante con la misma; el estar legitimado el actor para deducir la acción de tutela y la demandada para ser sujeto pasivo de ella; el haber incurrido la demandada en la vulneración de las garantías contenidas en los artículos 19 N°1, esto es, integridad psíquica, N°4 derecho a la honra, artículo 2 del Código del Trabajo, no discriminación y vulneración de la garantía de indemnidad; el ser procedente el pago de indemnizaciones por daño moral, en su caso, el daño y sufrimiento que afectó al actor y que sea consecuencia de la conducta de la demandada, así como el monto del mismo; ser procedente la indemnización por lucro cesante y el monto de dicha indemnización; la existencia de deuda de feriado y por remuneraciones de diciembre de 2019, finalmente el ser o no procedente el pago de una compensación por fuero gremial.

#### **Pruebas**

**CUARTO:** Que, para acreditar sus aseveraciones el denunciante rindió durante la audiencia de juicio las siguientes pruebas, cuyo análisis se realizará durante el decurso de este fallo:

A. **Documental**, legalmente incorporada al juicio mediante su lectura extractada, consistente en copia de la **resolución exenta N°5.517** de 23/11/2016, Gendarmería, dispone la instrucción de sumario en contra del demandante; copia de la **resolución exenta N°5.053** de 19/06/2017, aplica medida disciplinaria; copia de la **resolución exenta N°1.670** de 21/08/2019 emanada del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; copia de **acta de formulación de cargos** de responsabilidad administrativa de 28/12/2016 Gendarmería; copia de **escrito de descargos** de 16/05/2017; copia de la **resolución trámite N°195** de 7/11/2019, Gendarmería que dispone la destitución del actor; copia de los **oficios N°08.01.11 465/2016** de 28/11/2016, **N°08.01.11. 271/16** de 6/09/2016 y **N°08.01.11. 5339/2016** de 15/09/2016, todos de Gendarmería; copia **providencia interna N°08.01.11. 1935/2016** de 13/09/2016, Gendarmería; copias **resolución exenta N°7.348** de 19/08/2016, Gendarmería; copias **oficio N°08.01.11 5.360/16** de 15/09/2016, Gendarmería; copias **oficio N°08.00.00 107/006** de 7/03/2006, Gendarmería; **Certificado de vigencia del fuero sindical N°1301/2019/16164**, emanado de la Dirección del Trabajo; **Calificación** periodo 2018-2019; Copia **liquidaciones de sueldo** de enero a noviembre de 2019; Copia del **informe final de**

**auditoría** N°769 de 6/01/2017 de la Contraloría General de la República; Copia de **correos electrónicos** de 3, 10, 14, 16, 24, 30, de enero; 7, 13, 21, 27, de febrero; 5, 13, 19, 27 de marzo; 2, 9, 16, 23, 30 de abril, y 29 de mayo, todos del año 2016 cuyo remitente es el actor; copias de **dictámenes** N°14.208 de 16/04/2002, N°19.488 de 2/04/2013 y N°28.232 de 1/09/1997, todos de la Contraloría General de la República; copia de la **certificación de las búsquedas** efectuadas al denunciante por la oficial Angélica Briones Castillo.

- B. **Testimonial**, consistente en las declaraciones de Viviana Magdalena Haydée Monsalve Ramírez, cédula de identidad número 12.550.391-8, Rodolfo Alexis Flores Cisternas, cédula de identidad número 13.619.446-1 y Jaime Anticoy Caro cédula de identidad número 14.220.970-5, quienes legalmente juramentados, apercebidos y examinados, contestaron, vía remota, las preguntas formuladas por los apoderados de las partes de lo que quedó registro en el sistema auditivo.
- C. **Pericial**. Realizó pericia psicológica al demandante para establecer posibles daños sufridos, con ocasión del término de la relación, evacuando el informe y prestando declaración en estrados, vía remota, la psicóloga María Fernanda Santander Hernández, de lo que quedó registro en el sistema auditivo.
- D. **Causa a la vista**. Se tuvieron a la vista causas RIT T-191-2016, T-40-2017 y T-37-2018, incorporándose a la audiencia solo las respectivas actas de audiencia preparatoria; además se tuvo a la vista documentos consistentes en libelo de recurso de protección presentados en causas ROL 557-2015 y 3118-2014, ingresados ante la Il. Corte de Apelaciones de Concepción.

**QUINTO:** Que, para acreditar sus aseveraciones la demandada rindió la siguiente probanza, cuyo análisis se realizará durante el decurso de este fallo:

