

C.A. de Valdivia

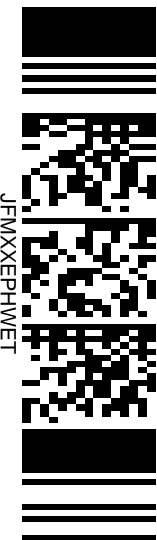
Valdivia, catorce de abril de dos mil veintitrés.

VISTOS:

La abogada Nivia Bahamonde Rivera, en representación de hecho de don **Rene del Carmen Tribiño Huenchuguala, Jorge Alejandro Romero Leguer, Jacques Michel Clara Yáñez y de Eunice Ester Hernández Olivares**, deduce acción de protección en contra de la **ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE RÍO BUENO** representada legalmente por su Alcaldesa, doña **CAROLINA ANDREA SILVA PÉREZ**, por el acto abusivo, arbitrario e ilegal de la recurrida consistente en el rechazo de la asignación municipal correspondiente al artículo 45 de la Ley 19.378, según consta en el Acta del Concejo Municipal de Río Bueno, sesión ordinaria N° 54, de fecha 11 de enero de 2023 y en el Certificado N°29 de la misma institución.

Refiere que en dicha sesión el Concejo Municipal aprueba la asignación para todos los funcionarios de Salud Municipal de Río Bueno, excepto para sus 4 representados, a los que sin motivación o fundamento legal alguno se les privó de parte de su remuneración, acto que priva, perturba y/o amenaza los derechos constitucionales de estos, consagrados en el artículo 19 N° 2 y 24 de la Constitución Política de la Republica.

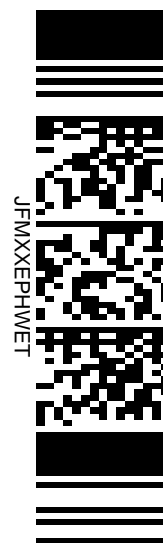
Expone que, don **RENE TRIBIÑO HUENCHUGUALA** ingresó a trabajar al Departamento de Salud municipal de la Ilustre Municipalidad de Río Bueno como Jefe del Departamento de Salud Municipal el día 01 de abril de 2014, don **JORGE ROMERO LEGUER** ingresó a trabajar al Departamento de Salud municipal de la Ilustre Municipalidad de Río Bueno, como Jefe de Finanzas el día 20 de abril de 2015, don **JACQUES MICHEL CLARA YAÑEZ**, ingresó a trabajar como jefe de Recursos humanos del



Departamento de Salud municipal de la Ilustre Municipalidad de Río Bueno, desde el día 01 de junio del año 2002 y doña **EUNICE ESTER HERNANDEZ OLIVARES**, ingresó a trabajar como Encargada de Programa APS del Departamento de salud municipal de la Ilustre Municipalidad de Río Bueno, desde Agosto de 2014, anterior a ello se desempeñó como Jefa de finanzas subrogantes desde el 11 de diciembre del 2011, posteriormente como Jefe de departamento subrogante y luego llegó a su actual cargo.

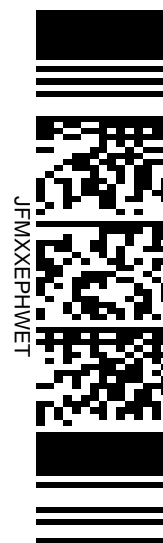
Los recurrentes recibieron de forma continua y permanente hasta diciembre de 2022, la asignación transitoria del artículo 45 de la Ley 19.378, norma que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, asignación que forma parte del total de sus remuneraciones y que ha sido otorgada de forma reiterada en el tiempo, por más de 12 años consecutivos en algunos casos, todo ello por necesidades del servicio, producto de las dificultades de atención que presenta la comuna de Río Bueno, dado que la administración de dicho departamento tiene a su cargo un Centro de Salud Familiar, una Casa Amiga, un Centro de Rehabilitación, un Centro de promoción de Salud, siete Postas de Salud Rural y quince estaciones de Salud rural, ubicadas en un área geográfica de 2.212 km², existiendo en la comuna una población beneficiaria de más de 30.000 personas, con aproximadamente 224 funcionarios contratados, donde el acceso y las dificultades de atención están presentes producto de las grandes distancias, conectividad vial y digital.

Esta asignación transitoria también se funda en las necesidades del servicio de estructurar el departamento de salud municipal en base a una organización jerarquizada y las mayores exigencias en la gestión de coordinación, ligado a gestionar estrategias para el cumplimiento de los lineamientos ministeriales y municipales, con el propósito de asegurar la entrega de una atención de calidad en tiempo y forma. Todo ello gracias a que además, siempre ha existido la disponibilidad presupuestaria.



Con fecha 08 de Noviembre de 2022, la Sra. Alcaldesa de la comuna de Río Bueno, presentó en reunión extraordinaria al honorable Concejo Municipal, como único tema en tabla la solicitud de acuerdo para asignación según art. 45 Ley 19.378 para el año 2023. Hace presente, que es facultad exclusiva de la Alcaldesa presentar dicha propuesta al Concejo Municipal y es quien además determina los porcentajes que se asignarán a cada cargo, así como el aumento o disminución de los mismos en relación a años anteriores, para el caso de la propuesta del año 2023, al existir la disponibilidad presupuestaria, además de mantener la mayoría de los porcentajes, se incrementó algunos como el de los TENS de posta, Conductores, Ecografista y adquisiciones, en total se aumentó el porcentaje que recibirían 19 funcionarios respecto a años anteriores, para concretar esto, se presentó el oficio N° 43 de fecha 11 de octubre de 2022 el cual contempla todas las asignaciones que se otorgan por el Departamento de Salud Municipal para los distintos funcionarios y categorías, el cual se sometió a votación y fue rechazado, con el voto en contra de cuatro concejales, los señores MIGUEL PÉREZ VIDAL, JAVIER ROSAS BOBADILLA, VANCE MONTECINOS GUZMÁN Y JUAN UNIÓN BARRIENTOS y con los votos a favor de su aprobación de la SRA. ALCALDESA CAROLINA SILVA PÉREZ y de los señores concejales LUIS REYES ÁLVAREZ Y DANIEL QUEZADA PÉREZ.

