

EN LO PRINCIPAL: Deduce Recurso de Protección; EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Se Oficie; EN EL TERCER OTROSÍ: Patrocinio y poder.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN.

DUBERLI GUERRERO MAYORGA y DAVID ZÚÑIGA HERMOSILLA, abogados, en calidad de mandatarios judiciales de la Municipalidad de Hualpén, como se acreditará, representada ésta a su vez por su Alcaldesa doña KATHERINE TORRES MACHUCA, conforme a Decreto Alcaldicio de proclamación N° 6362 de fecha 06.12.2018, todos con domicilio para estos efectos en calle Chaitén número 8070, de la comuna de Hualpén, a US. Itma., respetuosamente decimos:

Que, encontrándonos dentro de plazo legal venimos en interponer Recurso de Protección en contra de la Contraloría Regional del Bío-Bío, dirigida por don Ricardo Betancourt Solar, Contralor Regional del Bío-Bío, ambos domiciliados en calle O'Higgins Poniente N° 74 de la ciudad de Concepción, producto de la dictación del Oficio N° 9.276 de fecha 27 de noviembre de 2018, REF N° 89.073/2018, de Contraloría Regional del Bio-Bio dirigido a la Sra. Alcaldesa de la comuna de Hualpén, y por las circunstancias de hecho y derecho que pasamos a exponer:

Que el recurso de protección por este acto interpuesto se fundamenta en la privación y/o perturbación, en forma arbitraria e ilegal de la garantía consagrada en el artículo 19 N°2 que consagra la igualdad ante la ley, el cual a juicio de este Municipio ha sido conculcado por el oficio antes indicado.

A) DEL CONOCIMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA FRENTE AL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Sobre ese punto, preciso es indicar que los Tribunales de la República ejercen de manera irrenunciable el control de toda actuación administrativa de los órganos y servicios que conforman la Administración del Estado según lo prescrito en el artículo 1 de la Ley 18.575 Ley Orgánica Constitucional del Estado de Bases Generales de la Administración del Estado, por mucho que éstos gocen de autonomía, como es el caso de la Contraloría. Y ello por una razón muy sencilla, esa autonomía no alcanza a ser una excepción a todo control judicial, puesto que éste último control es a su vez un control de última ratio frente a decisiones que pueden vulnerar el principio de legalidad toda vez que "Ninguna magistratura... pueden atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que EXPRESAMENTESE LES HAYAN CONFERIDO EN VIRTUD DE LA CONSTITUCIÓN O LAS LEYES".

B.- ANTECEDENTES.

1.- En efecto, la presente acción constitucional tiene como objeto que S.S. ltma, deje sin efecto o en su caso enmiende con arreglo a derecho, el Oficio N° 9.276 de fecha 27 de noviembre de 2018, REF N° 89.073/2018 emanado de la Contraloría Regional del Bio-Bio a la Alcaldesa de Hualpén, por ser un acto ilegal y/o arbitrario en su dictación. Hacemos presente a US.ltma. que dicho oficio del Órgano Contralor fue notificado por medio de correo electrónico de fecha 28 de noviembre del año en curso a nuestro Municipio.

Que siguiendo con nuestro relato, el citado oficio de esa Casa de Fiscalización expresa lo siguiente:

“...por lo que corresponde que la Alcaldesa de la Municipalidad de Hualpén arbitre las medidas necesarias para que el mencionado funcionario (El Director de Control) pueda realizar las actuaciones necesarias para el cumplimiento de su función”.

2.- Lo anterior tiene como antecedente el ordinario N° 73 de fecha 26 de abril de 2018, del Director de Control a Alcaldesa de Hualpén, mediante el cual sometió a aprobación de la Autoridad Comunal, el Programa de Auditoría de dicha Dirección municipal para el año 2018, el cual contenía trece auditorías en diversos temas, sobre los cuales versarían sus labores, solicitando además en el mismo acto el visto bueno y aprobación al Programa de Auditoría. Esto resulta ser de suma importancia toda vez que el mismo Director de Control, junto con presentar su programa de fiscalización interno, REQUEIRE SU AUTORIZACIÓN EXPRESA con lo cual reconoce la jerarquía de la Alcaldesa en el plano de la dirección y administración superior del Municipio y que el órgano Contralor Regional desconoce en el oficio objeto de esta acción de protección.

3.- De la revisión, análisis y ponderación del Programa de Auditoría propuesto por el referido Director de Control, la Alcaldesa de Hualpén emitió instrucciones por medio del ordinario N° 1682 de fecha 15 de junio de 2018 en uso de lo preceptuado en el artículo 63 de la Ley N° 18.695, para reemplazar el referido programa de fiscalización, además de “representar a Ud. los incumplimientos que se advierten en el ejercicio de las funciones que le competen dentro de la gestión interna, conforme a la legalidad”, y que se relacionan con la gestión fiscalizadora al interior del Municipio.

4.- En efecto, mediante el citado Ordinario N° 1682 se representa el incumplimiento del Director de Control, de remitir el informe de evaluación final respecto del plan anual ejecutado por la Dirección de Control de la Municipalidad de Hualpén al 31 de diciembre de 2017 y su falta de conclusiones sobre el citado plan, faltando con ello con su obligación de mantener antecedentes directos y fidedignos que permitan a la Autoridad Comunal evaluar su nueva propuesta de Plan Anual de Trabajo 2018 y así arbitrar, nuevas

medidas de carácter administrativo tendientes a la mejor cautela patrimonial del Municipio. Ello resulta ser de suma importancia para la buena marcha de la gestión financiera y presupuestaria del Municipio, pues se configura una carencia de antecedentes relevantes para la adopción de medidas administrativas y de ejecución presupuestaria y dar cumplimiento a los principios de eficiencia, eficacia y probidad, consagrados en la Ley N° 19.880.