- A. **Documental**, legalmente incorporada al juicio mediante su lectura extractada, consistente en copia de **sumario administrativo** emitido por fiscalía administrativa de Gendarmería de Chile, que consta de 241 fojas útiles; **Ordinario N° 2348/2017** de 10 de mayo de 2017 mat: informa y remite evolución de expediente disciplinario que indica; **Resolución exenta N° 5053** de 19 de junio de 2017, se pronuncia sobre recurso de Apelación en sumario administrativo que indica; **Resolución exenta N°1670** de 21 de agosto de 2019, se pronuncia sobre recurso de Apelación en sumario administrativo que indica; **Resolución N°195** que aplica medida disciplinaria en sumario administrativo instruido por resolución exenta N°5517 de 23 de noviembre de 2016 de la Dirección Nacional de Biobío de Gendarmería de Chile; **Minuta N° 91/2020** que indica la fecha de toma de razón de la Resolución N°195 y copia de la misma debidamente estampada con timbre de la Contraloría General de la República; **Oficio N° 92** de 5 de abril de 2012 emitido por el Director Nacional de Gendarmería, Mat: Reitera instrucciones acerca de



permisos de los directores de las asociaciones de funcionarios; **Oficio N°166** de 02 de septiembre de 2010 mat: instruye acerca de permisos de los directores de las asociaciones de funcionarios; **Resoluciones Exentas N°3.542** de 23 de octubre de 2018, **N°3.713**, de 7 de noviembre de 2018 y **N°2.716**, de 29 de mayo de 2017 que disponen la instrucción de sumarios administrativos contra el demandante y designan fiscales para su instrucción.

- B. Testimonial**, consistente en las declaraciones de Néstor Alejandro Flores Anabalón cédula de identidad número 13.601.459-5, Rubén Leonardo Pérez Riquelme, cédula de identidad número 12.321.241-k y Leonardo Jesús Neira Ríos, cédula de identidad número 13.137.691-k, los que legalmente juramentados, apercibidos y examinados, contestaron, vía remota, las preguntas formuladas por los apoderados de las partes y el juzgador, de lo que quedó registro auditivo.
- C. Confesional**. Citado a estrados el denunciante José Orlando Fernández Palma, cédula de identidad número 15.529.192-3, absuelve, en plataforma remota, las preguntas formuladas, de todo lo cual quedó registro en el soporte auditivo de la causa.
- D. Oficios**. Se incorpora respuesta de oficio enviado a la **Oficina de Responsabilidad de Gendarmería** que informa respecto de los hechos que dieron lugar a la dictación de las resoluciones N°3.542 de 23 de octubre de 2018, N°3.713, de 7 de noviembre de 2018 y N°2.716 de 29 de mayo de 2017 que disponen la instrucción de sumario administrativo respecto del demandante; y a **Gendarmería de Chile**, que remite las liquidaciones de remuneración del actor correspondientes al año 2016.

### **Incompetencia**

**SEXTO:** Que, en subsidio de la excepción de incompetencia del tribunal relacionada con la calidad de funcionario público del actor, y que fuera rechazada en audiencia de preparación de juicio, se interpuso excepción de incompetencia absoluta del tribunal en relación a la materia, fundado en que la verdadera intención del demandante es atacar el mérito de una decisión tomada por la autoridad superior de Gendarmería de Chile, en el legítimo ejercicio de sus atribuciones legales y por esa vía, la validez de un acto administrativo, según exposición que se realizó precedentemente en este fallo que se da por reproducida.

**SÉPTIMO:** Que el apoderado del demandante al evacuar oralmente el traslado manifestó, que al interponer la demanda existe una clara prevención sobre el mérito de lo discutido. Afirma que no pretende entrar a la discusión de fondo, sino a aspectos formales que determinaron su destitución. Señala que el actor fue dirigente sindical sin embargo, el oficio que se envió a Contraloría General de la República para toma de razón, no hizo mención de esa calidad. Por ello Contraloría General de la República tomó razón de la medida de destitución, pero no de su desafuero. Por otro lado, no se han cumplido

respecto de la tramitación misma del sumario, tanto en las notificaciones de las resoluciones del mismo y en los informes, así como en la toma de razón de Contraloría General de la República las formas necesarias, siendo esto lo atacado. En consecuencia, no es efectivo que sus alegaciones se refieran al fondo de la destitución, sino a estos aspectos formales.

**OCTAVO:** Que, de acuerdo a lo señalado por el demandante al evacuar el traslado y sin perjuicio de lo que pudiera desprenderse de las alegaciones contenidas en su libelo de demanda, al no haberse ejercido acciones tendientes a cuestionar el mérito de lo resuelto por la autoridad administrativa o por el ente contralor, actos administrativos válidos y vigentes, la discusión sobre competencia de este tribunal pierde sustento, pues las partes están de acuerdo en que este tribunal carece de atribuciones para pronunciarse sobre el mérito de la decisión tomada por la autoridad superior de Gendarmería de Chile, en legítimo ejercicio de sus atribuciones legales o para resolver sobre la validez del acto administrativo.

**NOVENO:** Que, ante ello, procede el rechazo de la excepción de incompetencia absoluta, porque, sin perjuicio de ser efectivas las alegaciones de la denunciada, no se ha solicitado a este tribunal la revisión de un acto de la administración, ni tampoco se hará aquello durante el curso de este fallo, como se verá.

**Falta de legitimación.**

**DÉCIMO:** Que, en subsidio de las excepciones de incompetencia, la denunciada opuso excepción de falta de legitimación activa del actor y pasiva del ente estatal, para ejercer y ser sujeto de la acción de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales, respectivamente, al encontrarse limitada esta acción laboral para quienes tienen la calidad de empleador y trabajador según las definiciones que el Código del Trabajo entrega, categoría que no ostentan las partes de este proceso.