El rechazo señalado no contenía motivación alguna, por lo anterior, se presentó un primer Recurso de Protección ante esta Corte de Apelaciones, Rol de ingreso Corte N° 7668-2022 el cual fue acogido y en el cual se dispone lo siguiente: *“Séptimo: En virtud de todo lo razonado el presente recurso de protección debe ser acogido, al constatarse conculcación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley y del derecho de propiedad, debiendo emitirse un pronunciamiento de fondo por parte del Concejo, en los términos que se dirá en lo resolutivo. Y visto lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política del Estado y Auto Acordado de la Excma. Corte*



Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección, se acoge el recurso interpuesto en favor de don Rene del Carmen Tribiño Huenchuguala, don Jorge Alejandro Romero Leguer y don José Antonio Barra Vergara en contra de Municipalidad de Rífo Bueno, sólo en cuanto se deja sin efecto el pronunciamiento emitido por el Concejo Municipal que sin fundamentos denegó la asignación del artículo 45 de la Ley 19.378 y se ordena se reúnan los antecedentes necesarios para emitir un nuevo pronunciamiento de fondo respecto de la asignación del artículo 45 de la Ley 19.378”.

Con posterioridad, en acta de sesión extraordinaria del Concejo Municipal de fecha 30 de diciembre de 2022, la cual acompaña, se da cuenta de que se hace un segundo llamado a votar por la asignación transitoria del artículo 45 citado, aquí se presenta una propuesta modificada, respecto de la cual se consignan los siguientes dichos del asesor jurídico de la Ilustre Municipalidad de Rífo Bueno: *“existe hoy día un recurso de protección en curso deducido por parte de funcionarios dependientes de la municipalidad y que forman parte del departamento, se optó por excluir al Departamento de Salud, habida cuenta de que existe esta acción judicial y se optó por someter a aprobación las asignaciones de los demás funcionarios que no están relacionados con esta acción (...)”.* Luego, en la página 12, el asesor jurídico nuevamente señala: *“Varias cosas referente a lo que señala el concejal, ciertamente puede existir la visión y la legítima expectativa de parte del concejal encargado de la comisión de salud en orden a priorizar cierto porcentaje, no obstante, esto viene ya de un análisis realizado en forma detallada y además se debe considerar expresamente que se incluyeron las asignaciones eventualmente que generaban algún tipo, de digamos, de duda adicional sobre el particular, por lo tanto, que creo que viendo los porcentajes que se están planteando, específicamente el de adquisiciones del 12% al 12,5% en ecografías, digo yo que el momento para aprobar es este no veo mayores discrepancias, considerando que se han excluido a todos*



los que podrían haber sido conflictivos en un comienzo y por otra parte, también considerando que existe un recurso pendiente de resolución en la corte de apelaciones y ciertamente también se incluiría la subdirección del cesfam, que quedó excluida”.

Por lo tanto, a pesar de no existir orden de no innovar por parte de la Corte, la Ilustre Municipalidad dejó fuera de la votación a don **RENE TRIBIÑO HUENCHUGUALA** y a don **JORGE ROMERO LEGUER**, que figuraban como recurrentes en el 1º Recurso de Protección, sin embargo también excluyó de dicha votación a don **JACQUES MICHEL CLARA YAÑEZ** y a doña **EUNICE ESTER HERNANDEZ OLIVARES**, que no fueron recurrentes en dicho Recurso, sin fundamentación alguna, más allá de señalar que se excluyó a todos los que “*podrían haber sido conflictivos*”; una muestra clara de discriminación arbitraria en contra de los recurrentes y de que siempre se buscó excluirlos de la asignación referida.

En sesión ordinaria N°54 del Concejo Municipal de Río Bueno celebrada el día miércoles 11 de enero del año 2023, se somete a votación la **Asignación según artículo 45 de la Ley N° 19.378**, sin embargo, en esta oportunidad, a diferencia de todos los años anteriores, en que se sometió a voto, se hizo una distinción y se realizó una votación individual por cada funcionario o cargo que recibiría la asignación, lo que no había ocurrido antes, a pesar que las necesidades del servicio y la disponibilidad presupuestaria de que habla la Ley 19.378 como requisitos para otorgar la asignación del artículo 45, afectarían a todos y cada uno de los funcionarios por igual. Incluso a la Sra. Alcaldesa también le pareció extraña esta situación, lo que queda plasmado en el acta.

Luego, se procede a someter a votación, en primer lugar la asignación de los médicos, la que es aprobada por unanimidad. En segundo lugar, la de los TENS de Posta, la que es aprobada por



unanimidad, lo cual consta en el certificado N°19, que se acompaña junto a esta presentación.

En tercer lugar, se somete a votación la asignación para el Jefe de Departamento de Salud Municipal (cargo de don Rene Tribiño), esta fue aprobada por la Alcaldesa y el Concejal Reyes, por su parte el concejal Unión se abstuvo de votar y fue rechazada por 4 concejales. En el caso del Sr. concejal JAVIER ROSAS BOBADILLA, este señala *“me baso en los tres dictámenes que anteriormente dije y fuentes legales del artículo 45, 27 y 3 de la Ley 19.378”*. Haciendo presente desde ya, que dicha argumentación no se hace cargo de ninguno de los presupuestos establecidos en la Ley para otorgar o rechazar dicha asignación y que de acuerdo a dictámenes de la contraloría y fallos de la Corte Suprema (sólo a modo ejemplar: Rol N° 3.598-2017), la sola enunciación de una norma no basta para entender que un acto está debidamente motivado.

