

Santiago, dieciséis de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que con fecha veintisiete de agosto del presente año, comparecieron los abogados señores Ciro Colombara y Aldo Díaz Canales, deduciendo acción constitucional de protección en favor de doña Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez en contra del Contralor General de la República, señor Jorge Andrés Bermúdez Soto, por sí, y en representación de la Contraloría General de la República por la dictación de la Resolución N° 21 de fecha veintidós de agosto del presente año, a través de la cual se declaró vacante el cargo de Subcontralor General de la República, acto que estima ilegal y arbitrario, además de vulneratorio de los derechos a la igualdad, a no ser juzgado por comisiones especiales y de propiedad.

Solicita se deje sin efecto el acto impugnado y todos los actos posteriores que supongan la validez de aquél; se restituya a la recurrente en los cargos de Subcontralora General de la República y Jueza de Cuentas y, se dicten las demás medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, todo ello, con costas.

Expone como antecedentes preliminares, referencias propias de la institucionalidad en el Estado de Derecho, a fin de evitar las arbitrariedades de los jefarcas y otras jefaturas, precisando los mecanismos de control y pesos y contrapesos. En el caso de la Contraloría General de la República, la Constitución la consagra como un órgano autónomo, pero existen vías de control judicial y político sobre sus autoridades. Menciona enseguida que la ley orgánica de dicho servicio consagra asimismo mecanismos para su correcto y autónomo desempeño, entre ellos, el artículo 4° sobre el especial sistema de remoción del Subcontralor, destinado a garantizar su autonomía en cuanto tal y Juez de Cuentas, como también a reforzar los pesos y contrapesos.

Añade que el sistema institucional se estresa cuando el jerarca excede sus atribuciones, como ocurre en la especie, a través de la actuación impugnada, agravada por constante exposición mediática, lo que considera no es solo un conflicto entre autoridades, sino que afecta seriamente el funcionamiento del sistema democrático, además de vulneratoria de derechos fundamentales, razón esta última, por la que es procedente el recurso de protección.



FGXGSHCVY

En cuanto a la recurrente y el cargo que desempeñaba, menciona que accedió a este en septiembre de 2016, siendo antes Jefa de Gabinete del actual Contralor y con una carrera de más de diez años en la institución. Sin embargo, el día veinte de agosto del año en curso, el recurrido solicitó a doña Dorothy Pérez, de manera arbitraria e ilegal la renuncia a su cargo, lo que no fue aceptado, desembocando ello en la dictación del acto impugnado. En virtud de dicho cargo, además, ejercía la función jurisdiccional como Juez de Cuentas, con un equipo de quince funcionarios y conociendo en la actualidad de quinientos juicios.

Agrega una serie de obstáculos previos al acto impugnado, como irritación y molestia en respuestas verbales del Contralor hacia la recurrente por consejos o recomendaciones de prudencia ante el lenguaje, contenido y apresuramiento de publicaciones de la Contraloría en redes sociales, que podía producir efectos delicados en su imagen; además de más calma en declaraciones del propio Contralor ante los medios de comunicación; todo ello enmarcado en su desempeño como Coordinadora del área de Comunicaciones encomendada por el mismo recurrido; narrando, a propósito de ello, un conflicto con la Jefa de Comunicaciones por unos editoriales de la prensa escrita y la futura modificación de dicha Coordinación, que pasó a depender directamente del Contralor.

Asimismo, expone con detalle problemas por la negativa de la recurrente a firmar procedimientos administrativos y oficios semestrales a la Cámara de Diputados. En cuanto a lo primero, en atención a que dichos sumarios pretendían ser terminados por sobreseimiento por prescripción, debido a la demora excesiva en el despacho del Contralor, estimando la recurrente que no correspondía sobreseer sino investigar el retraso y, en cuanto a lo segundo, en atención a que dicho oficio, respecto del exceso en el plazo de 15 días para toma de razón, estaba fuera de plazo y no contenía toda la documentación necesaria. En el mismo sentido, expone otro caso de negativa por irregularidades.

Como consecuencia de lo anterior, expresa que el Contralor inició hostigamientos tales como no invitarla a actividades de la institución, comentarios hostiles o quitarle funciones.

Finalmente, el mismo día en que el Contralor entregó a la recurrente la citación a declarar ante el Ministerio Público por el fraude de



Carabineros le pidió la renuncia, no ocurriendo así con otros funcionarios, lo que es lógico, toda vez que los testigos colaboran como terceros ajenos.

Respecto del acto recurrido, señala que el supuesto acto que lo desencadenó fue la citación antedicha. La recurrente fue citada porque en el período 2010 a 2013 fue Subjefa de la División de Auditoría Administrativa, que contaba con diez grupos o áreas de trabajo, cada uno con jefatura y uno de estos, el “Área de Administración General y Defensa Nacional”, tenía a su cargo la fiscalización de Carabineros, sin embargo dicha unidad nunca tuvo como jefe directa a la recurrente, sino que estaba a cargo de una profesional auditora de profesión, la señora María Cristina Calderón.