5.- Junto con ello el citado ordinario emanado de la Alcaldía, le representó la tardía propuesta de carga de trabajo de la Dirección de Control, la cual fue remitida por dicha Dirección Municipal a la Autoridad Comunal, a través del ordinario N° 73 de fecha 26 de abril de 2018. Ello no resultaba ser baladí, toda vez que ya se terminaba el primer trimestre del año 2018.

6.- Del mismo modo, por medio del citado ordinario N° 1682 de fecha 15 de junio de 2018 en el punto 3 sobre Auditoría Ejecución de proyectos, se le representaba el incumplimiento de la Auditoría Especial, ordenada por la misma Contraloría Regional del Bio-Bio, a través del Informe 861/15 y que dio origen a la dictación del Decreto Alcaldicio N° 1322 de fecha 4 de agosto de 2016 que venía a aprobar el programa de auditoría 2016, Plan de Fiscalización Especial, en el que se designaba como responsable de su ejecución a don Gonzalo Araya Manríquez quien a esa fecha y hasta la actualidad ejerce como Director de Control de esta Casa Edilicia.

7.- La Autoridad Comunal a través del citado Ordinario, instruyó la mantención, reemplazo y/o complementación de los trabajos propuestos por el Director de Control, con el objeto de incorporar aspectos relevantes necesarios para el Municipio y que se enmarcan dentro de las facultades legales contempladas en los artículos 1, 2, 12, 15 y 56 de la Ley N° 18.695 y artículo 61 de la Ley N° 18.883, que consagran que el Alcalde es la Máxima Autoridad de la Municipalidad, que como tal le corresponde la dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento, que ejercerá un control jerárquico permanente del funcionamiento de sus unidades y de la actuación del personal bajo su dependencia.

8.- Que, en respuesta al precitado Oficio N° 1682, el Director de Control emitió el Oficio N° 121 de fecha 19.06.2018, dirigido a la Alcaldesa de Hualpén, remitiendo el Programa de Auditoría para el año 2018 con “las modificaciones y retiros por usted sugeridas en atención a lo instruido en su oficio N° 1682 de fecha 15 de junio de 2018, y a lo establecido en la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidad Artículo N° 29, Letra A”.

Cabe destacar que éste último Programa de Auditoría Interna remitido por el Director de Control, no contemplaba las prioridades ni comprendía los períodos determinados e instruidos por la Administración Comunal. Así, a modo de ejemplo, sobre la “Auditoría sobre Ejecución de Proyectos”, la Máxima Autoridad Comunal ordenó derechamente su reemplazo, lo que el Director de Control desacató. En otras Auditorías el Control Interno Municipal hace caso omiso de los períodos instruidos para auditar determinadas materias, como ocurre con la Auditoría Operativa Gestión Municipal.

Es por esta razón que la Alcaldesa de Hualpén emitió el Oficio N° 1903 de fecha 23 de julio de 2018, dirigido al Director de Control, en el que le señala a dicho director, que su Propuesta modificada de Plan de Trabajo no mantenía el orden de prelación, ni comprendía los períodos determinados conforme a los objetivos de la gestión municipal indicado por previamente por la Autoridad Comunal, constituyendo el no acatamiento a una instrucción directa impartida por el jefe superior del servicio, infringiéndose de esta manera las obligaciones estatutarias del artículo 58 letra b) y f) de la Ley N° 18.883, referidas al deber del citado director de controlar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la Municipalidad y a la mejor prestación de los servicios que ésta presenta, y obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico.

9.- Dicho sea de paso, y si bien no forma parte del presente recurso, el referido Oficio N° 1903 igualmente aborda una situación que afecta al Director de Control, consistente en la designación como sujeto pasivo de lobby de éste, mediante Decreto Alcaldicio debidamente dictado. Lo cierto es que en forma permanente y haciendo caso omiso de su condición de tal, el Director de Control ha sostenido diversas reuniones, principalmente con Concejales de la Comuna de Hualpén, sin acatar las formas reguladas en la Ley N° 20.730.

A este respecto, el aludido Director de Control dirige el Oficio N° 122 de fecha 19.06.2018 a la Alcaldesa de Hualpén, haciendo presente su disconformidad con su designación como sujeto pasivo de lobby.

En respuesta a este Oficio N° 122, la Autoridad Comunal se hace cargo de lo manifestado por el Director de Control en el precitado Oficio N° 1903 de fecha 23.07.2018, señalando: “Respecto de ser sujeto pasivo de Lobby, esta Autoridad Comunal le recuerda que Ud. Mantiene la calidad de funcionario subalterno de la suscrita, según el art 56 de la Ley N° 18.695, afecto a todas las disposiciones legales estatutarias que obligan al personal municipal a cumplir lo mandado por un decreto alcaldicio. Por tanto, el mérito de distinguir de quién o quiénes se someterán a la regulación que impone la Ley N° 20.730 le corresponde a la suscrita (Alcaldesa), sin perjuicio de ello se le recuerda nuevamente que mantiene esa calidad de sujeto pasivo de lobby desde la anterior Administración Comunal, y debe cumplirla a cabalidad...”.

