

C.A. de Santiago

Santiago, veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés.

Al escrito folio 115, estése a lo que se resolverá.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que, comparece don Pablo Salvador Negrón Chu-Han, abogado, en favor de don **Sergio Andrés Tello Navarrete**, quien interpone acción de protección en contra del **Director Nacional del Fondo Nacional de Salud (Fonasa)**, por la dictación de la Resolución Exenta 4A/N°04, de fecha 3 de enero de 2019, emitida por don Marcelo Mosso Gómez, en el marco del proceso disciplinario instruido mediante la Resolución Exenta 4.2A/N°4112, de fecha 19 de diciembre 2017, que le aplicó la medida disciplinaria de destitución y en contra de la **Contraloría General de la República**, que rechazó el recurso especial de reclamación que interpuso en contra de la señalada resolución, mediante oficio N°5.967 de 23 de julio de 2020, cuya notificación fue realizada a su representado por correo electrónico de fecha 31 de julio de 2020.

Explica que es ex funcionario a contrata, administrativo, grado 14° E.U.S., Jefe de la Sucursal Santa Cruz, y que mediante la Resolución Exenta N°4.2A/N°4.112, de 19 de diciembre de 2017, que se ordenó instruir un Sumario Administrativo con el objeto de determinar la eventual responsabilidad administrativa relativa a la posible venta del uniforme proporcionado por FONASA a sus funcionarios, por parte del recurrente, Jefe de la Sucursal de Santa Cruz.

Posteriormente, indica que mediante la Resolución Exenta N°4.2A/N°4315, de fecha 29 de diciembre de 2017, se ordenó instruir Sumario Administrativo, con el objeto de determinar la eventual responsabilidad administrativa en relación a hechos irregulares informados por correo electrónico de fecha 14 de diciembre de 2017.

Señala que el día 8 de enero de 2018, ese último procedimiento disciplinario, fue acumulado al primer Sumario, mediante la Resolución Exenta 4.2A/N°220, disponiéndose por Resolución Exenta 4A/N°21, de fecha 30 de mayo de 2018, la reapertura del proceso disciplinario, designándose, en dicho acto administrativo a la fiscal doña Laura del Solar Vivanco.

Indica que el día 29 de marzo de 2018, se dicta el acto administrativo de cierre de la investigación, para con la misma fecha dictarse en un acto aparte, la aplicación de la medida preventiva de suspensión del artículo 136 de la Ley N°18.834 (folio 249).



Agrega que el 29 de marzo de 2018, se le formularon dos cargos a su representado consistentes en:

1.- Faltar, en su calidad de funcionario público, a las obligaciones a las que está afecto según lo establece el D.F.L. N°29/2004, vulnerando lo señalado en su artículo 61 letra g), que dispone al efecto: “Serán obligaciones de cada funcionario: g) Observar, estrictamente, el principio de probidad administrativa”; norma que debe ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el artículo 52 inciso 2° de la Ley N°18.575, donde se establece que este principio “(...) 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”. Lo anterior, al haber publicado el uniforme institucional, que le fuera proporcionado por el Fondo Nacional de Salud, en una página de compra y venta de bienes.

2.- Faltar, en su calidad de funcionario público, a las obligaciones a la que está afecto según lo establece el D.F.L. N° 29/2004, vulnerando específicamente lo señalado en su artículo 84, letra m), que dispone al efecto: “El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones: m) Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo”; señalando este último precepto, en lo pertinente, que el acoso laboral es “(...) toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. Lo anterior, al haber realizado un hostigamiento reiterado en contra del funcionario Patricio Henríquez Zúñiga, a través de una diversidad de actos y conductas que dan cuenta de una persecución sucesiva y prolongada en el tiempo, lo que, en definitiva, trajo aparejado un menoscabo y perjuicio de la dignidad y la situación laboral del funcionario. Entre otras conductas que se le imputan haber realizado están las siguientes: la prohibición del afectado de recibir ayuda de sus compañeras para dar información veraz y oportuna a los beneficiarios; el cuestionamiento de licencias médicas del afectado en conversaciones vía “whatsapp” con el grupo de trabajo refiriéndose irónicamente al Sr. Henríquez Zúñiga como “su mejor funcionario”; y menoscabar su trayectoria funcionaria de 15 años de manera irónica por no manejar la función “cortar y pegar” en un procesador de texto. Todas estas actitudes buscaban aislar al funcionario



afectado, dando cuenta de un hostigamiento selectivo y reiterado en su contra creando, en definitiva, un ambiente hostil de trabajo.