Arguye que el Contralor, de manera arbitraria e ilegal, pidió la renuncia aduciendo que por esa citación ya no contaba con su confianza para permanecer en el cargo, en circunstancias que la recurrente no tiene ningún tipo de participación o vinculación con los hechos penales investigados, no siendo imputada en causa alguna, ni tampoco ha sido investigada administrativamente. Además, no fue jefa directa de ninguna persona imputada. Cumpliendo su rol de Subjefa, estuvo a cargo de la tuición de los departamentos fiscalizadores de los Ministerios de Salud, Educación y Trabajo y Previsión Social y, es más, los funcionarios desvinculados el año 2017 por el fraude, ejercieron funciones desde los años 90 hasta 2006 en dichas áreas; mientras que en los primeros años en que la recurrente trabajó en Contraloría, se desempeñó en áreas totalmente distintas y en diversas regiones del país.

Añade que el recurrido publicitó de forma desmedida e inapropiada en los medios de comunicación y redes sociales, dañando la imagen institucional y la honra de la recurrente.

La recurrente se negó a renunciar, con la convicción de que no tenía vinculación alguna con el fraude de Carabineros y puesto que, de acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 10.336, su cargo puede cesar de manera no voluntaria solo a través de la remoción mediante el procedimiento en él establecido, esto es que goza de inamovilidad y que puede removerse por decreto del Presidente de la República, previa sentencia judicial dictada en juicio de amovilidad, lo que no se ha cumplido en la especie.

Indica luego que al día siguiente, el 21 de agosto, el Contralor a través de medios de comunicación dio a conocer su decisión de remover a



la recurrente, sin la dictación de un acto administrativo previo, dictándose con fecha 22 de agosto el acto impugnado que declara vacante el cargo de Subcontralor General de la República. Éste acto, transcrito en el recurso, refiere al nombramiento de la recurrente, a la solicitud de renuncia y a la negativa de ésta, añadiendo que en la especie se ha perdido la exclusiva confianza del cargo. La notificación fue practicada mediante entrega de una copia de la resolución en el domicilio de la recurrente, el mismo día de su dictación.

Más adelante expone que el día 23 de agosto, el recurrente nombró a la señora María Soledad Frindt Rada como Subcontralor y Juez de Cuentas. Con ello, afirma, se afecta el órgano jurisdiccional, al personal a su cargo y la tramitación de actuales quinientos procesos judiciales. Se ha impedido a la recurrente el cumplimiento de sus labores en la materia, retrasando los procesos y encontrándose próximo a comenzar a funcionar el juzgado con una jueza investida de manera ilegal.

Finaliza este aspecto en que en posteriores comunicados, el Contralor ha alegado problemas personales o desgaste de la relación personal con la recurrente, de forma que el acto impugnado culmina una serie de arbitrariedades y hostigamientos como una sanción aplicada sin debido proceso y argumento vagamente elementos ajenos a las funciones ejercidas.

En cuanto a la ilegalidad del acto, realiza diversas citas normativas de la regulación de la Contraloría General de la República. En lo pertinente, de acuerdo al artículo 2º de la Ley Orgánica respectiva, el Subcontralor reemplazará al Contralor en los casos de ausencia y vacancia de éste. Transcribe nuevamente el artículo 4º, ya mencionado, según el cual el Contralor y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, debiendo removerse según el procedimiento indicado de forma previa, esto es, juicio de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema, estimando que dichas normas tienen rango de ley orgánica constitucional y se encuentra plenamente vigente pues no existe ninguna otra de igual jerarquía que la haya derogado expresa o tácitamente. De dichas normas concluye que la remoción del Contralor y Subcontralor se



rige por las reglas generales de remoción de los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema y no puede efectuarse de otra forma.

Dicha inamovilidad busca proteger la autonomía e independencia de las autoridades, relacionado ello con sus funciones, pues reemplaza al Contralor y puede firmar por orden de éste. Todo ello, a su vez, relacionado al artículo 98 de la Constitución Política de la República y a la autonomía de la Contraloría General de la República. En ligamen con ello, estima que diversas normas aplicables a los jueces, son aplicables al Subcontralor en su calidad de juez de cuentas, atendido el tenor del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, al señalar que los demás tribunales especiales, regidos por sus propias leyes, quedarán sujetos a las disposiciones generales en la materia. En ese sentido, entrega detalles respecto al funcionamiento de dicho tribunal, de la doble instancia, de su personal, entre otros.