10.- Volviendo al tema relativo al Programa de Auditoría para el año 2018, el Director de Control disconforme con la representación formulada por la alcaldesa y por la instrucción de reemplazar las acciones y prioridades del Plan Anual de Trabajo propuesto, formuló una presentación ante la Contraloría Regional del Bio-Bio con fecha 16 de agosto de 2018, la cual fuera signada bajo el N° 89.073, la cual, en la parte que interesa, señala que:

“Acorde a lo expresado por la Autoridad Comunal en el número 2 de su oficio sobre el plan anual de trabajo 2018, dicha instrucción versa sobre efectuar modificaciones al Plan de Auditoría 2018 a temas que en algunos casos los períodos de análisis planteados por la autoridad comunal se encuentran prescritos.

Lo anterior configura el hecho de que ahora en adelante el programa de auditoría quedará supeditado a lo que la Autoridad Comunal desee que se audite, vulnerando con esto el principio de independencia de las direcciones de control para determinar las áreas que de acuerdo a una evaluación previa, son susceptibles de examinar de acuerdo a factores de riesgo y no en base a pedidos de la autoridad comunal”.

11.- En virtud de la denuncia ya indicada, la Contraloría requiere informe jurídico a la Municipalidad de Hualpén mediante Oficio N° 7.066 de fecha 23 de agosto de 2018, informe que fue respondido a través del Ordinario N° 2495 a Contraloría de fecha 26 de septiembre de 2018, y en el que se indica lo siguiente:

A. “En primer término cabe precisar que el Director de Control mantiene la calidad de funcionario municipal regulado por la norma estatutaria Ley N° 18.883, por tanto, no exento de cumplir cabalmente las obligaciones y prohibiciones que ello importa, lo que resulta legalmente aplicable en su condición de nombramiento, todo ello, en plena armonía, con las exigencias que señala la letra a), del artículo 61, de la ley 18.883 y artículo 10°, de la Ley 18.575, referidas al control jerárquico y la supervigilancia que le corresponde ejercer a esta Autoridad Comunal.

B. “Lo anterior resulta ser relevante por cuanto, en atención a lo dispuesto en el artículo 118 de nuestra Carta Fundamental y que es reiterada por el artículo 56 de la Ley N° 18.695, el alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento. Ello no resulta ser baladí por cuanto estas normas junto a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley N° 18.883 letra f) consagran el poder jerárquico que ostenta esta Autoridad Comunal sobre los demás funcionarios, incluido el Director de Control, el cual lo podemos definir como una relación entre dos o más sujetos, en donde uno o más de alguno están supraordenados respecto del otro u otros, que están subordinados a éste.

C. “En este escenario, subyace que el citado funcionario de Control, mantiene la calidad de subalterno de esta Autoridad Comunal y por ende debe necesariamente responder por el cumplimiento de su trabajo anual y esta Jefatura obviamente puede intervenir conforme lo habilita el artículo 12° de la Ley N° 18.695, dictando instrucciones y/o decretando procesos y procedimientos administrativos para mejor resolver en la gestión interna, debiendo dejar claramente establecido que no existe ningún antecedente objetivo, instrucción o procedimiento administrativo decretado, que anule, limite o no permita al citado Director de Control el ejercicio de sus funciones conforme a los preceptos contenidos en el artículo 29 de la citada Ley (18.695)”.

12.- Pues bien US. Iltrma., con fecha 27 de noviembre de 2018 mediante Oficio N° 9.276 la Contraloría Regional del Bio-Bio se pronuncia sobre el requerimiento planteado por el Director de control, dictaminando que:

“...Se debe concluir que si bien la oportunidad del ejercicio de la función de efectuar la auditoría operativa interna del municipio queda entregada al director de control, esta facultad, dada su vital importancia de fiscalizar la eficiencia, eficacia y economicidad de los recursos fiscales no puede dejar de ejercerse, habida consideración de la dependencia técnica de esta Sede de Control a la que se encuentran sujetos estos servidores, de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 18 de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de este Ente Fiscalizador, **por lo que corresponde que la alcaldesa de la Municipalidad de Hualpén arbitre las medidas necesarias para que dicho funcionario pueda realizar las actuaciones necesarias para el cumplimiento de su función**”

13.- Respecto de este último dictamen del Ente Contralor Regional, es que venimos en accionar constitucionalmente por tratarse de un acto ilegal y/o arbitrario, conforme a los argumentos de hecho ya señalados y a las consideraciones de derecho que se pasan a exponer:

C.- ACTO ILEGAL Y/O ARBITRARIO

14.- Estimamos que la instrucción contenida en el dictamen N° 9.276 de fecha 27 de noviembre de 2018, de la Contraloría Regional del Bio-Bio a la Alcaldesa de Hualpén, **es ilegal y/o a lo menos arbitraria.**

C.1 El acto es ilegal.

15.- Ello por cuanto el acto recurrido contraviene manifiestamente la Constitución Política de la República en su artículo 6, 7 y 19 N°2, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, la Ley N° 18.883 Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y la Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, en razón que la Contraloría Regional del Bio Bio entrega mediante el Oficio recurrido potestades extralimitadas, fuera del marco normativo, a la Dirección de Control de esta Casa Edilicia, infringiendo los siguientes preceptos constitucionales y legales:

El artículo 118 inciso primero de la Carta Fundamental prescribe que: “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo.”