Reseña que el 17 de abril de 2018, dentro de plazo legal, don Sergio Tello presentó escrito de descargos, solicitando la apertura de un término probatorio, a lo que se accedió, dictándose con fecha 18 de abril de 2018, la resolución que tuvo por formulados los descargos, abriendo un término probatorio de siete días.

Refiere que el 3 de mayo de 2018, el Fiscal Javier Morales, dicta la Vista Fiscal, en cuya resolución propone como medida disciplinaria, la multa del 15% de la remuneración mensual, dejándose constancia en la hoja de vida del funcionario de la multa impuesta, mediante una anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente de tres puntos.

Señala que ese mismo día, el Fiscal dicta Resolución que levanta la medida preventiva de suspensión del artículo 136 de la Ley N°18.834 y por Resolución Exenta 4A/N°21, de fecha 30 de mayo de 2018, se ordena reabrir el proceso disciplinario, designándose como nueva fiscal, a doña Laura del Solar Vivanco.

Agrega que el 3 de julio de 2018, se efectuó una nueva formulación de cargos, consistente en los dos cargos antes descritos.

A continuación, informa que el 18 de junio de 2018, se dicta la resolución que aplica la medida preventiva de suspensión, a partir del día 19 de junio de 2018 y su representado vuelve a presentar escrito de descargos solicitando la apertura del término probatorio, oponiendo la excepción de nulidad en contra de la Resolución Exenta 4A/N°21, de fecha 30 de mayo de 2018, que reabre el procedimiento disciplinario.

Expresa que por Resolución Exenta 4A/ N°71, de 9 de octubre de 2018, se rechazó la excepción de nulidad interpuesta, y el 9 de octubre de 2018, se dicta el acto de cierre del periodo probatorio especial.

Agrega que el 22 de octubre de 2019, se dictó la vista fiscal emitida por la fiscal Laura del Solar, y que mediante Resolución Exenta N°4A/N°04, de fecha 3 de enero de 2019, el Director Nacional de FONASA, aplicó la medida disciplinaria de destitución a don Sergio Tello Navarrete.

Refiere que en contra de dicha Resolución Exenta su representado reclamó ante la Contraloría General de la República, reclamo que fue desestimado con fecha 23 de julio de 2020, mediante Oficio N°5967, cuya notificación fue realizada por correo electrónico, el día 31 de julio de 2020.

Sostiene que en el sumario administrativo se ha infringido el debido proceso, en específico, la Resolución Exenta 4A/N°21, de 30 de mayo de 2018,



que reabra el proceso disciplinario y designa nuevo fiscal, pues no se encuentra adecuadamente motivada, puesto que, a pesar de existir fundamentación, ésta es insuficiente, dado que la necesidad de completar la investigación se basa únicamente en la intención de la autoridad de considerar los hechos como una infracción grave a la probidad, solicitando que el proceso disciplinario se reabra para que esa eventual responsabilidad administrativa se demuestre. En efecto, la vista fiscal rechazada, realiza un detallado y extenso trabajo de ponderación que, si bien concluye que hay infracción a la probidad, no arriba a la convicción de que ésta sea grave.

Refiere que, en el segundo descargo planteado, su parte acusa la nulidad del acto administrativo de reapertura, puesto que no cumple con los requisitos que el órgano Contralor ha establecido para la procedencia de la reapertura de un procedimiento disciplinario. Precisa que ese incidente fue resuelto por medio de la Resolución Exenta N°71, de 9 de octubre de 2018, rechazándolo a partir de argumentos referente a que (i) la potestad sancionatoria está radicada en la autoridad administrativa y no en el fiscal sumariante, y que por tanto, (ii) no es ilegal ni desproporcionado que la jefatura imponga una medida desapegada a la propuesta fiscal; que (iii) la potestad para reabrir un procedimiento disciplinario está radicada en la autoridad, y que (iv) puede ponderar la existencia de los hechos denunciados y la gravedad de los mismos.