Continúa mencionando que el Contralor no tiene la atribución de remover a la Subcontralora, de acuerdo al artículo 4° mencionado, no obstante sí tener la facultad de nombrarlo y ninguna de las normas citadas por el acto impugnado pueden ser aplicadas, al tener un rango inferior al de la Ley Orgánica del servicio, cometiendo, en consecuencia, un error del recurrente al invocar normas solo aplicables a los demás empleados de la institución, mas no a la recurrente. Así, al no llevarse a cabo el proceso legal correspondiente, se han vulnerado los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

A mayor abundamiento, la remoción ha sido llevada a cabo por una Comisión Especial, que no respetó el debido proceso al arrogarse funciones, actuar fuera de su competencia, sin fundamentación, sin permitir la defensa y actuar como un órgano con potestad jurisdiccional sin serlo. Vulnerando, así, la Carta Fundamental, Tratados Internacionales e incluso la jurisprudencia propia de la Contraloría General de la República. Todo ello es particularmente grave porque puede acarrear incluso responsabilidad internacional para el Estado de Chile.

Respecto de la arbitrariedad, expresa que el acto es arbitrario, al abusarse de una errónea discrecionalidad atribuida por no tener fundamentación con razones objetivas el acto. Considera que, de acuerdo a la jurisprudencia, la discrecionalidad no es un mecanismo para prescindir de



la ley e incluso, habiendo motivos que funden un acto, estos pueden ser ilegítimos o abusivos, siendo el control en los motivos el más propio del realizado por los tribunales de justicia.

Arguye que el acto incumple el artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880, aplicable a la Contraloría General de la República, sobre la fundamentación de las resoluciones, que es indispensable, de acuerdo a la jurisprudencia, no solo para eventuales impugnaciones, sino también para el examen y escrutinio de los interesados y para el ejercicio de la fiscalización y control de la misma Administración, por lo que la fundamentación es una exigencia normativa y de transparencia en el Estado de Derecho. En ese sentido, del acto impugnado, no aparece ningún fundamento racional, objetivo y explícito respecto de los motivos por los que la recurrente debió presentar su renuncia.

Añade que de acuerdo a la Declaración de México sobre Independencia de Las Entidades Fiscalizadoras Estatales, de la que la Contraloría forma parte, se destaca la independencia de dichos órganos y la inmunidad legal en el cumplimiento de las obligaciones, estándares que sirven para comprender las normas aplicables.

En cuanto a los derechos afectados, menciona en primer lugar la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, aseguradas en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, la que exige que las normas jurídicas y el trato de las autoridades sean iguales para todas las personas que se encuentren en idénticas circunstancias, no debiendo concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien a otros o viceversa. Al respecto, el acto impugnado ha vulnerado estos derechos en comparación a subcontralores anteriores, ninguno de los cuales fue removido, pues a todos ellos se respetó su inamovilidad.

En segundo lugar, alega la vulneración al derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, del artículo 19 N° 3 de la Constitución, de acuerdo a argumentos similares a los expuestos previamente en este punto.

En tercer lugar y por último, considera vulnerado el derecho de propiedad, del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, que alcanza a los bienes incorporales y cita jurisprudencia en torno a que la cesación de funciones no queda entregada a la discrecionalidad de la administración, sino a la determinación de la ley, siendo un derecho incorporal que la ley



otorga, por lo que se ha afectado la propiedad sobre el cargo y a la estabilidad en el empleo, por las mismas razones expuestas a lo largo del libelo, todo ello con alcances en normas internacionales.

Segundo: Que, evacuando su informe la recurrida, estima que lo procedente es el rechazo del recurso, con costas.

Argumenta que el cargo de Subcontralor, al igual que el resto del personal de la institución, es de exclusiva confianza y que “con ocasión de diversas circunstancias dicha confianza se perdió de forma irreversible” (sic).

Señala que transcurrido el plazo de cuarenta y ocho horas previsto en el artículo 148 inciso 2° del Estatuto Administrativo sin que la recurrente haya presentado su renuncia y haciendo uso de facultades legales, se declaró la vacancia del cargo a través del acto impugnado.

Luego, sin referirse a los hechos, estima que los narrados por el libelo son solo apreciaciones subjetivas, expresando luego que el asunto es ajeno a la naturaleza cautelar del recurso de protección pues éste no es una forma de interpretar normas jurídicas.

En cuanto al fondo, hace mención de que el Contralor General es el jefe superior del servicio, por mandato constitucional, con las formas de cese establecidas en la misma Carta Fundamental, esto es, por límite de edad, o remoción dispuesta por el Senado en caso de acogerse una acusación constitucional, siendo aplicable, además, la Ley Orgánica respectiva. De acuerdo al artículo 3° de dicho estatuto, el personal del servicio es de exclusiva confianza y entre dicho personal se encuentra el Subcontralor, nombrado directamente por el jerarca de la institución y bajo su dependencia jerárquica.

De lo anterior y de la naturaleza que el constituyente y la ley han reconocido al Contralor, concluye que la tesis invocada por la recurrente es abiertamente contrapuesta al estimar que el Subcontralor sea un funcionario independiente de quien lo nombre y de quien es su principal colaborador, en la estructura institucional.

Luego reitera que el Subcontralor es uno de los demás empleados de la Contraloría General, y de acuerdo al artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, está sujeto al principio de jerarquía. Por ello, debe descartarse que el cargo de



Subcontralor se encuentre al margen de la planta y, además, que dicho cargo sirva de base al peso y contrapeso.