El artículo 2 de la Ley N° 18.695 consagra que: “*Las municipalidades estarán constituidas por el alcalde, que será su máxima autoridad, y por el concejo*”.

En el mismo sentido, el artículo 12 del mismo texto legal emana la facultad de las Municipalidades para dictar ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios **E INSTRUCCIONES**, y, en la parte que interesa, señala que “las instrucciones serán directivas impartidas a los subalternos”.

Por su parte, su artículo 15 de la Ley N° 18.695 prescribe que: “*Las funciones y atribuciones de las municipalidades serán ejercidas por el alcalde y por el concejo en los términos que esta ley señala*.”

Asimismo, el artículo 29 de la Ley N° 18.695, consagra las funciones que le corresponden a la Dirección de Control de las Municipalidades, expresando en su letra a) que: *La unidad encargada del control le corresponderán las siguientes funciones: letra a) Realizar la auditoría operativa interna de la municipalidad, con el objeto de fiscalizar la legalidad de su actuación.*

Por su parte, **el artículo 56 del mismo texto legal** establece que: “El alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.”

Por su parte, en la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, encontramos en el artículo 58 el régimen de obligaciones funcionarias, que en su letra a) señala: Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los

objetivos de la municipalidad y a la mejor prestación de los servicios que a ésta corresponden, y su letra f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico.

Debe resaltarse el artículo 61 de la Ley N° 18.883 del Estatuto Administrativo para los Funcionarios Municipales, que prístinamente establece que serán obligaciones especiales del Alcalde, y de los jefes de unidad, “a) Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.”

16.- En virtud de los preceptos invocados, a saber, artículo 6, 7, 19 N° 2 y 118 de la Constitución Política de la República, artículos 1, 2, 15, 29 y 56 de la Ley N° 18.695 y artículo 61 de la Ley N° 18.883, aparece claramente que la Alcaldesa de Hualpén es la Máxima Autoridad de la Comuna, que tiene la dirección y administración superior de la Municipalidad y la supervigilancia de su funcionamiento, que la Dirección de Control es parte de la estructura municipal, que a los Alcaldes les corresponde ejercer un control jerárquico permanente de funcionamiento de sus unidades y actuación de su personal, incluyendo esta Dirección Superior por cierto, los Planes de Auditoría, los cuales deben enmarcarse dentro de los objetivos, lineamientos y planes que el Jefe Superior del Servicio que en la especie, es la Alcaldesa de la Municipalidad, define de acuerdo a las potestades constitucionales y legales y de acuerdo al mérito y conveniencia, acorde a las necesidades y requerimientos que exija la gestión municipal en cada caso.

17.- De lo antes expuesto, surge la ilegalidad del Oficio (N° 9276 de fecha 27 de noviembre de 2018) emanado de la Contraloría Regional del Bio-Bio que es objeto de esta acción constitucional, puesto que priva a la Alcaldesa de Hualpén de sus facultades de Dirección y Administración Superior, al no permitirle incluir materias auditables de iniciativa e interés de este Gobierno Comunal, como las indicadas en el ORD N° 1682 de fecha 15 de junio de 2018, materias entre las cuales se contemplaban las siguientes:

- A) Auditoría a Bienestar.
- B) Confección y presentación al Concejo Municipal del primer trimestral año 2018.
- C) Auditoría ejecución de proyectos.
- D) Confección y presentación al Concejo Municipal segundo trimestral año 2018.
- E) Auditoría ingresos propios recursos provenientes de las patentes CIPA.
- F) Confección y presentación al Concejo Municipal tercer trimestral año 2018.
- G) Auditoría a deudores presupuestarios contabilizados en cuentas por cobrar, recuperación de préstamos, ingresos por percibir, cuenta 115.12.10.

H) Auditoría al activo fijo municipal

I) Auditorías al programa FAEP 2017; Farmacia comunal y Programa de Mejoramiento de la Gestión año 2017.

18.- Pues bien de lo antes expuesto, el dictamen u oficio impugnado por esta acción constitucional priva de manera manifiesta, las ya citadas atribuciones privativas de la Alcaldesa de “DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN SUPERIOR Y LA SUPERVIGILANCIA...” contenidas en el artículo 56 de la ley N° 18.695, al decir dicho dictamen que “...por lo que corresponde que la Alcaldesa de la Municipalidad de Hualpén arbitre las medidas necesarias para que el mencionado funcionario (El Director de Control) pueda realizar las actuaciones necesarias para el cumplimiento de su función”. Ergo, olvida la contraloría regional de Bio-Bio que el programa de auditoria propuesto por el Director de control debe ser aprobado por la máxima Autoridad Comunal, como el mismo Director de Control lo reconoce en su ordinario N° 73 de fecha 26.04.2058 al decir que “La propuesta se somete a su consideración para su aprobación...”. La respuesta, al tenor del artículo 56 de la Ley N° 18.695 es clara: El alcalde es la máxima autoridad de la Municipalidad, cosa que la Contraloría Regional parece olvidar en su oficio.

19.- Ello a su vez, no obsta a reconocer que las Direcciones de Control Municipal desde el punto de vista técnico, dependen de dicho Órgano Contralor, según lo indicado en el artículo 18 de la Ley N° 10.338 que señala “Los contralores, inspectores, auditores o empleados con otras denominaciones que tengan a su cargo estas labores **QUEDARÁN SUJETOS A LA DEPENDENCIA TÉCNICA** de la Contraloría General” pero no a aspectos de mérito o conveniencia de los Jefes Superiores de los Órgano del Estado.