**UNDÉCIMO:** Que, la discusión planteada por la denunciada ha perdido vigencia desde la dictación de la ley 21.280, sobre el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela, publicada el 9 de noviembre de 2020, que en su artículo 1 declara interpretado el artículo 485 del Código del Trabajo disponiendo que *“Las normas de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, contenidas en el Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V de dicho cuerpo normativo, son aplicables a todos los trabajadores, incluidos aquellos a los que hace referencia el inciso segundo del artículo 1° del Código del Trabajo, en virtud de lo dispuesto en los incisos primero y tercero de ese mismo artículo. También serán aplicables a los trabajadores que se desempeñen en los órganos señalados en los Capítulos VII, VIII, IX, X y XIII de la Constitución Política de la República y a aquellos que sus propias leyes declaren como autónomos”*. No existiendo controversia que el actor fue funcionario público dependiente de la Dirección Regional del Biobío de

Gendarmería de Chile y ésta a su vez dependiente del Ministerio de Justicia, le resultan aplicables las normas que sobre tutela laboral regula el Código del Trabajo, siendo las partes legitimadas activa y pasivamente para ser titular de la acción y sujeto pasivo de ella, respectivamente.

**DUODÉCIMO:** Que, conforme a lo anterior, y aun cuando las partes no se relacionaron en virtud de un contrato de trabajo, ni sus respectivas calidades pueden ser calificadas de empleador y trabajador en los términos definidos en las letras a) y b) del artículo 3 del Código del Trabajo, respectivamente, las normas en que se funda la acción, artículos 485 inciso 3º y 489 del Código del Trabajo, resultan aplicables al actor, pudiendo en consecuencia ejercer esta acción en sede laboral contra el ente público. En mérito de lo señalado, procede el rechazo de las excepciones de falta de legitimación activa del demandante y pasiva de la demandada.

#### **Análisis y resolución**

**DÉCIMO TERCERO: Hechos acreditados.** Que, de acuerdo a lo actuado durante el proceso y las pruebas que se rinden, además de lo alegado por las partes en sus respectivos escritos principales, es posible establecer los siguientes hechos:

1. El demandante fue funcionario de planta de Gendarmería de Chile desde 2006, en el cargo de vigilante e ingresó a prestar servicios en 2014 en el Centro de Cumplimiento Penitenciario del Biobío, en funciones en la guardia interna, como funcionario de módulo. Este hecho fue reconocido por el actor en su demanda, no cuestionado por la denunciada al contestar y ratificado por los testigos que depusieron en estrados, consta asimismo de la ficha del funcionario que se adjuntó al sumario administrativo seguido en su contra.
2. El demandante el 5 de diciembre de 2014 adquiere la calidad de dirigente gremial de la Asociación de Gendarmes de Concepción-Chile (AGECH), en el cargo de Presidente Provincial, lo que consta del certificado N°1301/219/16164 dela Jefa de División de relaciones laborales de la Dirección del Trabajo que se presentó al proceso.
3. El 14 de septiembre de 2016, el Jefe del Régimen Interno del Centro de Cumplimiento Penitenciario del Biobío, informa al Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario Biobío la ausencia laboral del demandante, indicando que no se tiene conocimiento de la situación del funcionario, detallando la cantidad de días que ha trabajado entre enero y junio de 2016 (9 días), el informe se incorporó al pleito.
4. En Minuta Informativa N°529, de 14 de septiembre de 2016 se consigna que durante el periodo enero a junio de 2016 el denunciante trabajó 9 días. El Ord N°08.00.00/2348/17 de 10 de mayo de 2017, suscrito por el Director Regional de

Gendarmería, detalla los días de ausencia, constatando que entre enero y noviembre de 2016, existen 272 días de ausencia y 20 justificados por medio de correos electrónicos.

5. Por medio de resolución N°5517 de 23 de noviembre de 2016 de la Dirección Regional de Gendarmería de Chile, Región del Biobío ordena instruir sumario administrativo contra el actor a fin de establecer y hacer efectiva su eventual responsabilidad funcionaria derivadas de sus ausencias de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada en el transcurso de 2016, en particular, en los meses de enero: del 1 al 4, del 6 al 21 y del 23 al 31; febrero: del 1 al 4, del 6 al 26 y 28; marzo: del 1 al 9 y del 11 al 31; abril: del 1 al 20 y del 22 al 30, mayo: del 1 al 7, el 9 y del 11 al 31; junio: del 1 al 10 y del 12 al 30, todos del año 2016. Se designó fiscal al Capitan de Dotación del Complejo Penitenciario de Concepción José Felipe Ortega Maureira. (Resolución aludida se aportó al pleito).
6. El 28 de diciembre de 2016, la fiscalía administrativa, formula cargos al demandante por infringir el artículo 61 del DFL 29 que fija texto de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo en sus letras *a) Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación; b) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan; c) Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución; g) Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado y f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico.* Se le concede el plazo de 5 días para formular sus descargos los que fueron evacuados. (Copia de la formulación de cargos y los descargos del actor, se aportaron al pleito).
7. El 19 de junio de 2017 se dicta Resolución Exenta N°5053 por la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile, que aplica la medida disciplinaria de destitución al demandante, contemplada en el artículo 121 letra d) del Estatuto Administrativo, por la responsabilidad administrativa que le asistió al ausentarse injustificadamente del servicio, por más de tres días consecutivos en el año 2016 a saber: enero: del 1 al 4, 6 al 21, del 23 al 31; febrero: del 1 al 4, del 6 al 26 y 28; marzo: del 1 al 9 y del 11 al 31; abril: del 1 al 20 y del 22 al 30, mayo: del 1 al 7, superando con creces el supuesto normativo establecido en la letra a) del artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley 29 de 2005 del Ministerio de Hacienda que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo.