En cuanto a las funciones del Subcontralor, específicamente la de Juez de Cuentas, señala que “si bien tales funciones tienen el carácter de administrativas jurisdiccionales, no convierten a ese funcionario de la Administración en juez *per se* ni lo transforman en integrante del Poder Judicial” (sic).

En cuanto a la designación, señala que es nombrado directamente por el Contralor, sin concurso previo ni intervención de otra autoridad, a diferencia de lo que ocurre con el Contralor, cuyo nombramiento y cese están regulados directamente en la Constitución Política. Así es como el artículo 3° de la Ley Orgánica respectiva establece que los demás empleados del servicio serán de exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad. Dicha norma, que data de 1980, separa al Contralor respecto del resto de los funcionarios. Entender lo contrario es desconocer la naturaleza de la función y contravenir el texto expreso de la norma. Cita al constitucionalista José Luis Cea Egaña en dicho sentido.

Luego, en base a diversas normas constitucionales, de la Ley N° 18.575 y del Estatuto Administrativo, deduce que “la regla general es que las más altas autoridades de los organismos de la Administración del Estado son de exclusiva confianza, ya sea del Presidente de la República o del jefe de servicio correspondiente” (sic), precisando que es eso lo que suele suceder con la segunda jerarquía en una entidad de la Administración, como los jefes de división o subdirectores. Dicha cualidad alcanza al Subcontralor, de acuerdo al artículo 3° mencionado, pues la ley en este caso no distingue entre empleado y autoridad, como tampoco lo ha hecho la Contraloría si la ley no lo ha hecho previamente, situación similar, a la que ocurre en otras instituciones fiscalizadoras, como es con la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y la Comisión para el Mercado Financiero en que todo el personal de ellas es de exclusiva confianza, por lo que la tesis de la recurrente no se sostiene, en atención a que no ha sido tratada de forma diferente ni tampoco el segundo nivel jerárquico debe ser independiente del primero en lo atinente a su remoción. Lo expuesto sucede incluso en el sector privado de acuerdo a la



regulación entregada por el Código del Trabajo a trabajadores como gerentes y otros.

Añade que respecto de los funcionarios de exclusiva confianza el único presupuesto de remoción es la pérdida de confianza y, el procedimiento, es el establecido en el artículo 148 del Estatuto Administrativo, según el cual se hace efectiva por la petición de la renuncia y la declaración de vacancia del cargo si aquélla no se presenta dentro de 48 horas, sin que el legislador prevea que el funcionario pueda desvirtuar los motivos como entiende la recurrente. Es decir, dicho plazo no está previsto para controvertir los motivos o se pueda hacer valer defensas. Concordante con lo anterior, es que la petición de renuncia no voluntaria no es una determinación destinada a hacer efectivas responsabilidades administrativas, por lo que no es formulación de cargos ni investigación sumaria. Por lo mismo, no cabe la existencia de un debido proceso ni puede estimarse que haya una infracción al mismo.

En otro aspecto, hace mención de que otras causales de remoción no se oponen a la exclusiva confianza, como ocurre con los Ministros de Estado que pueden ser destituidos como consecuencia de una acusación constitucional, por lo que estima que aún en el caso que el artículo 4° de la Ley Orgánica se encuentre vigente el cargo de Subcontralor puede cesar por pérdida de confianza u otras del Estatuto Administrativo. A propósito de dicha norma, señala que el juicio de inamovilidad se instauró en el cargo en atención a las funciones de juez de cuenta del Subcontralor, por lo que el inicio de este proceso solo podría gestarse por aquéllas funciones, implicando que jamás podría ser alejado del cargo por incumplimientos en las otras funciones del cargo, lo que le parece inadmisibles, insistiendo en la remoción por la pérdida de confianza.

Sin perjuicio de lo anterior, la recurrida es del parecer de que el artículo 4° en mención se encuentra tácitamente derogado por aplicación del artículo 52 del Código Civil. En efecto, estima que es inconciliable con la Constitución de 1980, que regula directamente el cese de funciones del Contralor General y es concordante con las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en que se hizo mención que no era conveniente asimilar al Contralor a los mecanismos de inamovilidad de los magistrados de tribunales superiores de justicia. En el mismo sentido, entre



FGXGSHCY

las funciones del Presidente de la República en el artículo 32 N° 13, establece que le corresponde velar por el buen comportamiento de jueces y empleados del Poder Judicial, sin incluir al Contralor ni al Subcontralor, por lo que no puede entenderse que quede comprendido en el artículo 4°.

Además, la norma es inconciliable con el artículo 3°, incorporado al texto legal por el Decreto Ley N° 3551 de 1980 la que estatuyó un régimen especial para todos los funcionarios de la Contraloría, basado en la exclusiva confianza y cualquier cuestionamiento basado en el rango legal es inoficioso, pues el artículo 3° no es de rango orgánico constitucional, al versar sobre disposiciones del Estatuto del personal de la Contraloría, que no es objeto de dicho rango superior.