20.- Aún más, debe indicarse que la Contraloría Regional del Bio-Bio ha pronunciado en este caso un dictamen contraviniendo la limitación legal de evaluar aspectos de mérito o de conveniencia, de modo que resulta igualmente ilegal que ese Órgano de Control se pronuncie sobre el mérito o conveniencia de la iniciativa y las prioridades del Plan Anual de Auditoría.

21.- En efecto, conforme al **artículo 21 B de la Ley 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República**, se expresa que “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

C.2- ACTO ARBITRARIO.

22.- Si bien es cierto, el artículo 18 de la Ley 10.336, Orgánica de la Contraloría, consagra la dependencia técnica de las Direcciones de Control Municipal a la Contraloría General de la República, debe tenerse presente que **el Alcalde es la Máxima Autoridad de la Municipalidad, que como tal le corresponde la dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento, de lo cual se desprende su potestad para definir, según el mérito y conveniencia, acorde a las necesidades de gestión municipal, la iniciativa y objetivos de la Auditoria Operativa Interna.**

A ello debemos agregar el control jerárquico permanente del Alcalde sobre las unidades municipales y del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia, eficacia y la legalidad y oportunidades de las actuaciones, pues la Dirección de Control es, primeramente, una unidad municipal establecida y reglamentada en la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

23.- Así las cosas, lo instruido por la Contraloría Regional del Bio-Bio en su dictamen N° 9.276 de fecha 27 de noviembre de 2018 transgrede abiertamente las facultades que el citado artículo 18 de la Ley N° 10.336 le confiere, otorgando al órgano de control interno municipal no solamente la independencia técnica respecto de la Municipalidad y sujetándose en este aspecto a la Contraloría, sino que también una pretendida independencia para determinar el mérito y conveniencia en el ejercicio de sus funciones, no observando de este modo las disposiciones constitucionales y legales latamente citadas.

24. El pronunciamiento recurrido emanado de la Contraloría Regional del Bío Bío, resulta ser arbitrario, pues la Contraloría ha determinado que “La oportunidad de determinar del ejercicio de la función de efectuar la auditoría operativa interna del municipio queda entregada al director de control...”, pero ha omitido señalar que estas materias puedan ser ordenadas por aquellas que resulten de interés para cada Autoridad Comunal, respecto de aquellas áreas auditables que fueran formuladas por la Alcaldesa de Hualpén a través del ordinario N° 1682 de fecha 15 de junio de 2018.

25.- Pues bien, la Contraloría Regional, al decidir la manera antes dicha y al haber omitido aquellas materias de interés municipal, en circunstancias que la ley no lo ha hecho, y sin ningún razonamiento expresado, ni expresión de motivos o justificación razonable, torna el Oficio N° 9.276 de esa Casa de Control en arbitrario.

26.- Al respecto, cabe consignar que la propia Contraloría General de la República, en uso de su facultad dictaminadora, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la iniciativa de la auditoría operativa interna. En este sentido se ha reconocido que tanto el Alcalde como la Dirección de Control tienen la iniciativa para desarrollar dicha técnica de control, pero sin embargo, siempre enmarcada dentro de la dirección y administración superior y supervigilancia de la Municipalidad, facultad en que es omitida la Alcaldesa de la comuna de Hualpén, en el referido Oficio N° 9276 de este año.

27.- Así sólo a modo de ejemplo, podemos citar los dictámenes:

A) El dictamen N° 25.737 de fecha 22 de septiembre de 1995 ha señalado que *“En este contexto cabe recordar que la auditoría operativa es una técnica de control que permite el examen crítico y sistemático de un todo o parte de la entidad, a fin de verificar la eficacia (logro de las metas), la eficiencia (uso óptimo de los recursos) y la economicidad (alcanzar objetivos con el mínimo costo) de la gestión administrativa. Esta puede realizarse en cualquier momento del desarrollo de los programas municipales, por iniciativa de la propia unidad o a petición del Alcalde.”*

B) Confirma lo anterior el dictamen 34.037 de fecha 9 de mayo de 2016 reitera el invariable criterio en la materia, estableciendo: *“Por consiguiente, tal como es posible advertir de la normativa y jurisprudencia reseñada, si bien la oportunidad del ejercicio de la función de efectuar la auditoría operativa interna del municipio queda entregada al director de control o al alcalde, esta facultad, dada su vital importancia de fiscalizar la eficiencia, eficacia y economicidad de los recursos fiscales no puede dejar de ejercerse”*

28.- Es claro que existe en el Oficio N°9.276 de fecha 27 de noviembre de 2018, del Contralor Regional del Bio-Bio a la Alcaldesa de la comuna de Hualpén, un cambio de criterio que no tiene explicación razonable, ni tampoco se fundamenta en ninguna norma, por lo que resulta un acto antojadizo y caprichoso.

29.- De este modo, en el plano de la aplicación de la ley , la igualdad ante la ley obliga a que ésta obliga, **implica que ella sea aplicada de MODO IGUAL a todos aquellos que se encuentren en la misma situación jurídica** e impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión, considere que debe apartarse de sus precedentes anteriores, como es el caso de la Contraloría Regional del Bío Bío a través de su oficio N° 9.276 de fecha 27 de noviembre de 2018 tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable para este cambio, cosa que el oficio impugnado no hace.