(Resolución se aportó al pleito).

8. El actor presentó recurso de reposición con apelación subsidiaria en contra del resolución señalada precedentemente, el primero se rechazó por Resolución exenta 4393 de 26 de julio de 2018 y el segundo por resolución exenta N°1670 de 21 de agosto de 2019 dictada por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos (resolución incorporada).
9. El 7 de noviembre de 2019, por resolución trámite N°195 dictada ese día, se aplica al actor la medida disciplinaria de destitución por la responsabilidad administrativa que le asiste en los hechos descritos en sumario administrativo instruido por resolución exenta N° 5.517 de 23 de noviembre de 2016, por haber infringido el artículo 61 letra a), b), c), g) y f) y cumplirse el supuesto del artículo 125 letra a) del Estatuto Administrativo. El 20 de diciembre de 2019, por carta certificada se notifica al actor la resolución. (Resolución aportada al pleito. La fecha de notificación la reconoce el actor al demandar).
10. El 21 de noviembre de 2019 Contraloría General de la República toma razón de la Resolución Trámite 195 de 7 de noviembre de 2019 que aplica al actor la medida de destitución (consta la misma resolución N°195 que se remitió al órgano revisor bajo un timbre de aquella institución y además se consigna en la minuta N°91/2020 que remite la encargada Oficina de responsabilidad funcionaria al Director Regional del Biobío, ambas incorporadas al pleito)
11. Por Ord 14.00.00.225/20 de 1 de febrero de 2020, el Director Nacional de Gendarmería informa a Contraloría General de la República del cese de funciones del actor (ordinario incorporado)
12. Por resoluciones exentas N°2716/2017 de 29 de mayo de 2017, N°3542/2018 de 23 de octubre de 2018 y N°3713/2018 de 7 de noviembre de 2018, se ordenó instruir tres sumarios administrativos en contra del actor, por ausencias a sus labores en los meses que cada una indica (todos posteriores a los hechos investigados en el sumario que se ordena instruir por resolución N°5517 de 23 de noviembre de 2016).

#### **Tutela de derechos fundamentales.**

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en relación a la denuncia de tutela por vulneración de derechos fundamentales, conforme lo estipulado en el artículo 485 del Código del Trabajo este procedimiento se aplicará *“respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso*





primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador” agrega el inciso 2° “También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”, aclarando, el tercer inciso indica, “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial...” Complementado lo señalado, el artículo 493 del Código del Trabajo prescribe: “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, según lo anotado a propósito de la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, no corresponde a un tribunal laboral efectuar un control de legalidad sobre los actos de la administración, particularmente en este caso, sobre la resolución exenta N°5053 de 19 de junio de 2017 o resolución trámite N°195 de 7 de noviembre de 2019, ambas del Director Nacional de Gendarmería de Chile, que aplican la medida disciplinaria de destitución al demandante, menos aún, corresponde a esta judicatura revisar los fundamentos dados por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos al pronunciarse sobre un recurso de apelación o controlar la forma en que la Contraloría General de la República ejerce sus atribuciones. Tal función, de acuerdo al ordenamiento jurídico, corresponde a otros órganos de la administración, que por lo demás han participado en las distintas etapas del proceso que culmina con la decisión de destituir al denunciante. En último término podrá la justicia ordinaria efectuar las revisiones del caso, incluso mediante recursos extraordinarios como el de protección que regula el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Lo que un tribunal laboral está facultado a hacer es indagar en busca de acciones, omisiones o conductas de la administración que afecten a los funcionarios públicos y que podrían ser constitutivas de vulneraciones a los derechos fundamentales o discriminaciones, con el objeto de evitar que órganos de la administración, bajo la apariencia de actuaciones formalmente inocuas, transgredan garantías protegidas por la legislación. Una vez que se establezca la existencia de esta motivación oculta, surge para el juez laboral, la posibilidad de analizar, cuestionar y estimar suficientes o no, los motivos que la administración tuvo en cuenta para decidir como lo hizo. Pero no para ejercer un control sobre los actos de esa repartición pública, sino que, en ejercicio de las atribuciones que esta judicatura posee, para proteger los derechos fundamentales de todo trabajador, privado o público.



**DÉCIMO SEXTO:** Que, en cuanto a la controversia planteada, se ha establecido que el actor fue destituido de su cargo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 125 letra a) del Estatuto Administrativo de Funcionarios Públicos, Decreto con Fuerza de Ley 29 (ley 18.834) que dispone “*La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario... La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos: a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada*”.