Añade que la reforma constitucional de 2005 limitó la duración del cargo de Contralor a ocho años, sin posibilidad de ser nombrado nuevamente, por lo que mal podría entenderse que quien colabora directamente con la máxima autoridad del servicio y lo reemplaza quede exento de todo límite temporal, tesis que lo transforma en vitalicio y acreedor de un estatuto más beneficioso que el del Contralor General, considerando que su nombramiento es más sencillo y está sujeto a menores responsabilidades.

Arguye que no existe infracción del deber de motivación pues la exteriorización de la pérdida de confianza es motivo suficiente para fundar la decisión de solicitar la renuncia no voluntaria, como ha sostenido uniformemente la Contraloría General de la República. De ello emana que el acto se encuentra motivado y, además, con la jurisprudencia, considerando que la jurisprudencia citada por la contraria no es aplicable en la especie.

Finalmente, en cuanto a los derechos vulnerados, “no se advierte cómo la resolución recurrida podría significar privación, perturbación o amenaza” de ellos, en circunstancias que se ha hecho aplicación de la ley. Señala al respecto, que no existe discriminación arbitraria, ya que la práctica usual ha sido la petición de renuncia, la que no ha sido negada; tampoco juzgamiento por comisiones especiales, pues se ha hecho uso de una facultad legal no producida en un juzgamiento, ni tampoco en sanción o medida disciplinaria. Finalmente, sobre la propiedad, al ser improcedente



estimar que los titulares de un cargo o función pública tengan propiedad sobre el mismo.

Tercero: Que el acto que se recurre declara vacante, a contar del 23 de agosto de 2018 el cargo servido por doña Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez, Subcontralor General grado 1B de Planta Directiva de la Contraloría, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley N°18.834 y en el artículo 3° de la Ley N°10.336. Tiene fecha 22 de agosto de 2018, está rubricado por el Contralor General de la República, don Jorge Bermúdez Soto, y tiene timbre de toma de razón de la misma fecha, con la fórmula “Por Orden del Contralor General de la República”, Subcontralor General de la República (S). En sus considerandos, se lee sobre el nombramiento de la señora Pérez en el cargo de Subcontralor; se hace constar que con fecha 20 de agosto de 2018 a las 16:30 horas, el Contralor General de la República solicitó verbalmente a la interesada la renuncia no voluntaria dentro de las 48 horas siguientes a la petición indicada; y asimismo, que por la naturaleza propia de los cargos de exclusiva confianza, los funcionarios que los sirven se mantienen en sus puestos mientras cuenten con ella, cuestión que se ha perdido en la especie, por los motivos que le fueron comunicados oportunamente a la señora Pérez Gutiérrez;

Cuarto: Que al margen de otras situaciones de contexto, el recurso señala que el motivo por el cual se le pidió verbalmente el 20 de agosto la renuncia a la Subcontralora, dice relación con su citación a declarar como testigo por parte del Fiscal del Ministerio Público encargado de la investigación del fraude en Carabineros. Al respecto señala que diversos funcionarios de la Contraloría han sido citados, como ella, a declarar en esa investigación, sin que se les haya pedido la renuncia (salvo el caso de dos funcionarios que lo fueron en calidad de imputados);

Quinto: Que sobre la ilegalidad planteada, se sostiene en el recurso constitucional que se contraría la ley en la medida que no se respeta el procedimiento ordenado en el artículo 4° de la Ley N°10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, refiriéndose a la necesidad de un juicio de amovilidad para que pueda ser removida de su cargo de Subcontralor, del mismo modo que acontece con el cargo de Contralor General. Acerca de la arbitrariedad, que también invoca el



recurso, expone que la remoción se realizó sin fundamentación con razones objetivas, ya que si se estimara que le asiste la facultad de remover al Subcontralor, declarando vacante el cargo, debió no abusar de su discrecionalidad, sino invocar razones objetivas cuya existencia pueda ser verificada, acorde con lo que ha determinado la E. Corte Suprema en fallo que cita al efecto. En relación con lo anterior, arguye en torno a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley N°19.880 que también es aplicable a la Contraloría General de la República conforme su artículo 2°;

Sexto: Que, por su parte, en su informe el recurrido sostuvo que el cargo de Subcontralor, como el del resto del personal de la Contraloría, es de exclusiva confianza, la cual en este caso se perdió en forma irreversible, de modo que al no haber la recurrente presentado su renuncia transcurrido el plazo de 48 horas a que alude el inciso segundo del artículo 148 del Estatuto Administrativo (Ley 18.834) y en uso de las facultades legales del Contralor General de la República declaró la vacancia del cargo de Subcontralor que servía la abogada Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez. Para ello, se funda en el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría, de acuerdo con el cual el personal del servicio es de exclusiva confianza del Contralor estando facultado para nombrarlos, promoverlos y removerlos, con total independencia de toda otra autoridad. Sujeto, por tanto, al principio de jerarquía del artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sin que las funciones del Subcontralor como juez de cuenta de primera instancia lo transformen *per se* en juez ni en integrante del Poder Judicial. Sostuvo también entre otras argumentaciones expuestas más arriba, que el artículo 4° de la Ley N°10.336, estaría tácitamente derogado, aun cuando si así no fuese, dicho artículo no es obstáculo para que el cargo pueda cesar por pérdida de confianza u otras causales;

Séptimo: Que, el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República fue modificado por el decreto ley N°3.551, de 1980. Su texto es el siguiente: “El Contralor General será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.