Aclara que no está cuestionando si la jefatura del servicio tiene o no, radicada la potestad sancionatoria o la potestad para reabrir un sumario disciplinario. Lo que se está cuestionando es que dicha potestad no se puede ocupar arbitrariamente, sino que debe respetar los límites del debido proceso, los derechos fundamentales y lo dispuesto por el principio de juridicidad.

Señala que el criterio de racionalidad, no se encuentra en la Resolución Exenta N°71, que rechaza el incidente de nulidad, puesto que los fundamentos de la decisión son amplios, vagos y no se alude a ningún antecedente del por qué se estima por la jefatura que, en la especie, existe una infracción grave al principio de probidad.

Expresa que el rechazo de la vista fiscal de doña Laura del Solar constituye una actuación arbitraria de la administración, puesto que a pesar de que la Fiscal realiza un exigente análisis del sumario, y propone como medida disciplinaria la sanción de suspensión por dos meses con goce de un 50% de la remuneración, con la correspondiente anotación de demérito, la autoridad administrativa vuelve a rechazar la vista fiscal, resolviendo la destitución, por medio de la Resolución Exenta 4A/N°04 de fecha 3 de enero de 2019, señalando



que el Jefe Superior puede formarse un juicio distinto acerca del comportamiento de un funcionario, indicando sobre el cargo N°1, que según la Fiscal sería una falta no concretada, que no es grave, habida consideración de las circunstancias atenuantes: “Sobre el particular, esta Autoridad no comparte la apreciación que hace la Fiscal en su dictamen en cuanto a la gravedad del hecho imputado, estimándose que sí constituye una falta grave al principio de probidad administrativa”. Luego, señala que: “...el hecho de que el inculpado hubiese sacado la publicación de la red, sin materializar la venta, no es óbice para considerar que el actuar que dio origen al sumario no constituya una conducta reprochable de carácter grave...”. Así, la autoridad, parte calificando el hecho como grave, sin ningún antecedente para ello.

Respecto del cargo N°2, indica que apreciando la prueba en conciencia “aparecen testimonios que son contestes en la ocurrencia de los hechos imputados, e independiente de las apreciaciones del inculpado por la falta de objetividad de dichas deposiciones, son antecedentes que constituyen un medio de prueba idóneo para dar por acreditada la existencia de actos que pueden calificarse como vejatorios por parte de don Sergio Tello...”.

Narra que el Servicio decretó la destitución, cuestión que a la Contraloría General de la República, en su Oficio N°5.967 de fecha 23 de julio de 2020, no le pareció irregular, a pesar de contravenir el debido proceso, con una motivación precaria e insuficiente, lo que convierte su decisión en arbitraria. Agrega que para acreditar los cargos, la administración se valió de correos electrónicos y conversaciones de Whatsapp, obtenidas de manera ilícita.

Sostiene que lo que debería proceder en este caso, es que se ordene la reapertura del procedimiento disciplinario hasta antes de la formulación de cargos, con el fin de excluir la prueba contaminada, que no cuenta con autorización, y volver a tramitar el sumario administrativo, con total prescindencia de dicha prueba (a menos de que se obtenga la expresa autorización de los intervinientes).

En este sentido, no puede ser la medida disciplinaria de destitución, una sanción aplicable a su representado, obtenida de un procedimiento que vulneró el debido proceso. Agrega que la sanción impuesta es desproporcionada, pues no se fundamentó la decisión que la sustenta ni se reconocen las circunstancias atenuantes que favorecen a su representado, quien reconoció los hechos e indicó que tiene un probable diagnóstico de depresión severa y por ello, ha tomado malas decisiones, por tanto, el estado de salud mental de su



representado debió ser considerada como una causal eximente, o al menos, atenuante de responsabilidad administrativa.