No existe en la normativa que regula la actividad en la que se desempeña el actor disposición que impida aplicar la causal de destitución a dirigentes de asociaciones gremiales, en la medida que se configure la causal que se invoca. Incluso el artículo 25 de la ley 19.296 que establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado es clara en cuanto, refiriéndose al fuero que los ampara y la inamovilidad en sus cargos, dispone que este dura en tanto no se aplique la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República. De manera que, sin perjuicio de la discusión que plantea el actor sobre el trámite de ratificación por parte de la Contraloría General de la República, la sola existencia de un procedimiento sumarial que concluye en la medida de destitución del cargo, no configura indicios de vulneración de derechos fundamentales, debiendo indagarse sobre la motivación oculta que alega el funcionario.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, como se ha señalado, no es esta la instancia para cuestionar el procedimiento administrativo que condujo a la destitución ni resolver la manera en que la ley 19.296 dispone se debe dar aviso para el uso de los permisos gremiales, por lo que tales alegaciones no pueden ser objeto de análisis en este fallo. No es procedente entonces, analizar si la formulación de cargos explicó o no de qué forma se han infringido las letras a, b, c, g, f del artículo 61 del Decreto con Fuerza de Ley 29, el nexo causal entre las omisiones y la norma; sobre la existencia o no de infracción al artículo 51 de la ley 19.880, por no habersele notificado la resolución que resuelve el recurso de reposición y apelación subsidiaria; sobre el cumplimiento del artículo 25 de ley 19.296 y artículo 9 letra “m” de la resolución N°1002 de Contraloría General de la República, relativo a la ratificación de la medida expulsiva por parte del ente Contralor de la medida de destitución y su derecho a ser oído, así como los efectos jurídicos o validez de la resolución N°195/trámite de 7 de noviembre de 2020; sobre el cumplimiento del artículo 131 del Decreto con Fuerza de Ley 29, relacionado con las constancias de dos búsquedas para ser notificado; sobre la foliación del expediente administrativo y las razones por las cuales se rechazaron sus argumentos. Cuestiones todas que, según el actor, vulneraron sus garantías de debido proceso y derecho a defensa. Sin embargo estas cuestiones no son revisables vía

el procedimiento de tutela laboral, tanto por no ser esa la finalidad de este procedimiento tutelar como por tratarse de garantías no incluidas en la nómina que contiene el artículo 485 del Código del Trabajo. Todas estas alegaciones debieron ser planteadas en el procedimiento sumarial seguido en su contra, ante el ente contralor e incluso ante la justicia ordinaria en caso de estimar que se han cometido ilegalidades o arbitrariedades en ese procedimiento.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que el actor reclama tutela sosteniendo que a su respecto se han cometido actos de hostigamiento, persecución, represalias y discriminaciones, todo con el afán de proceder a su destitución.

En cuanto a supuestos actos de hostigamiento o persecución, no existe prueba ni aún a nivel indiciario que dé cuenta de situaciones que se ejerciera en su contra o en contra de la organización gremial de la que formaba parte, (alega también la existencia de prácticas antisindicales). En efecto, la única mención que sobre este tópico formula, dice relación con no dejarse registro de los avisos que daba a sus jefaturas relacionados con permisos gremiales que le concede el artículo 31 de la ley 19.296 y ello con el único objeto de perjudicar la labor gremial al interior del servicio, pero no hay elementos para suponer que la falta de registro, si aquello efectivamente ocurrió, afectó en algún modo su labor gremial, toda vez que es un hecho no desconocido por el actor, que se mantuvo ausente de sus funciones laborales, según él para fines gremiales, por más de 270 días entre enero y septiembre de 2016, es decir, pudo desarrollar su labor gremial sin inconvenientes pese a la supuesta falta de registro de sus avisos. El mero hecho de sus ausencias sin cuestionamientos de la denunciada durante un tiempo prolongado, priva de sustento la afirmación de ser víctima de alguna práctica antigremial, por la misma razón tampoco es posible configurar actos de acoso laboral o de hostigamiento, sin que configuren solo por el inicio de un sumario administrativo en su contra, pues es una prerrogativa e incluso un deber de toda autoridad, el denunciar situaciones irregulares de las que tome conocimiento en el ejercicio de su cargo.

No hay hechos que den cuenta de algún tipo de persecución u hostigamiento contra el actor o sobre el odio que afirmó le tenía parte de la jefatura, sus testigos se limitan a hacer afirmaciones sin sustento, sin entregar un contexto o un relato, difícil asumir también que existieran conductas de acoso laboral, cuando solo consta que laboró 10 días en más de 8 meses y que nunca se le cuestionaron, hasta que se inició un sumario en su contra, sus ausencias. Sobre la relación del demandante con el Director Nacional, Coronel Christian Alveal o el Director Regional del Biobío, Coronel Diter Villarroel o la comandante Angélica Briones Castillo, no se presentaron antecedentes, salvo, respecto de la última en que consta la existencia de un recurso de protección, aunque no el resultado del mismo, sin perjuicio que la sola presentación de una acción judicial, es insuficiente para suponer de



ello una animadversión, no hay otros elementos que conduzcan a esa conclusión, ni siquiera se aportó por el demandante las supuestas gestiones que habría realizado para revertir decisiones contra trabajadores penitenciarios, ni indicó que otro tipo de vínculo tuvo con la funcionaria aludida mientras prestó servicios.