Sin embargo y aunque el Sr. Concejal ROSAS no se hace cargo de los dictámenes y normativa que enuncia, ni explica el fondo de su negativa. Revisados sus argumentos, respecto a los 3 dictámenes que enuncia, estos son el 041433, 039466 y 035277, de la Contraloría existen dictámenes con esa numeración de diversos años, y luego de revisarlos todos, ninguno está relacionado con la asignación transitoria en discusión.

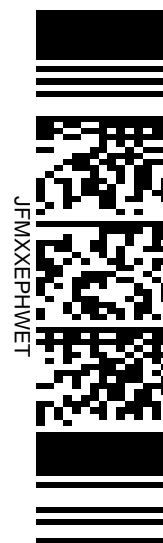
Seguidamente, al revisar la normativa citada, todos artículos de la Ley 19.378, primero el artículo 3° *“Las normas de esta ley se aplicarán a los profesionales y trabajadores que se desempeñen en los establecimientos municipales de atención primaria de salud señalados en la letra a) del artículo 2°, y aquellos que, desempeñándose en las entidades administradoras de salud indicadas en la letra b) del mismo artículo, ejecutan personalmente funciones y acciones directamente relacionadas con la atención primaria de salud”*. Por su parte el artículo 27 dispone: *“El director de un consultorio de salud municipal de atención primaria tendrá derecho a una asignación de*



responsabilidad directiva, de un 10% a un 30% de la suma del sueldo base y de la asignación de atención primaria correspondientes a su categoría funcionaria y al nivel de la carrera funcionaria. Asimismo, los jefes de Programas Materno, Infantil, del Adulto y del Adulto Mayor, Odontológico y de Salud del Ambiente, de consultorios municipales, tendrán derecho a percibir esta asignación de responsabilidad directiva, en un porcentaje de un 5% a un 15% aplicado sobre igual base. Los porcentajes a que se refieren los incisos anteriores, se determinarán según los criterios objetivos que al efecto se fijen en el reglamento municipal respectivo”. Y finalmente el artículo 45 es el que se establece la posibilidad de otorgar la asignación”. Por lo tanto ninguna de estas normas sirve de fundamento para el rechazo y aunque así lo fuera, el Sr. Concejal no explica en qué sentido las utiliza, dejando en indefensión a su representado al no conocer el sentido y alcance de su observación, careciendo por tanto su voto de toda motivación.

Los argumentos señalados constan en la transcripción del concejo municipal N° 54, de fecha 11 de enero de 2023, documento que fue aprobado por el mismo concejo con fecha 27 de enero de 2023, sin observaciones, como copia fiel de la sesión celebrada. Sin embargo, al momento de solicitar los correspondientes certificados de la votación, la Secretaría municipal, envía todos los certificados menos el de los funcionarios a los que se les rechazó la asignación en comento, indicando que *“se encuentra enviada a jurídica para su respectiva revisión”* (se acompaña junto a esta presentación correo electrónico de respaldo) y sólo una vez que fue aprobado por el asesor jurídico municipal se remite a sus representados.

Hace presente que, al recibir vía correo electrónico el CERTIFICADO N° 29 y al contrastarlo con el ACTA DEL CONCEJO, se puede observar que contiene una argumentación distinta y más elaborada que la del Acta, que como se señaló es la transcripción exacta y fiel de lo allí expuesto, situación que parece irregular, ya que no había ocurrido con anterioridad que existieran



notables diferencias entre el ACTA y el CERTIFICADO de la votación.

Sin embargo, al revisar los argumentos que constan en el citado certificado, emitidos por el Sr. Concejal JAVIER ROSAS BOBADILLA, estos redundan en la facultad discrecional para otorgar o no la asignación, no otorgando un fundamento válido que permita sustentar la discriminación que se realiza respecto de su representado, al aprobar respecto de todos los demás funcionarios de Salud Municipal la asignación y negársela arbitrariamente a él. Hace presente que la Ley permite la posibilidad de hacer diferencias, siempre que estas sean debidamente fundamentadas y que no resulten arbitrarias o discriminatorias.

Posteriormente votó el Concejal VANCE MONTECINOS GUZMÁN, quien señala *“mi fundamento es el mismo artículo de ley, basados en que la solicitud obedece a intereses personales que pretenden incrementar el sueldo o a la negativa de la propuesta que se había realizado por parte de la comisión”*. Hace presente que después de más de 12 años en algunos casos recibiendo la asignación transitoria y siguiendo los lineamientos que establece la propia Corte Suprema, esta asignación forma parte de la remuneración de sus representados, por tanto no puede tener la finalidad señalada por el Sr. Concejal. Además, si esa fuera la razón por la que se rechaza la asignación, esto afectaría a todos los funcionarios de salud municipal y no sólo a 1 de ellos, lo que nuevamente redundaría en que se trata de un acto que adolece de falta de motivación suficiente, que priva a su representado de parte de su remuneración y que constituye un acto discriminatorio, al establecer diferencias arbitrarias, afectando la igualdad ante la Ley y el derecho de propiedad.

Por su parte, el Sr. Concejal DANIEL QUEZADA PÉREZ expuso *“no rechaza la asignación sino que es el porcentaje específicamente del jefe Desam, por lo tanto, rechaza y además no hubo ninguna apreciación respecto a propuesta presentada por la*



comisión de salud, como también la opción de poder negociar y conversar el tema”. Estima que este no es un fundamento válido desde que esta misma Corte ordenó a la Ilustre Municipalidad de Río Bueno revisar todos los antecedentes para emitir un nuevo pronunciamiento de fondo, por lo que además este Concejal estaría dando cuenta de un incumplimiento por parte de la Recurrída. Respecto a los porcentajes, recordemos que esto es facultad exclusiva de la Sra. Alcaldesa y es ella la que determina que porcentajes son los que somete a votación.