Los demás empleados de la Contraloría serán de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad”.



A su vez, el artículo 4° de dicha ley establece: “El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia.

La remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema”;

Octavo: Que, lo primero que cabe puntualizar es que esta acción constitucional no es impropia para conocer del asunto planteado, toda vez que se señala por quien es parte agraviada –para estos efectos- que se infringen sus garantías constitucionales –enumeradas previamente- como consecuencia de la dictación de un acto administrativo que sería ilegal y arbitrario y que requiere para el restablecimiento del imperio del derecho, de la adopción de las providencias que juzgue adecuadas esta Corte de Apelaciones, con carácter de urgente.

En otras palabras, es posible reconocer los elementos que contempla el artículo 20 de la Constitución para la procedencia de esta acción que la jurisprudencia ha caracterizado como de naturaleza cautelar.

Asimismo, no es posible soslayar los estándares de legalidad y de razonabilidad que permiten revisar los actos de la Administración. Así, el autor de Derecho Administrativo, Luis Cordero Vega, en sus “Lecciones de Derecho Administrativo (Segunda edición, página 630), plantea que el primero “supone verificar la legalidad formal de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate, de modo que quien ejerza la competencia que se invoca y por medio del instrumento que justifica, efectivamente los tenga asignado por ley”, mientras que el segundo significa que “los jueces deben establecer si el acto de las Administración ha sido razonable, para lo cual deberán verificar que: (1) no ha sido dictado de una manera arbitraria o caprichosa; (2) no ha sido dictado en abuso de su potestad discrecional; (3) no ha violentado ningún derecho o garantía constitucional; (4) no ha actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas; (5) no ha actuado con desviación de fin o de poder; (6) que los supuestos de hecho sobre los cuales descansa la decisión se encuentran debidamente acreditados en el procedimiento



administrativo.”. Lo anterior, entre otras fuentes, ha tenido como tal la jurisprudencia chilena en materia de recurso de protección (nota al pie de página).

Igualmente, Alejandro Silva Bascuñán en su Tratado de Derecho Constitucional, considera que “El recurso de Protección, establecido en el artículo 20 de la Carta, a favor de toda persona en contra de quien se afectare el legítimo ejercicio de sus derechos, puede interponerse en relación al desempeño del Contralor;” (Tomo IX, páginas 195/196).

De este modo, se desestima el argumento consistente en que la materia en cuestión no pueda ventilarse por esta vía ante esta Corte;

Noveno: Que, concerniente a la legalidad o ilegalidad del acto emanado del Contralor General de la República, el artículo 4° de la Ley N°10.336 de la Contraloría, establece que tanto el Contralor como el Sucontralor gozarán de las prerrogativas *e inamovilidad* que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, e igualmente, que la remoción de uno y otro personero corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema. Ahora bien, el artículo 98 de la Constitución Política estatuye que “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.”



Empero, si bien la disposición constitucional dispone la forma en que debe ser nombrado el Contralor, los requisitos habilitantes, el tiempo de duración en el cargo, y el cese a los 75 años de edad, nada dice en relación con el Subcontralor, de suerte que hay que estarse a este respecto a lo que señala la Ley Orgánica Constitucional del organismo. Nada dice tampoco, por ejemplo, de la función del Tribunal de Cuentas y es evidente que tal es una función de primer orden de la Contraloría, actuando en este caso, como ente jurisdiccional. Y bien, dentro de la normativa legal, se encuentran los artículos 3 y 4 invocados, el primero, por el Contralor en el acto impugnado, y el segundo, por la recurrente. El artículo 3º habla del Contralor en el inciso primero, y en el segundo de los demás empleado de la Contraloría, quienes serán de la exclusiva confianza del Contralor, sin embargo, no es sólo que subsista el artículo 4º y lo que éste perentoriamente señala, sino que al decir el inciso segundo “Los demás empleados...”, no ha podido estar refiriéndose, en rigor, al Subcontralor, ni al Contralor, obviamente porque éste es el jefe del organismo y de él se ocupa el inciso primero de la norma y es en relación con él que “los demás empleados” son de exclusiva confianza. En cuanto al Subcontralor la norma tampoco ha podido referirse a él, porque en tal caso hubiese dicho “los empleados” y no “los demás empleados. La fórmula empleada supone que la ley considera a un empleado que es distinto de los “demás”. Entonces, cabe preguntarse a qué alude la ley cuando dice “demás empleados”. Evidentemente, a un empleado que no está sujeto a la regla de exclusiva confianza aplicable al resto. Y si se relaciona el artículo 3º con el artículo 4º, tal empleado no puede ser otro que el Subcontralor. Por ende, el Subcontralor queda fuera del ámbito de aplicación del inciso segundo del artículo 3º de la Ley N°10.336. Por consiguiente, se rige necesariamente por el artículo 4º de la mencionada ley. En opinión de esta Corte, no es posible contrarrestar el razonamiento y la conclusión que antecede, por el solo hecho de que el artículo 44 de la Ley 10.336 sitúe al Contralor a la cabeza de la Planta Profesional y Técnica de la Planta de empleos de la Contraloría, porque este esquema está dado para otros fines – organizacional, de requisitos de ingreso y remuneracionales-. Por el contrario, el artículo 2º de la ley, prescribe que la Contraloría estará a cargo de un funcionario que tendrá el título de Contralor General de la