**DÉCIMO NOVENO:** Que, en cuanto a las comunicaciones dadas por el demandante sobre sus ausencias, al revisar el sumario administrativo que se aporta al pleito, se puede constatar que durante el curso del mismo el actor no acreditó haber dado aviso a quien correspondía de sus ausencias por motivos gremiales. En efecto, la instancia que tenía para ello era al momento de efectuar descargos y ofrecer pruebas, sin embargo, al examinar sus defensas se limita a señalar que en cada oportunidad habría dado aviso por medio de correos electrónicos, adjuntando a su presentación, copias de correos, pero esas comunicaciones no están referidas al periodo enero-mayo de 2016, sino que son posteriores (a contar del 23 de septiembre y hasta el 4 de noviembre de 2016). Al recurrir de reposición y apelación subsidiaria realiza las mismas alegaciones y se remite a los mismos correos, precisamente los que rolan a fojas 214 a 220 del sumario administrativo, y que son mencionados en las resoluciones que ordenan su destitución e incluso en la que resuelve el recurso de apelación del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, únicos avisos que el actor logró acreditar y que, por su data, resultan irrelevantes para resolver. Por tanto, lo resuelto por los entes de la administración en cada oportunidad era acorde con los antecedentes que recibieron, sin que exista reproche que hacerles, toda vez que lo resuelto es la conducta esperable frente a los datos de que disponían, sin que se aprecie arbitrariedad en su actuar.

**VIGÉSIMO:** Que, incluso el propio actor al absolver posiciones declaró que toda la comunicación siempre fue escrita, de manera que la discusión sobre ser verbales los avisos carece incluso de relevancia, porque consultado sobre la forma que justificó sus ausencias, afirmó que todas fueron informadas por correos electrónicos, declaración que prima –por realizarse bajo juramento–, sobre otras que pudo efectuar en la demanda o durante el proceso sumarial en que alegó comunicaciones verbales. Es cierto que a este proceso se han presentado otros correos electrónicos que el actor dirige aparentemente a Leonardo Neira Ríos, jefe de régimen interno del penal, en que informa de ausencias por uso de permisos gremiales en el periodo que se investiga, sin embargo, tal antecedente, como se señaló, pese a la relevancia que podría haber tenido, no lo menciona en ninguna de sus intervenciones, ni en el proceso disciplinario que se siguió en su contra, ni siquiera en el relato que hizo en la demanda, donde solo se remite a los correos electrónicos adjuntos a sus descargos, sin explicar la razón de esa omisión, dejando así en entredicho la existencia de tales comunicaciones, en todo caso desconocidas por Neira Ríos al declarar como testigo, quien fue categórico en afirmar que nunca recibió información de parte del actor. El análisis



realizado impide suponer, por un lado, que las comunicaciones hubieran existido, (al proceso se presentan solo como impresiones en blanco y negro de un origen no confirmado) y por otro, que la omisión en el registro tenga por objeto perjudicar las oportunidades de empleo del actor, ya que éste mismo no las menciona en su defensa y por tanto no pudieron ser ponderadas para resolver. No corresponde en este procedimiento, analizar pruebas no presentadas oportunamente ni establecer la concurrencia o no de la causal aplicada.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que además reconocen los testigos de la demandada Leonardo Neira, Néstor Flores y Rubén Pérez, que el resto de los dirigentes gremiales de la misma o de una organización diferente a la del actor, informaban sus permisos, incluso verbalmente, dejándose siempre constancia de ello en los registros correspondientes, permitiendo con ello además, la organización de las labores diarias, cosa que en el caso del actor no se lograba por omitir información sobre sus faltas y lo extenso de sus ausencias, cosa que no sucedería con los demás dirigentes. Lo que permite comprobar que el actor no recibió un trato distinto al resto de los funcionarios. No se advierte tampoco cual sería la motivación de la demandada para actuar distinto respecto del actor. Pretende el demandante convencer que la institución le permitió ausentarse durante 270 días, pagando sus remuneraciones, dejando que no se presentara a cumplir sus labores, dejando incluso módulos carcelarios con un menor número de custodios, con el riesgo que ello significa para la seguridad de la centro penitenciario, con la única finalidad de crear una causal de destitución. Este razonamiento no resiste análisis. Si el interés de la demandada era afectar el funcionamiento de una organización gremial o bien destituir a uno de sus dirigentes, podía haber negado los permisos gremiales o iniciar el sumario contra el actor con mucha antelación, cosa que no se observa.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, la conducta de la denunciada resulta acorde a los hechos que se constataron, esto es, ausencias de uno de los funcionarios por largos periodos, sin tener registro del motivo. La conducta normal en toda institución pública será la apertura de un sumario administrativo para establecer los hechos y aplicar las sanciones que procedan, permitiendo al sumariado ejercer su defensa, proceder que siguió la demandada, sin que exista mérito para un reproche, al contrario, lo reprochable hubiera sido disponer el cese de funciones sin un sumario o bien mantenerse pasivo frente a la irregularidad. No puede el demandante pretender una vulneración de su integridad física o de su honra por realizarse una investigación en su contra, ya que como funcionario público, sabe que está sujeto a investigación en caso de constatarse faltas a sus deberes funcionarios, y en ella podrá ejercer su defensa y desvirtuar las imputaciones que se le hacen.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que sobre las represalias de que fue objeto por haber interpuesto, en su calidad de Presidente Provincial de la Asociación de Gendarmes de Concepción-Chile (AGECH) recurso de protección en favor de funcionarios de