Finalmente, el Sr. Concejal MIGUEL PÉREZ VIDAL, expresa *“el artículo 25 de la ley n° 19.378 del estatuto de la atención primaria de la salud Municipal, el artículo 82 del decreto 1.889 reglamento de la carrera funcionario del personal, regido por el estatuto de atención primaria salud municipal, dictamen 60.064 de la Contraloría regional de la Republica, nos señala que esta asignación es discrecional y que nosotros podemos aprobar y por sobre todo también podemos rebajar dicha asignación que es la voluntad de este Concejal que manifiesta su rechazo por el trabajo realizado en las comisiones tanto el cuatro de diciembre, el cuatro de octubre, veinticinco de octubre , veintisiete de diciembre más la sesión extraordinaria del siete de noviembre, ocho de noviembre, treinta de diciembre más la actual, por la sociabilización que hicimos de la propuesta de la rebaja de esta asignación, con la asociación de funcionarios de la salud Municipal para equiparar dichos porcentajes y porque personalmente el sustento de que todo esto va para asegurar la entrega de atención de calidad a tiempo y forma a la comunidad, lo cual no he visto reflejado en reclamos, quejas y observaciones en la ciudadanía, fundamento mi rechazo por el porcentaje que se está solicitando. Gracias Alcaldesa”.* El Sr. Concejal, señala que esta asignación que es para asegurar una atención de calidad no se ha visto reflejada en reclamos, quejas y observaciones de la ciudadanía, pero esta es una argumentación vaga ya que no indica cantidad de reclamos o muestra alguna queja concreta, ni presenta informes de la OIRS, para determinar si ha existido por ejemplo un



aumento en los reclamos en el último año, por tanto, también adolece de falta de fundamentación. Por otra parte, si el argumento del Sr. Concejal fuera válido esto se aplicaría a todos los funcionarios de la Salud Municipal y no arbitrariamente a su representado, que ni siquiera trabaja con atención de público, por lo que nuevamente queda de manifiesto que no existe una motivación válida del rechazo y muy especialmente que existe una distinción arbitraria realizada por los Señores Concejales al momento de votar por la asignación del recurrente.

Luego, se procedió a votar la asignación del Jefe de Recursos Humanos (cargo de don JACQUES MICHEL CLARA YAÑEZ), Jefe de Finanzas (cargo de don JORGE ROMERO LEGUER) y Programas-Convenio (cargo de doña EUNICE ESTER HERNANDEZ OLIVARES).

En el Acta del Concejo, sólo consta que esta fue aprobada por la Sra. Alcaldesa de la comuna, por el Sr. Concejal Reyes, que el Sr. Concejal Unión se abstuvo de votar y que fue rechazada por los señores Concejales, PÉREZ, ROSAS, MONTECINOS Y QUEZADA. No consignando argumentación alguna de los mismos para rechazar. Sin embargo, al revisar el CERTIFICADO N° 29, se advierte que fue copiado y pegado, sin tener una letra de diferencia, la argumentación que se otorgó por los Señores Concejales para rechazar la asignación del Jefe del Departamento de Salud Municipal.

Finalmente, respecto de todos los otros funcionarios de salud municipal, la asignación transitoria fue aprobada.

Estima que se ha producido un acto abiertamente discriminatorio contra sus representados, quienes sin fundamento válido alguno han sido privados de parte de sus remuneraciones de forma arbitraria, no cumpliendo con los estándares mínimos que ha señalado en diferentes Dictámenes la Contraloría General de la República, así como nuestros Tribunales de justicia, todo ello de acuerdo lo establecido en la Ley 19.880, artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República,



artículo 2 de la Ley 18.575, en relación a las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2° y 24° del artículo 19 de nuestra carta fundamental.

La Corte Suprema, ha ido desarrollando una jurisprudencia consistente y uniforme en materia de motivación del acto administrativo, consagrando una serie de estándares que materializan de manera concreta el mandato del artículo 8° de la Constitución y los artículos 11, inciso 2° y 41° inciso 4° de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, citando la jurisprudencia pertinente. Refiere, que para la Corte, el control de razonabilidad de la decisión importa “que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse” (considerando 7°). Respecto de la proporcionalidad considera “que es un elemento que determina „la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos de contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que ésta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se den fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas” (considerando 7°).

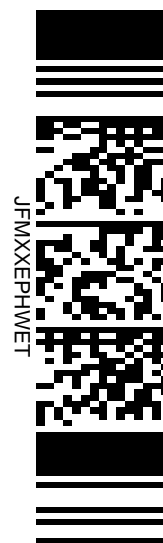
A su juicio, los argumentos esgrimidos por los Señores Concejales no cumplen con estos estándares mínimos, ya que no se hacen cargo ni siquiera de las normas o dictámenes que citan.

Agrega que, dentro de los argumentos esgrimidos para rechazar arbitrariamente la asignación a sus representados se repite el hecho de que aprobar esta asignación sería un acto discrecional ya que el texto del citado artículo 45 señala “*el concejo podrá (...)*”, al respecto es



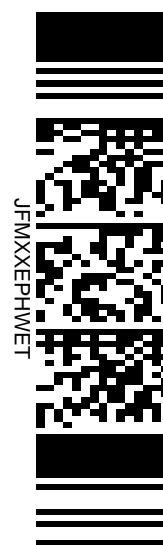
relevante destacar que tanto nuestra doctrina nacional, como jurisprudencia han señalado que es de especial relevancia la motivación en el caso de actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional, ya que la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrio o apreciación de la autoridad, ya que la motivación es la única forma de permitir el control de la legalidad de la actividad discrecional mediante el examen de la concurrencia de los motivos invocados (ROL C.S. N° 16.042-2016). Afirma que, efectivamente el otorgar la asignación en comento puede eventualmente ser considerado un acto de naturaleza discrecional, pero eso no los exime del deber de motivación, ya que la discrecionalidad no implica arbitrariedad y es por medio de la motivación que se puede realizar el control de legalidad de la actividad discrecionalidad.