República, de manera que se refiere claramente a la jefatura del organismo Contraloría General de la República. Por eso es quien forma los diversos escalafones del personal de la Contraloría y designa libremente al personal de la Planta Profesional y Técnica, entre otras materias (Art.46). Por último, la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría, contempla en diversas disposiciones la asimilación que hace del Subcontralor al cargo de Contralor, como sucede en los artículos 48 N°1, en materia de calificaciones (son los únicos personeros que no son calificados); en materia de sistema de remuneraciones (Art.45); en cuanto a la dirección del organismo, cuando falta o se ausenta el Contralor (Art. 2°); o en cuanto a funciones jurisdiccionales como tribunal especial (Art.107).

Ello tiene explicación plausible, en la circunstancia de que el Subcontralor desempeña, además de la función de Contralor Subrogante o mientras se nombre al titular en caso de vacancia (Art. 27), la función de juez de primera instancia del Tribunal de Cuentas de la Contraloría (Art. 107 de la Ley 10.336). En segunda instancia, el Tribunal es colegiado y lo integran el Contralor General de la República que lo preside y dos abogados designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Contralor;

Décimo: Que, como consecuencia de lo razonado, no es posible atender a la legalidad del acto basado en que de acuerdo al artículo 148 de la Ley N°18.834 (Estatuto Administrativo) en cuanto tras disponer que en los casos de cargos de exclusiva confianza, la remoción se hará efectiva por medio de la petición de renuncia que formulará el Presidente de la República o la autoridad llamada a efectuar el nombramiento (el Contralor, en la especie), adiciona que si la renuncia no se presenta dentro de las cuarenta y ocho horas de requerida, se declarará vacante el cargo.

En lo que hace a la supuesta arbitrariedad del acto administrativo impugnado por esta vía constitucional, se recuerda que ha sido planteada, en verdad, en forma subsidiaria para el caso que se estimare que el Contralor actuó dentro de sus atribuciones en este preciso caso. De este modo, en este punto la Corte no se hará cargo de la “inexistencia” de razones objetivas que harían abusivo el ejercicio de la discrecionalidad de la autoridad;



Undécimo: Que, acerca de las garantías constitucionales que se denuncian en el recurso como infringidas, la de la igualdad ante la ley se hace consistir en que a anteriores subcontralores no se les aplicó el mismo trato que a la recurrente, es decir, que se les haya declarado vacante el cargo. Sobre el particular, a juicio de esta Corte en otros casos no se verificó esto porque las otras personas renunciaron ante la petición del Contralor, de modo que no pudo verificarse la situación de autos. En este sentido, no puede concluirse de que se haya infringido a través del acto administrativo que nos ocupa, el principio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, como garantía constitucional. Distinto es el caso, el cual no fue rebatido en autos, que a otros funcionarios que como la subcontralor fueron citados por el fiscal a cargo de la investigación del caso Fraude en Carabineros, no se les haya pedido la renuncia como a ella. Esto marca una discriminación, pero que podría explicarse precisamente en el hecho de que la subcontralor no es una empleada en las mismas condiciones que los demás empleados, como hemos visto. Sólo que al no trazar esa diferencia en definitiva, lo que queda es que la discriminación existente carece de legitimidad.

Se dice en el recurso, que se ha infringido también la garantía constitucional del artículo 19 N°3, inciso quinto, de la Carta Política, comoquiera que nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. El informe del Contralor señala que no ha habido juzgamiento, por ende, no correspondería el amago de esta garantía. La recurrente, en cambio, sostuvo lo contrario, ya que el Contralor se habría arrogado para sí la ponderación de hechos y fundamentos que legalmente corresponden a entes diversos.