Señala que don Sergio Tello, alega en sus descargos (folio 261 y 343) no haber actuado de mala fe y que atendido que la publicación estuvo en la red por menos de 24 horas, el carácter esporádico y puntual de la conducta, y el hecho de que el uniforme no fue vendido, la gravedad de la infracción es menor y no obtuvo ningún tipo de beneficio económico.

Refiere que su parte desde el año 2005 trabaja en FONASA y que en la época que acaecieron los hechos fue calificado en Lista N°1 de distinción, manteniendo irreprochable conducta anterior.

Por lo anterior, pide que se acoja la acción de protección y se deje sin efecto la resolución Exenta 4A/N°04 de fecha 3 de enero de 2019, y por ende, la medida disciplinaria de destitución, contemplada en el artículo 121, letra d), del D.F.L. N°29, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo, o en su defecto, se ordene la aplicación de una medida disciplinaria menos gravosa y proporcional; junto con ello se solicita, en consecuencia, la reincorporación del funcionario a FONASA, con el pago de todas las remuneraciones, y otros emolumentos que en dicha calidad habría tenido derecho a percibir, por el tiempo intermedio entre la desvinculación, y el día efectivo de su reincorporación; con costas.

Segundo: Que, don Jorge Troncoso Estrada, abogado en representación de la recurrida Fondo Nacional de Salud, evacúa informe, en el cual afirma que la medida de ordenar reabrir el sumario y aplicar una medida disciplinaria distinta a la propuesta por la Fiscal Instructora no es arbitraria, máxime si del acto administrativo por el cual se recurre, ha sido oportunamente comunicado, fundamentado, tramitado y tomado de razón por el ente de control, por lo tanto, malamente se puede argumentar que el acto recurrido es ilegal o arbitrario, además de señalar que las razones de su desvinculación, obedecen estrictamente a criterios que la autoridad evaluó y ponderó en su justa medida.

Tercero: Que, la Contraloría General de la República, informa al tenor del recurso, señalando que la acción de protección impugna formalmente el Oficio N°5.967, de 23 de julio de 2020, de la Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, que rechazó el reclamo interpuesto por el interesado -al tenor del artículo 160 de la Ley N°18.834- en contra del proceso sumarial realizado por el Fondo Nacional de Salud, a cuyo término se le sancionó con la medida disciplinaria de destitución, toda vez que no se advirtió que en la tramitación y resolución del respectivo procedimiento sumarial, dicha entidad pública hubiere



incurrido en ilegalidades o arbitrariedades que pudieran afectar la validez de tal procedimiento.

Señala que al término del correspondiente procedimiento sumarial, FONASA, a través de su resolución 4A N°4, de 3 de enero de 2019, determinó, en lo que interesa, aplicar al señor Tello Navarrete la medida disciplinaria de destitución por su responsabilidad administrativa en los hechos antes reseñados, medida que fue ratificada por su similar N°42, de 27 de febrero de 2019, que rechazó el recurso de reposición deducido por el actor y confirmó la sanción expulsiva aplicada.

Indica que ese último acto administrativo fue tomado razón por el órgano de control, el día 19 de marzo de 2019. Posteriormente, el aludido oficio N° 5.967, de 2020, desestimó el reclamo interpuesto por el interesado en virtud del artículo 160 de la Ley N° 18.834, por cuanto, no se advirtió la existencia de vicios que afectaran la validez del sumario en cuestión.

Hace presente que si bien el actor formalmente impugna el oficio N°5.967, de 2020 de la Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, solo a efectos de computar el plazo fatal de 30 días corridos para interponer la presente acción cautelar, pues no alega arbitrariedad o ilegalidad alguna en relación al precitado oficio. De este modo, de la lectura del libelo del recurrente se advierte que, por su intermedio, busca dejar sin efecto las resoluciones 4A N°4, de 2019, que dispuso la aplicación de la medida disciplinaria en comento, y 42, de la misma anualidad, que desestimó el recurso de reposición y confirmó la sanción aplicada, ambas de FONASA, toda vez que son aquellos actos administrativos los que eventualmente le causarían un agravio al interesado.