Sus representados reciben esta asignación del artículo 45, en algunos casos hace más de 12 años de manera permanente (**es decir en forma continua, durante todos estos años se ha mantenido el mismo criterio de otorgar la asignación referida**), por lo anterior es aplicable un estándar más estricto de motivación ya que el acto administrativo recurrido contiene un cambio de criterio, considerando además que todos los años se envía el mismo oficio, explicando la situación de los funcionarios de Salud Municipal de la comuna de Río Bueno, explicitando además por cada funcionario, la razones específicas para otorgarla y el monto de dicha asignación. Al respecto, la Corte Suprema ha estimado que la administración, en aquellos casos en que modifica un criterio previamente aplicado (hace más de 12 años en el caso de la Ilustre Municipalidad de Río Bueno), se encuentra en la necesidad de explicar las razones que justificarían ese cambio de criterio; en caso contrario, el acto administrativo carecerá de motivación suficiente. ROL C.S. N° 19.182-2019, considerando 4°, criterio que se mantuvo en causa ROL C.S. N° 20.701-2020.



Alude al amparo de la confianza legítima del funcionario público, de que la administración reiterará en el futuro la práctica consistente en pagar la asignación del artículo 45 citado, requiere que el rechazo de la misma se materialice a través de un acto administrativo fundado. En este mismo orden de ideas, la Excm. Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de junio de 2016, causa ROL 19.585-2016, ha sostenido que *“(...) la causa o motivación es un elemento del acto administrativo que puede ser entendido como la razón que justifica su dictación por la administración del Estado, en la que se encuentran elementos fácticos y de derecho. La causa o motivo debe expresarse en el acto de la Administración y ello deriva precisamente de que el actuar de la misma debe ser razonable, proporcionado y legalmente habilitado, a fin de posibilitar su comprensión frente a los destinatarios y evitar ser tachada de arbitraria, puesto que la inexistencia o error en los motivos de hecho, determina la existencia de un vicio de abuso o exceso de poder”*.

En relación a la normativa aplicable, expone que si bien se trata de una asignación transitoria se encuentra supeditada a las necesidades del servicio y a la disponibilidad presupuestaria anual de la entidad administradora y se fija de acuerdo con el nivel y la categoría funcionaria del personal. Por lo anterior, la Sra. Alcaldesa presenta la propuesta ante el Concejo Municipal y se somete a votación, dicha propuesta contiene un detalle de las necesidades del servicio y la existencia de disponibilidad presupuestaria, además de una tabla detallada con las asignaciones, monto, destinatario y objetivo de las mismas. Sin embargo, sin otorgar razones fundadas y previo un sucinto debate, que en ningún caso se funda en la protección del interés público, sino más bien en solicitudes antojadizas de los Concejales que deciden rechazar la asignación y apartándose de este modo de los lineamientos tanto del órgano contralor como de nuestros Tribunales de justicia, se rechaza de forma arbitraria la solicitud con fecha 08 de noviembre de 2022, situación que se repite el día 11 de enero de 2023,



pero que además agrega un elemento adicional de carácter discriminatorio, por cuanto se aprueba para algunos funcionarios y se deja fuera de la asignación, arbitrariamente, a sus 4 representados. Cabe destacar, que el acuerdo recurrido ya se materializó al momento de recibir los recurrentes el sueldo correspondiente al mes de enero de 2023, el cual se les entregó sin la correspondiente asignación, por lo que han sufrido una considerable baja en sus remuneraciones, conculcando de este modo las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N°2 y N° 24 de nuestra carta fundamental y violentando el principio de la confianza legítima del funcionario público que alberga la justa expectativa de mantener sus remuneraciones de forma íntegra y no ser privados de ella de manera arbitraria.

Cita una sentencia de esta Corte de fecha 13 de febrero de 2017, en causa **ROL 67-2017** señaló: *“DÉCIMO: Que, sin desconocer las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga del entidad administradora y al Consejo Municipal, lo cierto es que las determinaciones que se pronuncien deben ser debidamente fundadas, es decir, el acto administrativo que de ella surja debe encontrarse motivado en consideraciones que no dejen duda alguna sobre la procedencia de la decisión adoptada, pues la ausencia de una fundamentación adecuada impide conocer las razones en base a las cuales se adopta la decisión. DÉCIMO PRIMERO: Que, el ejercicio de las facultades de dirección del Consejo Municipal y del ente administrador debe ajustarse a sus fines que justifican su ejercicio en el campo de las leyes, reglamentos y principios señalados en los basamentos precedentes, por lo que el de rechazo de la asignación municipal de la recurrente debe necesariamente ser un acto administrativo fundado, pudiendo, en caso contrario, ser tachado de arbitrario y por ende, ilegítimo. En la especie, la resolución impugnada ha preterido absolutamente la obligación de fundamentación del acto administrativo. En consecuencia, el actuar de la recurrida de rechazar la asignación municipal de la recurrente, si bien está dentro de sus*



facultades, en el presente caso sólo puede ser entendida como una actuación arbitraria, ya que carece de razonabilidad, al no indicar los motivos para fundar su legitimidad, no bastando que la entidad se asile únicamente en que la indicación normativa habilitaría tal determinación”. “DÉCIMO TERCERO: Que, en la especie, se ha vulnerado en forma arbitraria el principio de igualdad ante la ley, ya que se ha materializado una discriminación en el trato que se le otorga a la recurrente, afectándose así la garantía de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, pues goza del derecho que tiene todo funcionario de la I. Municipalidad de San Pablo a que en el caso de rechazar la asignación especial transitoria del artículo 45 de la Ley N° 19.378, sea debidamente fundado. Atento lo anterior, se hace innecesario referirse a la restante garantía denunciada como infringida”.