D.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS.

Igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República

30.- Como puede apreciar US. Itma., este acto ilegal y/o a lo menos arbitrario en que ha consistido el referido dictamen de Contraloría Regional del Bio-Bio, vulnera la garantía de igualdad ante la ley consagrada en la Constitución Política de la República.

31.- Es menester tener claro que la igualdad ante la ley ha sido conceptualizada por parte de los profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira en su Manual de Derecho Constitucional como un principio general en que "las normas jurídicas deben ser siempre iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no benefician o gravan a otros que se hallen en condiciones similares", o dicho de otro modo, en el plano de la aplicación de la ley, la garantía conculcada a que ésta obliga, implica que ella sea aplicada de MODO IGUAL a todos aquellos que se encuentren en la misma situación jurídica e impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes anteriores, como es el caso de la Contraloría Regional del Bío Bío a través de su Oficio N° 9.276 de fecha 27 de noviembre de 2018, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable para este cambio, cosa que el oficio impugnado no hace .

32.- De este modo, a juicio de mi representada, la Contraloría Regional del Bio Bío vulnera el principio de igualdad (***igualdad de iure***) frente a la norma jurídica contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Ley Fundamental, toda vez que amparada en su facultad de dictaminar reglada en su artículo 6 de la Ley N° 10.336, vulnera lo indicado a su vez en el artículo 21 B del mismo cuerpo legal, que expresa que "La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas", conculcando a su vez el artículo 118 de la Ley Fundamental en relación a los artículos 1 y 56 de la Ley 18.695, que preceptúan que "el alcalde es la máxima autoridad común a de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá SU DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN SUPERIOR de su funcionamiento", aun cuando pueda emitir dictámenes jurídicos sobre las materias sujetas a su control según el artículo 52 de la misma ley, pero que en ningún caso la facultan para desvirtuar a través de sus informes jurídicos, las facultades superiores de dirección y administración por parte del Alcalde.

33.- Siguiendo con esta idea, basta decir que esta igualdad ante la ley, debe manifestarse en que **frente a hechos similares la aplicación de la ley debe ser siempre la misma, evitando hacer diferencias arbitrarias de trato y aplicación de normas**, tal como lo ha resuelto nuestra Corte Suprema, que señala “la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación razonable”. (Considerando quinto, sentencia de fecha 17 de octubre de 2002, causa rol 3522-2002 de la Corte Suprema).

34.- Así las cosas, la garantía constitucional en comento, implica necesariamente la exigencia de que el juzgador o el operador jurídico y para el caso de marras la Contraloría Regional del Bio-Bio utilice las mismas disposiciones, las interprete del mismo modo y adopte una misma decisión respecto de casos que coinciden en la totalidad de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes y utilice diversas disposiciones respecto de los casos que divergen en uno o más de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes.

35.- El profesor Iván Díaz García señala respecto de su reconocimiento y consagración positiva de esta garantía constitucional que: “Asimismo, la igualdad en la aplicación de la ley es un derecho conferido por una norma iusfundamental adscrita al artículo 19, número 2, de la Constitución, es decir, es un derecho fundamental implícito. En efecto, el artículo 19 número 2, prohíbe que autoridad alguna pueda establecer diferencias arbitrarias en la aplicación de la Ley o frente a la norma legal. Entre los sujetos a los cuales la propia Constitución aplica el sustantivo autoridad se encuentran los tribunales. Por lo mismo, aquella prohibición se dirige también a estos órganos jurisdiccionales. La expresión diferencias arbitrarias, por su parte, expresa la formulación clásica de igualdad. Esta exigencia de respetar la igualdad en la aplicación de la ley es coherente con la igual dignidad de todas las personas, reconocida tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en la Constitución chilena¹.”

36.- En otras palabras, la igualdad en una perspectiva normativa implica que en todos los aspectos relevantes las personas que se encuentren en las mismas condiciones, deben ser tratadas, consideradas y juzgadas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo, lo que en la especie no concurre con el dictamen de la Contraloría Regional del Bío Bío contenido en su Oficio N° 9.276 de fecha 27 de noviembre de 2018. Es más, tal como se ha señalado en supra, estamos frente a una

¹ “Igualdad en la Aplicación de la Ley. Concepto, iusfundamentalidad y Consecuencias”, Revista Ius et Praxis, año 18, N°2, 2012, pp 33-76.

transgresión directa de la facultad reglada que le entregan los artículos 6 en relación al artículo 21 B de la Ley N° 10.336.

37.- De esta manera, resulta contrario a la garantía fundamental del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental que protege la igualdad ante la ley, el tratamiento otorgado a la Dirección de Control de la Municipalidad de Hualpén, efectuado por la Contraloría Regional del Bio Bio a través del acto recurrido, por cuanto en su dictamen entrega una independencia para determinar el mérito y conveniencia en el ejercicio de sus funciones que no tiene ningún amparo normativo, apartándose en su pronunciamiento a la debida aplicación, sin fundamento ni explicación razonable, del artículo 29 letra a) de la Ley N° 18.695 y artículo 18 de la Ley N° 10.336 y vulnerando de paso atribuciones legales de Dirección y Administración Superior de la Alcaldesa de Hualpén, al tenor de lo dispuesto en el artículo 56 y siguientes de la Ley N° 18.695, facultades legales que constituyen poderes-deberes que van ligados al ejercicio del poder público, que en cierta medida se encuentran aparadas por el artículo 6 y 7 de la Carta Fundamental y por los artículos 1, 56 y siguientes de la citada Ley N° 18.695.