Asevera que la determinación de aplicar una medida disciplinaria no corresponde a una actuación de ese órgano fiscalizador, sino de la superioridad dotada de la potestad sancionatoria, en este caso, FONASA, y ello se ve corroborado por cuanto todas las alegaciones del recurrente dicen relación con los actos administrativos a través de los cuales dicha entidad materializó su destitución.

Manifiesta que las controversias planteadas en la acción de protección son ajenas a su naturaleza cautelar y exceden su ámbito de aplicación, toda vez que lo que se pretende es un nuevo análisis de la prueba rendida en un procedimiento administrativo afinado y una nueva ponderación de la sanción aplicable.

Sostiene que el recurso de protección no es un medio idóneo para impugnar procedimientos disciplinarios, como pretende el recurrente, ya que las



normas que regulan su tramitación contienen todos los elementos necesarios para configurar un debido proceso y asegurar una adecuada defensa del sumariado.

Señala que la Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, al emitir el antedicho oficio N°5.967, de 2020, solo ha ejercido las competencias que le han sido asignadas, en virtud de los artículos 6°, 7° y 98 de la Constitución Política de la República; artículos 1° y 8° de la Ley N°10.336, y 160 de la Ley N°18.834, por lo que la actuación recurrida se ha emitido de acuerdo a la habilitación que las mencionadas normas constitucionales y legales han otorgado a la Contraloría General, con estricto apego y respeto al ordenamiento jurídico sustantivo que rige la materia.

Indica que el actor reclama que esa entidad de control, a través del oficio N°5.967, de 2020, habría actuado en forma irregular al no intervenir en la forma en que él pretendía, esto es, cuestionando la ponderación de los hechos imputados y los respectivos medios de prueba que motivaron la adopción de la medida expulsiva que le afecta.

Expresa que realizado el estudio de la carpeta investigativa, pudo constatar que las faltas imputadas al actor en autos se encontraban acreditadas por FONASA, incluso habiendo reconocido el actor la ocurrencia del hecho que constituye el primer cargo, pudiendo además observar que se han respetado las normas de un racional y justo procedimiento, por cuanto el peticionario presentó su declaración, descargos, pruebas y recursos pertinentes, tramites que de acuerdo con lo expresado, entre otros, en los dictámenes N°s. 78.393, de 2010, y 72.440, de 2016, esta Institución de Control estima esenciales para garantizar su derecho al debido proceso.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida de destitución aplicada, señala que la calificación de la gravedad de la falta cometida queda entregada primariamente a la jefatura competente del servicio empleador -en este caso, de FONASA-, pudiendo esa Contraloría General objetar la determinación adoptada si del examen del expediente se observa alguna infracción al debido proceso, a la normativa que regula la materia, o bien, una decisión de carácter arbitraria, lo que no consta haya sucedido.

En relación con la supuesta falta de motivación de la cuestionada resolución 4A N°42, de 2019, se advirtió que el acto contenía los argumentos y raciocinio que justificaban tal determinación.



Agrega que el actor no ha acreditado de qué forma la actuación por parte de la nombrada Contraloría Regional habría conculcado la aludida garantía constitucional.

Cuarto: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Quinto: Que entonces es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia actual de un acto o una omisión ilegal o arbitraria y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado, de manera tal de situarse la Corte en posición de adoptar alguna medida que contrarreste, neutralice o anule los efectos indeseables de esa acción u omisión.

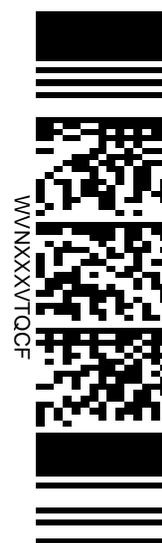
Asimismo, se ha sostenido que la acción de protección no constituye una instancia por la que se persiga una suerte de debate respecto de la procedencia o improcedencia de un derecho, sino que su real objeto está constituido por la cautela de un derecho indubitado.