Expone que, el nuevo acuerdo del Concejo agrega un elemento que a todas luces es discriminatorio, ya que hace una distinción arbitraria entre sus representados y los demás funcionarios de Salud Municipal, la cual no contiene una justificación razonable a luz de nuestro ordenamiento jurídico. El Principio de igualdad y no discriminación es un principio básico del ordenamiento jurídico, el cual se relaciona con la dignidad humana. Como derecho fundamental a su vez, la igualdad es considerada tanto la garantía fundamental del estado de derecho y/o como un derecho sustantivo. Este principio, se encuentra recogido tanto a nivel nacional, en nuestra Carta fundamental, como en diversos tratados de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre este principio, señalando que *“Los Estados Tienen la obligación de combatir prácticas discriminatorias y establecer medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”* (Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia 23 de junio de 2005).



De este modo, constituye una obligación del Estado Chileno evitar y en caso de que se produzcan reparar, las situaciones en que se vea afectado dicho principio, esta parte entiende que el acto administrativo recurrido al no contener una distinción entre funcionarios que se base en criterios objetivos y razonables a la luz de los criterios ya señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser necesariamente considerado como discriminatorio, ya que atenta contra la igualdad ante la Ley y se debe enmendado conforme a derecho, ordenando el pago inmediato de las asignaciones del artículo 45 citado a sus representados que injustificadamente han sido privados de las mismas, teniendo presente además que la Recurrida ya incumplió con una orden judicial de esta Ilustrísima Corte.

El acto arbitrario e ilegal denunciado viola el derecho establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. La asignación transitoria del artículo 45 de la Ley 19.378 y el mismo que se sometió a votación en el Concejo del día 11 de enero de 2023 y que fue aprobado para la mayoría de los funcionarios de Salud Municipal de Río Bueno, aproximadamente para 60 funcionarios y rechazada sólo para 4.

Los recurrentes gozan del derecho que tiene todo funcionario de la administración a que, en caso de que se rechace su asignación municipal, en este caso del artículo 45 de la Ley 19.378, por ser este un Acto Administrativo, el acto sea debidamente fundado, con arreglo a la normativa vigente y los mandatos del órgano contralor.

También se vulnera el derecho de propiedad, garantizado en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que la decisión supone una disminución concreta y efectiva del patrimonio de sus representados, del cual ya fueron privados de forma injustificada. Recibieron de forma continua y permanente por más de 12 años en algunos casos la asignación en comento, por lo que esta se encuentra incorporada en sus respectivos patrimonios. En este mismo



sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en el considerando octavo del ROL N° 65.424-2021, al señalar *“que, de esta forma, contrario a lo señalado por la Municipalidad recurrida, la asignación del artículo 45 de la Ley 19.378, otorgada en razón de necesidades de servicio por la dificultad de atención que presenta la zona donde este se realiza, tiene el carácter de remuneración y como tal ingresa al patrimonio de la recurrente (...)”*.

La vulneración de los derechos de los recurrentes se ha realizado con ocasión de la votación celebrada en Sesión Ordinaria N° 54 del Concejo Municipal celebrada el día martes 11 de enero del año 2023, de manera que el presente recurso ha sido interpuesto dentro de plazo.

Informando la recurrida por medio de su asesor jurídico **ALEJANDRO LÓPEZ CABA**, solicita el rechazo de la acción, por estimar que carece de fundamentos.

Su representada dando cumplimiento a sentencia de protección dictada por esta Corte, puso en conocimiento de los honorables concejales los antecedentes de la sentencia del Recurso de Protección rol 7668-2022, y se les expresó detalladamente los pormenores y alcances de la referida resolución, quienes libre y soberanamente emitieron su voto, con los fundamentos que constan en la citada acta, donde finalmente nuevamente se rechazó la asignación para los requirentes, indicando esta vez cada uno de los ediles sus fundamentos tanto de hecho como de derecho para fundamentar su rechazo a la asignación del artículo 45 de la Ley 19.378.

El recurso en comento imputa que la recurrida habría cometido un acto ARBITRARIO E ILEGAL, dado que, según la acción interpuesta, el acto administrativo del concejo municipal carecería de la fundamentación necesaria, lo que tornaría aquel aserto en algo arbitrario ello debido a que según la requirente la sola enunciación de las normas no basta para tener aquellas como fundamentos. Expone que si bien es cierto cada uno de los ediles enunció las normas que fundaban su rechazo este fundamento no sólo se limitó a indicarlo sino



que además cada uno dio argumentos tanto de hecho y de derecho para sustentar su voto.

Ciertamente el acto administrativo impugnado y tachado de arbitrario, no reúne tales características, toda vez que cada uno de los ediles que concurrieron al acuerdo que materializó el rechazó a otorgar la asignación señalada en el artículo 45 de la ley 19.378, emitieron latamente los fundamentos de su voto, donde expresaron sus argumentos, los que constan en el certificado número 29 de fecha 18 de enero de 2023 emitido por la Sra. Secretaria Municipal.

Estima que, este solo antecedente es suficiente para determinar que el citado recurso es improcedente dado que no cumple el presupuesto base, cual es un acto **ARBITRARIO**, ya que se expresaron los fundamentos citados, por lo que el acto no depende de la sola voluntad o capricho de una persona o que obedece a principios no dictados por la razón la lógica o las leyes. Cosa distinta es que los recurrentes no compartan los fundamentos de la decisión de los ediles.

Por otra parte, la Ilustre Municipalidad de Rio Bueno, dio cumplimiento a lo ordenado en el Recurso de Protección rol 7668-2022, reuniéndose todos los antecedentes nuevamente y los honorables concejales emitieron su voto dando las razones y fundamentos del mismo, los que como se señaló constan en el acta y certificados acompañados por la requirente.

a. ***El artículo 45 de la ley 19.378, señala lo siguiente:***
“Artículo 45.- Con la aprobación del Concejo Municipal, la entidad administradora **PODRÁ** otorgar a sus funcionarios asignaciones especiales de **CARÁCTER TRANSITORIO**. Dichas asignaciones podrán otorgarse a una parte o a la totalidad de la dotación de salud y fijarse de acuerdo con el nivel y la categoría funcionaria del personal de uno o más establecimientos dependientes de la municipalidad, según las necesidades del servicio. En cualquier caso, dichas asignaciones deberán adecuarse a la disponibilidad presupuestaria anual de la



entidad administradora. *Estas asignaciones transitorias durarán, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año*”.