A juicio de la Corte, si bien no ha habido un procedimiento de por medio, sino una secuencia de actos puramente administrativos, lo cierto es que si en derecho lo que correspondía –porque así lo dice la ley, y porque no hay otra forma de entenderlo mediante una interpretación lógica y sistemática- era requerir en juicio de amovilidad la declaración de no observar la Subcontralor el buen comportamiento debido, para su posterior remoción por parte del Presidente de la República, el Contralor al proceder como lo hizo substituyó en el hecho al tribunal llamado por ley a conocer del



juicio de amovilidad, que debe ser tramitado en la forma que se sigue contra los Ministros de los Tribunales Superiores de justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema, esto es, de acuerdo con las normas que establece al efecto el Código Orgánico de Tribunales, de suerte que la declaración de vacancia del cargo de subcontralor equivale a la declaración que debía emanar del tribunal competente y que, en su caso, debía cumplir el Presidente de la República.

De esta manera, se configura, en concepto de estos jueces, la infracción a la garantía constitucional según la cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, dado que si bien el Contralor es un ente regular y reglado en su competencia y atribuciones, en la medida que en este caso actuó fuera de ellas, en contravención a la Carta Fundamental (Art. 6 y 7 de la Constitución), con ello infringió la garantía antes señalada, porque la declaración de vacancia del cargo de Subcontralor de la Contraloría General de la República, basado en la ausencia de renuncia ante la petición formulada en ese sentido por la autoridad del organismo, por haberse perdido la confianza, implica que los hechos omitidos en que se funda la pérdida de confianza, han sido valorados, esto es, juzgados, por el Contralor en lugar del tribunal competente.

Con relación al derecho de propiedad, el artículo 83 del Estatuto Administrativo contempla que todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo, salvo los cargos de exclusiva confianza. Si se atiende a que el cargo de subcontralor no es de exclusiva confianza, pues desempeña funciones, como se ha dicho, no sólo administrativas, entre las cuales la de subrogar al Contralor, sino también funciones jurisdiccionales, puesto que a estos efectos lo que interesa es la función desempeñada y no la pertenencia al Poder Judicial (como se desprende del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales), resulta evidente que el Subcontralor tiene derecho a la estabilidad en el empleo, lo que le da derecho a gozar entre otras prestaciones, beneficios y asignaciones, a las remuneraciones de que trata el artículo 88. Este derecho a la estabilidad en el empleo lo contempla la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado en el apartado sobre la Carrera Funcionaria, en términos que el personal gozará de estabilidad en el empleo y sólo podrá cesar en él por causa legal (Art.46). Ahora bien, el artículo 19 N°24 de la Constitución,



asegura a todas las personas “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.” Como las cosas incorporales son derechos, no hay duda que en relación con la estabilidad en el empleo y las remuneraciones, a título de ejemplo, hay una especie de propiedad que igualmente que en el caso de las cosas corporales, protege la Carta Fundamental. Por otro lado, no puede obviarse que el artículo 100 del Estatuto Administrativo habla de la propiedad del cargo, cuando el funcionario debe ausentarse por causa legal del servicio, aun cuando los cargos son públicos, de manera que parece evidente que se trata de la estabilidad en el empleo, sobre el cual sí hay una especie de propiedad;

Duodécimo: Que, sobre las alegaciones del Consejo de Defensa del Estado y del informe, en el sentido que la recurrente pretende encontrarse en una situación de privilegio, en que ni siquiera se halla el Contralor General de la República, es un argumento de efecto ciertamente, que no modifica lo que se ha razonado en torno a la cuestión propuesta en el recurso; el Contralor dura en su cargo el tiempo que señala la Constitución no pudiendo ser designado para el período siguiente; el Subcontralor, como los demás empleados, tiene una carrera funcionaria y obviamente ellos se mantienen en sus cargos no por un determinado lapso, sino entretanto no surja una causal legal que importe la necesidad de hacer dejación del cargo.

Por estos fundamentos y lo dispuesto, además, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema en la materia, **se acoge** el recurso de protección deducido por los abogados Ciro Colombara López y Aldo Díaz Canales, a nombre de Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez, abogada, sólo en cuanto en su virtud se deja sin efecto la Resolución N°21 de 22 de agosto de 2018 del Contralor General de la República, que declara la vacancia del cargo de Subcontralor General servido por doña Dorothy Pérez Gutiérrez a contar del día 23 de agosto, y se dispone como medida necesaria al restablecimiento del imperio del derecho, la reincorporación de la agraviada a su cargo de Subcontralor de la Contraloría General de la República con los derechos subsecuentes, sin solución de continuidad, desde la fecha de su separación, para lo cual el señor Contralor deberá dictar los actos que en derecho corresponda al debido cumplimiento de lo resuelto.



Regístrese, comuníquese y archívese

Redacción del Ministro señor Silva Cancino.

Protección N° 61.877-2018.

No firma el Ministro señor Gajardo, por estar haciendo uso de su feriado legal, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino, conformada por el Ministro señor Carlos Gajardo Galdames y la Ministra señora Elsa Barrientos Guerrero.



Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Presidente Mauricio Silva C. y Ministra Elsa Barrientos G. Santiago, dieciséis de octubre de dos mil dieciocho.

En Santiago, a dieciséis de octubre de dos mil dieciocho, 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 12 de agosto de 2018, 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 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.