Sexto: Que resultan hechos no controvertidos, pertinentes para resolver y acreditados con los antecedentes agregados a los autos y valorados conforme a las reglas de la sana crítica, los siguientes:

a) El actor ingresó a Fonasa en calidad de ejecutivo en el año 2007 como ejecutivo de salud, siendo ascendido a contar del 1 de febrero de 2016, en calidad de jefe de la Sucursal de Santa Cruz;

b) Mediante la Resolución Exenta 4.2A/N° 4112, de fecha 19 de diciembre de 2017, se ordenó instruir Sumario Administrativo con el objeto de determinar eventuales responsabilidades administrativas relativas a la posible venta del uniforme proporcionado por FONASA a sus funcionarios, hecho que podría constituir incumplimiento grave de las obligaciones funcionarias y vulneración del principio de probidad administrativa de parte del funcionario Sergio Andrés Tello Navarrete, Jefe de la Sucursal de Santa Cruz;

c) Posteriormente, por medio de la Resolución Exenta 4.2A/N° 4315, de fecha 29 de diciembre de 2017, se ordenó instruir Sumario Administrativo también con el objeto de determinar eventuales responsabilidades administrativas en relación a hechos irregulares informados mediante correos electrónicos de fecha 14 de diciembre de 2017, los que podrían constituir

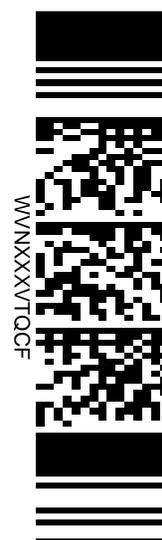


incumplimiento grave de obligaciones funcionarias por parte de funcionarios del Fonasa de la Sucursal de Santa Cruz, proceso disciplinario ordenado acumular al Sumario Administrativo incoado mediante Resolución Exenta 4.2A/N° 4112, de 2017, ya singularizado, a través de la Resolución Exenta 4.2A/N° 220, de fecha 08 de enero de 2018, para finalmente, por medio de la Resolución Exenta 4A/N° 21, de fecha 30 de mayo de 2018, se dispuso la reapertura del referido proceso disciplinario, designándose en dicho acto administrativo como nuevo fiscal a la funcionaria doña Laura del Solar Vivanco;

d) Que, como consecuencia de todos los antecedentes y probanzas reunidas durante la etapa de investigación, la señora fiscal instructora formuló cargos a don Sergio Andrés Tello Navarrete, RUT N° 15.545.330-3, funcionario a contrata, administrativo, grado 14° E.U.S., Jefe de la Sucursal de Santa Cruz, por haber vulnerado en su calidad de funcionario público, la obligación funcionaria establecida en el artículo 61, letra g), del Estatuto Administrativo, que dispone: "Serán obligaciones de cada funcionario": "g) Observar estrictamente el principio de la probidad administrativa regulado por la ley N° 18.575 y demás disposiciones especiales", y por contravenir la prohibición funcionaria prescrita en el artículo 84, letra m), del mismo cuerpo normativo, que establece: "El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones:" letra m) "Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo", conductas que a su vez la fiscal subsumió en la letra l), del artículo 84, del mismo cuerpo normativo, norma que prohíbe: "realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios...";

e) Con fecha 22 de octubre de 2019, se dicta la Vista Fiscal emitida por la Fiscal señora Laura del Solar, proponiendo a la autoridad la sanción de suspensión de funciones por dos meses con goce de un 50% de las remuneraciones, con su correspondiente anotación de demérito de acuerdo con lo previsto en el artículo 124 del Estatuto Administrativo. En dicha Vista Fiscal, la señora instructora consideró especialmente la existencia de circunstancias atenuantes que morigeran la sanción a imponer al funcionario investigado (basamento 17° y 18° del dictamen);

f) Al término del correspondiente procedimiento sumarial, FONASA, a través de su Resolución 4A N° 4, de 3 de enero de 2019, determinó, en lo que interesa, aplicar al señor Tello Navarrete la medida disciplinaria de destitución por su responsabilidad administrativa en los hechos antes reseñados, medida que fue ratificada por su similar N° 42, de 27 de febrero del mismo año, que