De la disposición citada, pueden colegirse varios elementos que deben concurrir para el otorgamiento de la citada asignación, los que son, ACUERDO DEL CONCEJO MUNICIPAL, EL OTORGAMIENTO ES FACULTATIVO, AL SEÑALAR “PODRÁ”, LA ASIGNACIÓN TIENE EL CARÁCTER DE TRANSITORIA, PUEDEN OTORGARSE A UNA PARTE O A LA TOTALIDAD DE LA DOTACIÓN DE SALUD, DEBEN ADECUARSE A LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA ANUAL DE LA ENTIDAD EDILICIA, DURAN, COMO MÁXIMO HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE CADA AÑO.

Como se puede apreciar, la citada asignación tiene un carácter discrecional por parte de la administración y tiene que reunirse todos los antecedentes antes señalados. En este contexto Contraloría General de la República ha señalado “En relación con la anotada normativa **-artículo 45 de la ley N° 19.378-**, el dictamen N° 12.950, de 2016, entre otros, ha resuelto que el beneficio que en ella se regula tiene una naturaleza discrecional, o sea, que compete exclusivamente a la municipalidad, con la aprobación del concejo, decidir su procedencia, en consideración a los recursos de que disponga, pudiendo otorgarla en la fecha que estime oportuna, rebajarla e incluso dejarla sin efecto, dentro del respectivo año o de uno para otro, sin expresión de causa, en razón de las variaciones que experimente su presupuesto.

Por tanto, en ningún caso se ha actuado de manera arbitraria por parte de la Municipalidad y el concejo al rechazar la citada asignación.

Afirma que no existe privación perturbación o amenaza de un derecho fundamental. No existe acto administrativo arbitrario o ilegal, sino que un acto administrativo fundamentado, que da cuenta de lo



resuelto por el Concejo Municipal, cosa distinta es que los requirentes no compartan los fundamentos expuestos en el acto señalado.

Por tanto estima que se debe rechazar el presente Recurso de Protección, con expresa condena en costas.

Se trajeron los autos en relación.

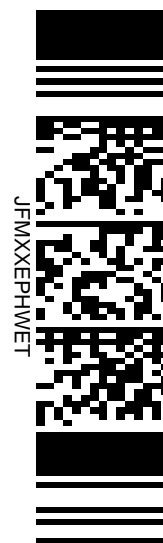
CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el acto que se estima como ilegal y arbitrario consiste en el Acta del Concejo Municipal de Río Bueno, sesión ordinaria N° 54, de fecha 11 de enero de 2023, en que se rechazó la asignación municipal correspondiente al artículo 45 de la Ley 19.378, para los recurrentes, aprobándose respecto de todos los demás funcionarios.

SEGUNDO: Que la acción ilegal y arbitraria consiste en que, el rechazo del beneficio respecto de los recurrentes no se encuentra debidamente justificado, conforme a la certificación del acta respectiva, dado que no se expuso de manera clara y precisa los fundamentos que llevaron a negar un beneficio que se estaba enterando, en algunos casos hace más de 12 años, y a pesar de cumplirse con los requisitos legales que lo hacían procedente.

El acto arbitrario e ilegal denunciado vulnera la garantía constitucional del artículo 19 N° 2, de igualdad ante la ley y la del número 24 de la misma norma, toda vez que los recurrentes desde hace años percibían el beneficio, encontrándose incorporado a su patrimonio.

TERCERO: Que la recurrida esgrime que conforme al tenor del acta, las justificaciones del rechazo se encontrarían claramente expuestas y que, además, la citada asignación tiene un carácter discrecional por parte de la administración debiendo reunirse todos los requisitos. Alude al dictamen N° 12.950, de 2016, de la Contraloría General de la República que, entre otros, ha resuelto que el beneficio tiene una naturaleza discrecional, o sea, que compete exclusivamente a la municipalidad, con la aprobación del concejo, decidir su

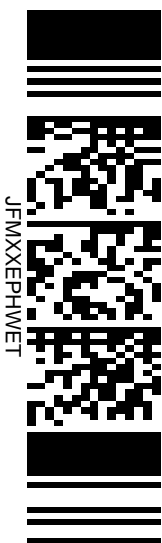


procedencia, en consideración a los recursos de que disponga, pudiendo otorgarla en la fecha que estime oportuna, rebajarla e incluso dejarla sin efecto, dentro del respectivo año o de uno para otro, sin expresión de causa, en razón de las variaciones que experimente su presupuesto.

CUARTO: Que para resolver la cuestión, resulta entonces necesario revisar los motivos que justifican el rechazo del beneficio respecto de los recurrentes, en desmedro de los otros 60 funcionarios a los que sí se les otorgó.

Al efecto el acta respectiva y certificación correspondiente, se advierte que se somete a votación el mismo oficio, que se rechazó con anterioridad, con la indicación que se votará de manera individual. Se aprobaron las asignaciones a los médicos, a los TENS, por unanimidad. En cuanto a la asignación de jefe de SAMU y recurrente de autos, esta se rechaza por parte de 4 concejales: el concejal Rosas, se basa en dictámenes y alude a otras fuentes legales. El señor Montecinos, fundado en el mismo artículo de la ley, y agrega que la solicitud obedece a intereses personales que pretenden incrementar el sueldo o a la negativa de la propuesta que se había realizado por parte de la comisión. El concejal Quezada, no rechaza la asignación, sino el porcentaje, sin dar mayores argumentos. Finalmente el señor Pérez, expone que la asignación es discrecional, estaba por rebajar la asignación, por el trabajo realizado en comisiones, por la propuesta de rebaja de la asignación para equiparar los porcentajes y que no ha visto que vaya encaminado a asegurar la entrega de atención de calidad a tiempo y forma a la comunidad, lo que no ha visto reflejado en reclamos, quejas y observaciones de la ciudadanía, las que no detalla.