Gendarmería de Chile, no hay probanza, ya se dijo que la instrucción de un sumario no califica como una conducta de represalia, menos aun si los hechos que lo motivan son evidentes. Nuevamente cae el argumento del actor, si se contrasta su afirmación con los más de 270 días que no desarrolló funciones, sin que conste siquiera un requerimiento para que informara de su estado.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que en cuanto a la garantía de la indemnidad, se ha acreditado que el demandante fue ofrecido como testigo en al menos tres procedimientos judiciales seguidos contra gendarmería de Chile –RIT T-191-2016, RIT T-40-2017 y T-37-2018, todas de este tribunal– y que presentó recursos de protección ante la Il. Corte de Apelaciones de Concepción en causas ROL N°557-2015 y 3118-2014, pero no aparece que su destitución estuviera motivada en esas intervenciones, tanto por que las causas de tutela mencionadas inician con posterioridad a la instrucción del sumario administrativo, que es el antecedente directo que conducirá al término de su servicio, desconociendo la demandada a esa fecha que el actor intervendrá en el futuro en algún procedimiento (en la primera causa, será ofrecida su declaración el 4 de noviembre de 2016; en la segunda el 31 de marzo de 2017 y en la tercera el 10 de mayo de 2018 y el sumario se ordena iniciar el 23 de noviembre de 2016), como porque los recursos de protección, se presentan el 28 de agosto de 2014 y el 11 de marzo de 2015, más de 1 año antes del inicio del sumario, lo que también hace perder conexión temporal entre estas acciones y la destitución. De manera que de existir algún tipo de indicio entre estas acciones judiciales y su destitución, se descarta por ser atemporales y más bien instrumentalizadas para forzar la teoría del actor.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que en cuanto a la discriminación de que fue objeto, ésta aparentemente se funda en que existiendo otros dirigentes sindicales en su misma situación éstos habrían sido tratados de manera distinta. Pero las propias explicaciones del demandante descartan todo atisbo discriminatorio. En efecto, reconoce y así se observa de las solicitudes del alcaide de la unidad en que se desempeñó, Teniente Coronel Rubén Pérez Riquelme, en oficio reservado N°271 de 6 de septiembre de 2016 y oficio N°5339 de 15 de septiembre de 2016, que no estaba claro la forma en que se debía proceder al momento de solicitar y dar aviso a la autoridad de los permisos gremiales conforme al artículo 31 de la ley 19.296. Sin embargo, la falta de registro no es sinónima de la falta de comunicación, ya que respecto de otros dirigentes gremiales que se han mencionado a lo largo del juicio, todos los testigos de la demandada dan cuenta que éstos cumplían la labor de informar sea por escrito sea verbal, a diferencia del demandante que no lo hacía. Sobre los mencionados por Contraloría General de la República, en informe final de auditoría N°769/2016 de 6 de enero de 2017, según el actor, Patricio Baquedano Morales, Dirigente sindical de ANFUP; Carlos Fernández Erices, Dirigente sindical de ANSOG; Joe González Barraza, Dirigente sindical ANSOG; Benito Sarabia Aguayo, Dirigente sindical de



ANFUP; Andrés Segovia Riquelme, Dirigente sindical de ANFUP, ese solo antecedente no es útil para concluir que se encontraban en la misma situación. El informe dice se trata de funcionarios sin registro de asistencia en determinado periodo, no puede a partir de esa mera afirmación, suponer que no prestaron servicios durante todo el periodo que se indica y menos entender que se trata de ausencias por permisos gremiales no informadas por escrito.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que en relación a la discriminación, se debe tener presente que de acuerdo al artículo 2° del Código del Trabajo los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Supone, que la diferencia que se alega se funde en un criterio sospechoso o prohibido al tener que estar relacionada la conducta discriminatoria con criterios que aparecen como disvaliosos desde la ética social, pero la sola distinción, exclusión o preferencia sin la existencia del criterio sospechoso o prohibido no constituye un acto de discriminación prohibido por la ley.