38.- Pero además de lo señalado, desde el punto de vista de las atribuciones y potestades del jefe superior del servicio, también se ve conculcada su garantía de igualdad en la aplicación de la ley, toda vez que la Contraloría Regional del Bío Bío al otorgar al Director de Control mediante su dictamen, una total independencia técnica y de mérito y conveniencia para la realización del Plan Anual de Auditoría Interna mediante su dictamen, sustrae potestades que le son propias a la Alcaldesa de Hualpén, transgrediendo las facultades que le son entregadas en forma expresa por la constitución y las leyes, y además conculcando su derecho a igual aplicación de la ley.

39.- De esta manera, resulta totalmente contrario a la garantía fundamental de “igualdad ante la ley” consagrada en el artículo 19 de la Constitución Política N° 2, el acto arbitrario e ilegal objeto de esta acción constitucional, puesto que a través del dictamen recurrido la Contraloría Regional del Bio-Bio está sustrayendo, sin ninguna norma legal como fundamento y en forma inexplicable, caprichosa e infundada, el rol que le cabe a la Alcaldesa de la Municipalidad de Hualpén de un proceso fundamental para todo Municipio, cual es la verificación de la auditoría operativa interna conforme a los lineamientos, planes y objetivos de la gestión municipal, toda vez que ésta constituye una “técnica de control que permite el examen crítico y sistemático de un todo o parte de la entidad, a fin de verificar la eficacia (logro de las metas), la eficiencia (uso óptimo de los recursos) y la economicidad (alcanzar objetivos con el mínimo costo) de la gestión administrativa”, en circunstancias que en el resto de los Municipios, es indubitado que los Alcaldes pueden, como Máximas Autoridades Comunes, pedir que ésta técnica de

control fundamental se lleve a efecto, aprobando y decretando los Planes de Auditoría Interna.

D.- REMEDIO SOLICITADO.

40.- En consideración a los antecedentes expuestos, es que interponemos esta acción constitucional en representación de la Municipalidad de Hualpén, solicitando respetuosamente a S.S. ltma., poner pronto remedio al mal causado y adoptar las providencias que S.S. ltma., juzgue necesarias para reestablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del derecho afectado de esta Casa Municipal que dicen relación con las potestades legales de “DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN SUPERIOR Y LA SUPERVIGILANCIA...” contenidas en el artículo 56 de la ley N° 18.695, ordenando a la recurrida Contraloría Regional del Bio-Bio a dejar sin efecto el Oficio impugnado, o bien enmendarlo con arreglo a Derecho el oficio recurrido, en el siguiente sentido:

1. Estableciendo que la Alcaldesa de la Municipalidad de Hualpén, como Autoridad Comunal, tiene la facultad de pedir, de acuerdo al mérito y conveniencia de la gestión municipal, la realización de la auditoría operativa interna y que en ningún caso ésta corresponde privativamente a la Dirección de Control de esta Municipalidad, como lo ha señalado la Contraloría Regional del Bio Bio.

2. Determinando que la Alcaldesa de la Municipalidad de Hualpén, ejerciendo sus potestades constitucionales y legales sobre la “DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN SUPERIOR Y LA SUPERVIGILANCIA...” contenidas en el artículo 56 de la ley N° 18.695, pueda incluir dentro del Plan Anual de Auditoría de la Dirección de Control para el año 2019 aquellas materias auditables ordenadas a través del oficio N° 1682 de fecha 15 de junio de 2018, y que por economía procesal no se insertan en este escrito pero que se acompaña a esta presentación.

POR TANTO; En mérito de los hechos expuestos, y lo dispuesto en los art. 6, 7, 19 N° 2 y el art. 20 de la Constitución Política de la República, y demás normas pertinentes de la Constitución Política de la República y el acta 94-2015, de fecha 16 de Julio de 2015, que refunde el Autoacordado, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección y demás normas contenidos en Convenciones y Tratados Internacionales, como así mismos, normas legales que sean pertinentes,

ROGAMOS A S.S. ILTMA., Se sirva tener por interpuesto el presente recurso de protección, otorgarle tramitación, declararlo admisible y ordenar informar al recurrido, de manera de poner pronto remedio al acto ilegal y arbitrario de la **recurrida Contraloría**

Regional del Bio-Bio, restableciendo el Derecho y conceder el remedio solicitado en el cuerpo del presente recurso, que dicen relación con las potestades legales de “DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN SUPERIOR Y LA SUPERVIGILANCIA del Municipio...” contenidas en el artículo 56 de la ley N° 18.695, ordenando a la recurrida Contraloría Regional del Bio-Bio a dejar sin efecto el Oficio impugnado, o bien enmendarlo con arreglo a Derecho en el siguiente sentido:

1. Estableciendo que la Alcaldesa de la Municipalidad de Hualpén, como Autoridad Comunal, tiene la facultad de pedir, de acuerdo al mérito y conveniencia de la gestión municipal, la realización de la auditoría operativa interna y que en ningún caso ésta corresponde privativamente a la Dirección de Control de esta Municipalidad, como lo ha señalado la Contraloría Regional del Bio Bio.