Luego por asignación a Jefatura de recursos humanos, finanzas, programas y convenios, se rechazan sin ningún fundamento. En la certificación acompañada se advierte que respecto de estos tres



recurrentes se rechaza la asignación por los mismos fundamentos ya expresados respecto del primer aludido.

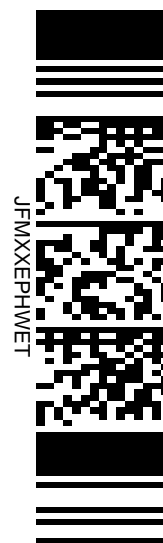
QUINTO: Que los dictámenes y normas aludidos como justificación, solo dan cuenta de las facultades discrecionales de la administración para otorgar el beneficio dispuesto en el artículo 45 de la Ley 19.378, pero no se precisa porqué razón se niega el beneficio, que habría sido otorgado regularmente con anterioridad.

La necesidad de fundamentación o motivación del acto administrativo, se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juridicidad conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada por el derecho o legalidad vigente.

Se ha expresado que por una parte, la motivación legitima el ejercicio del poder público por parte de la Administración, ya que permite comprobar la concurrencia de los supuestos de hecho y el cumplimiento de las condiciones de derecho establecidas por la norma y, en definitiva, verificar la conformidad de las decisiones del órgano emisor con el derecho vigente. Pero además, permite a los administrados impugnar dichos actos cuando no se encuentren debidamente ajustados a la normativa vigente.

La motivación es un elemento de la esencia del acto administrativo, lo que cobra especial relevancia, tratándose de facultades discrecionales de la administración.

En sentencia de 21 de abril de 2021, en los autos Rol 5.303-2021 de la Excma. Corte Suprema, en su considerando séptimo se alude a que, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Citando doctrina refiere que, “...*la potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicte en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por*



la norma que concede el margen de decisión, sino en criterios que quedan a la libre consideración de la Administración.” (Luis Cordero Vega, Lecciones de Derecho Administrativo”, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, 2015, p 83)

Más adelante y junto con reconocer que los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en facultades discrecionales, comparte que son elementos básicos del ejercicio de una potestad discrecional, sujetos a control jurisdiccional, entre otros, **el control del fin**, esto es que la potestad discrecional, por amplia que haya sido concebida, solo puede ser ejercida para los fines públicos para los cuales fue conferida, a fin de evitar la desviación del fin o del poder. También es relevante, y en lo que concierne al presente recurso, **el control de razonabilidad de la decisión**, es decir, que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse, más allá de una mera cita de normas y hechos, mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la razonabilidad, es decir, la coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que se persigue. Alude también la sentencia a que, el control de discrecionalidad debe atender al principio de proporcionalidad, la prohibición de exceso y la relación adecuada de medio a fin.

En el caso que nos convoca, la señora alcaldesa propuso mantener las asignaciones respecto de los recurrentes, por cumplirse los requisitos legales y contar con presupuesto para ello. La propuesta fue rechazada en dos ocasiones por la mayoría de los señores concejales, sin una debida justificación, lo que en el caso de autos, resulta especialmente relevante, en cuanto ello implica para los recurrentes, el no pago de una prestación que recibieron durante un largo espacio de tiempo, a diferencia de todos los demás funcionarios, a los que sí se les otorgó, constituyendo en definitiva una discriminación arbitraria que atenta contra la garantía de igualdad ante la ley.



SEXTO: Que esta Corte estima en definitiva que, ha existido por parte de la recurrida, un acto ilegal y arbitrario, al no consignar en el acta respectiva los motivos del rechazo de la asignación a los recurrentes, que den garantía de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la decisión, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, por lo que la presente acción debe ser acogida. Conforme a lo razonado, se hace innecesario referirse a la restante garantía denunciada como infringida.

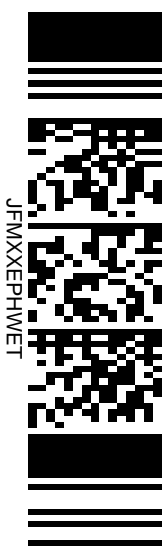
Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República; Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales **SE ACOGE, sin costas**, el recurso de protección interpuesto por **Rene del Carmen Tribiño Huenchuguala, Jorge Alejandro Romero Leguer, Jacques Michel Clara Yáñez y de Eunice Ester Hernández Olivares**, en contra de la **ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE RÍO BUENO** y en consecuencia se deja sin efecto el Acta del Concejo Municipal de Río Bueno, sesión ordinaria N° 54, de fecha 11 de enero de 2023, en cuanto rechaza de la asignación municipal correspondiente al artículo 45 de la Ley 19.378, respecto de los recurridos, y en su lugar se dispone que se aprueba la asignación referida en su favor.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción de la Fiscal Interina, Sra. Paola Oltra Schüller.

N°Protección-95-2023.

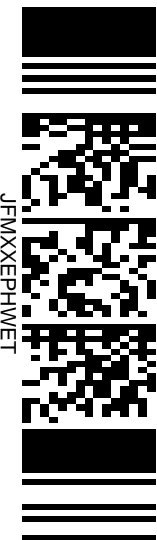




JFMXXEPHWET

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia integrada por los Ministros (as) Marcia Del Carmen Undurraga J., Luis Moises Aedo M. y Fiscal Judicial Paola Carolina Oltra S. Valdivia, catorce de abril de dos mil veintitrés.

En Valdivia, a catorce de abril de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>