Lo planteado por el demandante no satisface las exigencias del artículo 2 transcrito, pues no hay una diferencia de trato fundada en un criterio sospechoso o que no sea razonable o prohibido, pues la su conducta ameritaba las consecuencia a que se expuso, siendo razonable la medida adoptada y apegada a la legalidad. Sobre el resto de los dirigentes, no explica cuál sería el elemento de distinción en virtud del cual únicamente a él se le trata de manera diferente, ni se ha podido constatar si se encontraban en su misma situación, obligación que al actor le correspondía justificar, pues no basta alegar solo la diferencia de trato, debe alegarse también que existe una discriminación fundada en algún motivo prohibido y que no resulte razonable, es decir, alegar no sólo un trato diferenciado, sino la existencia y concurrencia de un criterio sospechoso, lo que no ocurrió.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que no consta, finalmente del proceso que su buen nombre, honor y honra se hubieran visto lesionados producto de su desvinculación, no hay probanza sobre los supuestos comentarios y suspicacias de funcionarios o su entorno familiar o social, ni de las explicaciones que ha debido dar, menos de burlas hacia su persona.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que la conducta de la denunciada y las sanciones aplicadas resultan proporcionales a la falta cometida, las que además están amparadas en el artículo 125 del Estatuto Administrativo de Funcionarios Públicos. Podrá ser efectivo que en caso de no dar aviso sobre un permiso sindical la Contraloría General de la República en informe final de auditoría N°769/2016 de 6 de enero de 2017 y dictamen N°14.208 16 de





abril de 2002, dispusiere como sanción el descuento en remuneraciones, pero ello es procedente en la medida que no se incurra en una causal de destitución, como en este caso, pues allí prima el Estatuto Administrativo. Sostener lo contrario significaría autorizar que los dirigentes sindicales, puedan ausentarse de manera indefinida de sus funciones sin tener siquiera que justificar que realizan actividad gremial, sin más consecuencia que descuento a sus remuneraciones, lo que contraviene el sentido de la prerrogativa, considerando además que la ley establece una cantidad de horas semanales de permiso y sobre ese número se requiere autorización. La medida de destitución no resulta entonces ni ilegal ni desproporcionada

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que, correspondía al demandante al menos acreditar indicios que respaldaran sus afirmaciones, pero salvo su carácter de dirigente gremial no existen razones para suponer que la demandada ha “orquestado” un despido con un ánimo de represalias, o discriminarlo. Ni siquiera en la demanda hay un relato de situaciones fácticas en que su calidad de dirigente afectara sus posibilidades de mantenerse en su cargo, tampoco acredita conductas de acoso laboral, ni existen medios idóneos para justificar que la afectación a la integridad psíquica que dice padecer provienen de conductas vulneratorias de la demandada. Y la afectación que pudo surgir producto de su destitución, no empece a la denunciada, ya que, de acuerdo a los hechos constatados, se ajustó a la legalidad al aplicar la medida. En suma, ninguno de los hechos mencionados en la denuncia que origina esta causa tiene la aptitud, ni individual ni colectivamente considerados para, a partir de ellos, inferir que ha se ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales. Es decir, no se acreditó que hubiere recibido un trato diferenciado de su jefatura o la autoridad del que pueda extraerse un criterio sospechoso o prohibido, indiciario de discriminación, y a falta de él, como ya se indicó, es improcedente entrar a calificar la oportunidad, pertinencia y mérito de la fundamentación del ente estatal pues no es esta magistratura la llamada a controlar aquellos actos so pena de infringir el principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. Todo lo anterior conduce al rechazo de esta acción de tutela.

**TRIGÉSIMO:** Que debiendo ser rechazada la denuncia por los motivos expresados, no procede el pago de las indemnizaciones que se reclaman, incluido los feriados y remuneraciones pendientes, esto último por no existir entre las partes una relación laboral y por ende no ser este tribunal el ente indicado para ordenar tales pagos. Resulta igualmente en el rechazo de la acción en cuanto persigue indemnizar daño moral y lucro cesante. Rechazada la acción de tutela, es innecesario, analizar el resto de las alegaciones de la demandada y las pruebas rendidas.



**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, debiendo ser rechazada la acción en todas sus partes y no estimándose que exista motivo plausible para litigar, el demandante será condenado en costas.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que el análisis de la prueba no mencionada en este fallo no ha tenido la virtud de alterar las conclusiones arribadas, sea por referirse a aspectos alejados de la discusión, sea por haberse acreditado los hechos con mejores antecedentes de convicción. El resto de las declaraciones testimoniales se omitieron pues no aportan datos útiles o que permitan variar lo resuelto.

### **Decisión**

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos artículo 6, 7, 19 de la Constitución Política del Estado, 1, 2, 5, 420, 425, 432, 445 a 459, 485 a 495 del Código del Trabajo, 1545, 1698 del Código Civil, Decreto con Fuerza de Ley N°29 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, ley 19296, ley 19.880, se declara:

- I. Que **se rechaza**, sin costas, la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por la demandada.
- II. Que **se rechaza**, sin costas, la excepción opuesta por la demandada de falta de legitimidad activa y pasiva.
- III. Que **NO HA LUGAR**, en todas sus partes, con costas, a la denuncia de tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido y cobro de indemnizaciones deducida por **JOSÉ ORLANDO FERNÁNDEZ PALMA** contra el **FISCO DE CHILE** (Gendarmería de Chile), ya individualizados.
- IV. Que las costas personales que el denunciante deberá satisfacer a la denunciada se regulan en la suma de \$500.000.

**Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.**

**RIT T-28-2020**

**RUC 20-4-0245672-9**

**Dictada por don JOSÉ GABRIEL HERNÁNDEZ SILVA, Juez Titular de este Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.**