rechazó el recurso de reposición deducido por el actor y confirmó la sanción expulsiva aplicada;

g) Este último acto administrativo fue, luego, tomado razón por la Contraloría General de la República, el día 19 de marzo de 2019. Posteriormente, mediante oficio N° 5.967, de 2020, se desestimó el reclamo interpuesto por el interesado en virtud del artículo 160 de la Ley N° 18.834, por cuanto, no se advirtió la existencia de vicios que afectaran la validez del sumario en cuestión;

h) La resolución que sancionó al actor no refirió la concurrencia ni valoración de circunstancias atenuantes en favor del inculpado.

Séptimo: Que, para la decisión de la cuestión debatida, se debe tener en consideración que la medida disciplinaria de destitución es la sanción más gravosa que contempla el estatuto administrativo para un funcionario público, pues el afectado no solo pierde el empleo que sirve, sino que además queda impedido de ingresar a la Administración Pública por el lapso de cinco años, sin perjuicio, de otras normas especiales que contengan prohibiciones similares. Asimismo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, ha señalado que: *“el control judicial de las facultades disciplinarias de los órganos de la Administración del Estado abarca la revisión de la legalidad de la decisión adoptada, más no el mérito de la misma, cuestión que por su propia naturaleza y en función del reparto de competencias fijado por la Carta Fundamental, corresponde a la Administración activa. Siendo ello así, el examen de legalidad que comprende analizar la razonabilidad de la medida adoptada y si se ha cumplido el principio de proporcionalidad. Así, el control judicial adquiere relevancia si se tiene en cuenta que el ilícito disciplinario además de principios de tanta relevancia como la reserva legal o la tipicidad, ceden ante la regulación legislativa de ilícitos configurados en la forma de tipos abiertos, indeterminados y, en ocasiones, en blanco”* (SCS de 22 de agosto de 2022, en recurso Rol N°832-2022).

Octavo: Que el artículo 52 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece que los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa, señalando que este “consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”. Su inciso final indica que su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes y el párrafo 4° del mismo Título. A su turno, en el párrafo 4° antes referido, se



encuentra el artículo 64 N° 3, que dispone que contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, entre otras conductas, emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros.

Por su parte, el artículo 125 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, dispone que la medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa y en los casos que reseña en la letra a) a e).

De este modo, una contravención especial del principio de probidad administrativa implica una vulneración de la misma, que acarrea en su supuesto de mayor gravedad, la destitución del infractor, más no necesariamente, en otros casos desprovistos de la gravedad del hecho calificada en su mayor expresión.

Noveno: Que, en el contexto de los hechos y del marco normativo antes descrito, fluye que, efectivamente, el actor incurrió en una conducta que vulnera especialmente la probidad administrativa, en la medida que publicó fotos de su uniforme institucional en un portal web de compra y venta de bienes. Asimismo, se formularon cargos por haber realizado hostigamientos reiterados en contra de un funcionario que se individualiza en la investigación, mediante actos y conductas que daban cuenta de una persecución sucesiva y prolongada en el tiempo, provocando un menoscabo en la situación laboral de dicho servidor. No obstante, la señora Fiscal en su pesquisa constató que no hubo actos de maltrato reiterado u hostigamiento en contra del referido funcionario por parte del recurrente, sino que se trató de comentarios impertinentes y mordaces, además de un mal manejo de situaciones de contingencia y varios cuestionamientos indebidos a documentos médicos que no fueron desacreditados mediante el adecuado procedimiento, lo que a juicio de la investigadora, configura asimismo una falta a la probidad funcionaria (fundamento 17° de su propuesta).

Sin embargo, tales circunstancias no determinan necesariamente la aplicación automática de la medida disciplinaria de destitución, toda vez que la autoridad administrativa debe ponderar la existencia de otros factores que mitiguen o excluyan la responsabilidad administrativa, de manera tal que de ser así, ella se encontraría en el imperativo de aplicar una sanción proporcional a las faltas cometidas y a sus circunstancias concomitantes.