2. Determinando que la Alcaldesa de la Municipalidad de Hualpén, ejerciendo sus potestades constitucionales y legales sobre la “DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN SUPERIOR Y LA SUPERVIGILANCIA del Municipio contenidas en el artículo 56 de la ley N° 18.695, pueda incluir dentro del Plan Anual de Auditoría de la Dirección de Control para el año 2019 aquellas materias auditables ordenadas a través del oficio N° 1682 de fecha 15 de junio de 2018, y que por economía procesal no se insertan en este escrito pero que se acompaña a esta presentación.

Todo ello con expresa condena en costas en caso de oposición.

PRIMER OTROSÍ: Que venimos en acompañar los siguientes documentos, bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil:

1- Ordinario N° 73 de fecha 26.04.2018, del Director de Control de la Municipalidad de Hualpén a la Sra. Alcaldesa de Hualpén.

2.- Ordinario N° 1682 de fecha 15.06.2018, de la Alcaldesa de Hualpén al Director de Control.

3.- Ordinario N° 121 de fecha 19.06.2018 de Director de Control a Alcaldesa de Hualpén.

4.- Ordinario N° 122 de fecha 19.06.2018 de Director de Control a Alcaldesa de Hualpén.

5.- Oficio N° 1903 de fecha 23.07.2018, de la Alcaldesa de Hualpén al Director de Control.

6.- Oficio N° 7.066 de fecha 23.08.2018, de la Contraloría Regional del Bio-Bio a la Alcaldesa de Hualpén.

7.- Ordinario N° 2495, de fecha 26.09.2018, de la Alcaldesa de Hualpén a la Contraloría Regional del Bio Bio.

8.- Decreto N° 1861 de fecha 28.09.2015.

9.- Oficio N° 9276, de fecha 27.11.2018, de la Contraloría Regional del Bio Bio a la Alcaldesa de Hualpén.

10.- Decreto Alcaldicio N° 1322 de fecha 04.08.2016.

11.- ORD N° 322 de fecha 03.08.2016 de Director de Control a Alcaldesa Fabiola Lagos Lizama.

12.- Decreto Alcaldicio N° 6362 de fecha 06.12.2016.-

13.- Correo electrónico de fecha 28.11.2018 de Oficina de Partes de Contraloría Regional del Bío Bío que remite Oficio N° 9276 de 2018.

14.- Escritura pública de mandato judicial otorgada con fecha 14.08.2017 ante doña Renata Paz Salgado Varas Notario Público de la Cuarta Notaria de Talcahuano con asiento en Hualpén, Suplente del Titular don Ricardo Salgado Sepúlveda, anotada bajo el Repertorio N° 934/17.-

POR TANTO, ROGAMOS A SS.ILTMA., tener por acompañados bajo apercibimiento legal, los documentos referidos.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a US.Iltma., se oficie a la Contraloría Regional del Bío Bío, domiciliada en calle O´Higgins Poniente N° 74 de la ciudad de Concepción, a fin de que informe a este Iltmo. Tribunal, acompañando los correspondientes documentos que funden dicho informe, sobre los siguientes aspectos:

1.- Que informe a esta Iltma. Corte, sobre las **Auditorías efectuadas por la Dirección de Control de la Municipalidad de Hualpén al Departamento de Bienestar de dicha Casa Edilicia**, señalando los años a que se refieren dichas auditorías e indicando la fecha de remisión de las mismas, auditorías que fueron realizadas por parte de la Dirección de Control de la Municipalidad de Hualpén, y la fecha de recepción de éstas por parte de la Contraloría Regional del Bío Bío.

2.- Que informe a esta Iltma. Corte, si se ha realizado o no la **AUDITORÍA ESPECIAL ordenada por la propia Contraloría Regional recurrida, con ocasión del Informe Especial N° 861/2015**, indicando la fecha de remisión de esta auditoría realizada por parte de la Dirección de Control de la Municipalidad de Hualpén, y la fecha de recepción de ésta por parte de la Contraloría Regional del Bío Bío.

3.- Que informe a esta Iltma. Corte, sobre las **Auditorías realizadas por la Dirección de Control de la Municipalidad de Hualpén relacionadas a deudores presupuestarios contabilizados en cuentas por cobrar, recuperación de préstamos, e ingresos por percibir cuenta 115.12.10**, señalando los años a que se refieren dichas auditorías, e indicando la fecha de remisión de las mismas por parte de la Dirección de Control de la Municipalidad de Hualpén, y la fecha de recepción de éstas por parte de la Contraloría Regional del Bío Bío.

4.- Que informe a esta Iltrma. Corte, sobre la **Auditoría efectuada al programa FAEP 2017; Farmacia Comunal y Programa de Mejoramiento a la Gestión 2017**, indicando la fecha de remisión de estas auditorías por parte de la Dirección de Control de la Municipalidad de Hualpén, y la fecha de recepción de éstas por parte de la Contraloría Regional del Bío Bío.

POR TANTO, ROGAMOS A US.ILTMA., acceder a lo pedido, oficiando al tenor de lo solicitado a la Contraloría Regional del Bío Bío.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos tener presente que en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión patrocinaremos estos autos, y nos reservamos el poder en los términos conferidos en Escritura Pública de mandato judicial de fecha 14 de Agosto de 2018, otorgado ante Juan Roberto Arias Garrido, Notario Público Titular de la Notaría Arias de Talcahuano, anotada bajo el Repertorio N° 1.138-2018, que se acompaña en esta presentación.

POR TANTO, ROGAMOS A US.ILTMA., tenerlo presente.