Décimo: Que, conforme al razonamiento previo, debe considerarse entonces que, el actor es un funcionario que se desempeñó en el Servicio por el lapso de 12 años aproximadamente; que en definitiva no se concretó la venta del uniforme; que el indagado reconoció el hecho investigado; la circunstancia que



presentó disculpas a la autoridad pertinente, realizando gestiones tendientes a la devolución del uniforme, además de la aminorante desarrollada por la señora Fiscal en la motivación 18° de su informe. Tampoco se acreditó que el actor haya sido objeto de alguna medida disciplinaria con anterioridad a los hechos investigados, supuestos que además, la resolución recurrida no incorporó como antecedente al análisis.

Así las cosas, si bien las conductas ilícitas en que aquél incurrió, son reprochables, a juicio de esta Corte aquellas no permiten imponer la medida disciplinaria más gravosa de destitución, pues ello importaría una violación al principio de proporcionalidad y, por lo mismo, de la garantía de igualdad ante la ley.

Undécimo: Que, en consecuencia, a criterio de este tribunal, la sanción impuesta es desproporcionada y por ello desprovista de la racionalidad que debe orientar a los actos sancionadores de la Administración. A su vez, resulta irracional, pues no ha ponderado criteriosamente y tenido en cuenta las circunstancias atenuantes de responsabilidad que favorecían al actor o la conciencia de la gravedad del ilícito.

En este sentido, la Excma. Corte Suprema ha asentado que la proporcionalidad “apunta a la congruencia entre la entidad del daño provocado por la infracción y el castigo a imponer” (Rol 5830-2009) y en la especie las infracciones atribuidas al actor, si bien ameritan su corrección disciplinaria, no son de una entidad suficiente como para justificar la sanción más gravosa del ordenamiento jurídico para un funcionario público, circunstancia que permite no sólo calificar el acto recurrido como arbitrario, sino que además asentar la vulneración de la igualdad ante la ley, garantizada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, en relación con otras personas que en situación similar o incluso superior, son sancionadas con medidas disciplinarias menos gravosas.

Duodécimo: Que, en razón de lo reflexionado precedentemente, aparece que la aplicación de la sanción de suspensión del empleo por dos meses con goce del 50% de sus remuneraciones establecida en los artículos 121 letra c) y 124 del Estatuto Administrativo, que en su oportunidad recomendó la Fiscal del sumario administrativo, es aquella que debe ser aplicada tomando en cuenta la gravedad de las faltas cometidas, sanción que corresponde tener por cumplida en relación al tiempo transcurrido hasta la fecha desde la separación definitiva del Servicio que afectó al actor, debiendo el Servicio recurrido restablecerle en el



empleo, con las remuneraciones y beneficios correspondientes desde la época de la separación de labores.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, **SE ACOGE**, sin costas, el recurso de protección interpuesto en favor de don **Sergio Andrés Tello Navarrete**, en contra del **Director Nacional del Fondo Nacional de Salud (Fonasa)**, y de la **Contraloría General de la República**. En consecuencia, **se deja sin efecto** la Resolución Exenta 4A/N°04 de fecha 3 de enero de 2019, y por ende, la medida disciplinaria de destitución, contemplada en el artículo 121, letra d), del D.F.L. N°29, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo. Asimismo, **se invalida** el Oficio N° 5.967, de 23 de julio de 2020, de la I Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, que rechazó el reclamo interpuesto por el interesado al tenor del artículo 160 de la ley antes referida, y en su lugar se dispone la sustitución de la sanción y efectos determinados en el considerando duodécimo precedente.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redactó el ministro señor Antonio Mauricio Ulloa Márquez

N°Protección-80173-2020.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Antonio Ulloa Márquez e integrada por la Ministra (S) señora Carolina Bustamante Sasmay y por el Abogado Integrante señor Jorge Gómez Oyarzo. No firman la Ministra (S) señora Bustamante por haber terminado su suplencia ni el Abogado Integrante señor Gómez por encontrarse ausente.



Proveído por el Señor Presidente de la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, a veintinueve de septiembre 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 03 de septiembre de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>