

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1ª SALA)
ROL N° 6.552-2006

CONTRERAS TORO, JUAN CON CONTRALOR GENERAL
DE LA REPÚBLICA

RECURSO DE PROTECCIÓN

Santiago, once de enero de dos mil siete.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1°) Que a fojas 9, don Juan Arcadio Contreras Toro, contador auditor, con domicilio en Parcela San Francisco s/n, camino a Cato, Chillán, recurre de protección en contra de la Contralor General de la República Subrogante, doña Noemí Rojas Llanos, por haber incurrido en una conducta ilegal en el pronunciamiento del Dictamen N° 53.862 de 13 de noviembre de 2006. Fundamentando su acción señala que es gendarme 2° grado 14 de la E.U.S., con veintiún años de servicio en Gendarmería de Chile, encargado del área operativa y contable del Economato del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Chillán y que el 3 de marzo de 2005 obtuvo el título de contador auditor otorgado por el Instituto Profesional Virginio Gómez de la Universidad de Concepción (el certificado de título señala que la fecha de su titulación es 19 de enero de 2005). El 15 de marzo de 2005, atendido el hecho que el título profesional referido lo habilitaba para recibir la correspondiente asignación profesional conforme a la ley 19.699, solicitó a la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile, a través del Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Chillán, el correspondiente pago. La Contraloría General de la República emitió un primer Dictamen, el N° 37.662 de 2005, señalando que el título profesional obtenido no lo habilitaba para percibir la mencionada asignación. Empero, mediante el Dictamen N° 4.311 de 25 de enero de 2006, la entidad contralora reconsideró el Dictamen anterior y concluyó que su parte tenía derecho a percibir asignación profesional.

El 9 de febrero de 2006 –continúa el recurrente– la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile, mediante la Resolución Exenta N° 427, procedió a ordenar el pago de la asignación pero solo por un período retroactivo de seis meses, aduciendo para ello lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 18.834, conforme al cual el derecho a cobro de las asignaciones que establece el artículo 98 del mismo cuerpo legal, prescribe en el lapso señalado contado desde que se hizo exigible.

En virtud de lo anterior, agrega, recurrió nuevamente a la Contraloría para que dispusiera el pago de la asignación profesional desde la fecha de su titulación, esto es, el 19 de enero de 2005. La Contraloría, empero, con fecha 13 de noviembre de 2006 se hizo cargo de su petición y pronunció el Dictamen N° 53.861 estableciendo que el pago que se le había efectuado por asignación profesional era erróneo, por cuanto el derecho a percibir válidamente tal asignación procedía a contar el 25 de enero de 2006, fecha en que se pronunció el aludido Dictamen N° 4.311 y no desde la fecha de otorgamiento del título profesional, disponiendo, además, el reintegro de las sumas de dinero percibidas a título de asignación profesional, entre el mes de septiembre de 2005 y febrero de 2006, por tratarse de un "pago indebido".

Tal resolución es, según expresa la parte recurrente, ilegal por vulnerar lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. 479 del Ministerio de Hacienda, referido a la asignación profesional, pues tiene derecho a percibir, si cumple con las exigencias legales, como es su caso, los emolumentos que correspondan. Luego, desde el momento mismo en que su parte se desempeñó en Gendarmería cumpliendo con las condiciones requeridas por la ley, esto es, desde que obtuvo su título profesional el 19 de enero de 2005, tiene derecho al pago de la asignación profesional. El Dictamen de Contraloría, el N° 4.311 de 2006, entonces, es meramente declarativo y no constitutivo de derechos. Esta actuación de la Contraloría General de la República le ha conculcado la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Termina solicitando que se acoja el recurso de protección, se deje sin efecto el Dictamen N° 53.861 de 2006 y se disponga el pago íntegro de la asignación profesional por parte de Gendarmería de Chile a partir del 19 de enero de 2005.

2°) Que a fojas 53, la señora Noemí Rojas Llanos, Contralor General de la República Subrogante informa y pide el rechazo del recurso de protección deducido por don Juan Arcadio Contreras Toro. Funda tal solicitud en los siguientes antecedentes:

a) el recurso es extemporáneo porque de su texto debe entenderse que el recurrente tomó conocimiento del Dictamen N° 53.861 de 2006 el día de su emisión, el 13 de noviembre de ese año, única fecha a la cual hace alusión, habiendo presentado su acción constitucional el 30 de noviembre de 2006, esto es, dos días después de vencido el plazo perentorio de quince días corridos a que alude el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales;

b) en todo caso, no se ha cometido arbitrariedad ni ilegalidad alguna. Señala que el artículo 98 de la Constitución Política de la República encomienda a la Contraloría General de la República, como un organismo autónomo, entre otras atribuciones, la de ejercer el control de la

legalidad de los actos de la administración y desempeñar las demás funciones que le otorga su Ley Orgánica Constitucional, la N° 10.336, que establece que corresponde a dicha entidad el emitir dictámenes jurídicos sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y en general sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo y, por ende, sobre la materia analizada por el recurso de autos. Cita jurisprudencia de esta Corte y concluye que su actuación se enmarca dentro de la legalidad, conforme a las facultades que le son propias al organismo contralor;

c) en cuanto al fondo, como el Dictamen 4.311 de 2006 varió lo que la Contraloría había antes resuelto en Dictamen 37.662 de 2005, su doctrina solo rige a contar de la fecha de su emisión. Luego —agrega—, lo expresado en el Dictamen 4.311 de 2006, que declaró que el diploma de Contador Auditor otorgado por el Instituto profesional Virginio Gómez debe ser considerado título profesional y que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 3° del D.L. 479 de 1974, modificado por el artículo 8° de la ley 19.699, solo es aplicable a contar de la data de dicho pronunciamiento, o sea, el 25 de enero de 2006;

d) consecuentemente, como se ha producido un pago erróneo por parte de Gendarmería al recurrente, existe un enriquecimiento ilegal de éste, surgiendo su obligación de reintegrar las sumas mal percibidas, en la misma cantidad y calidad, con el objeto de solucionar la obligación que tiene con el Fisco;

e) finalmente, la garantía invocada, la del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, no es aplicable a la especie, desde que no se trata de un “legítimo ejercicio” del derecho de dominio pues ello no es posible tratándose de un dinero que no le pertenece.

3°) Que el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

4°) Que, en primer término, habrá que precisar que la acción constitucional de fojas 9 no es extemporánea, como lo pretende la entidad recurrida. En efecto, aquella fue deducida el 30 de noviembre de 2006 y el acto impugnado, el Dictamen 53.861, data del 13 del mismo mes y año, apareciendo de fojas 1 que con la misma fecha la Contraloría remitió al señor Juan Contreras Toro el señalado Dictamen, a su lugar de trabajo en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Chillán, de modo que es razonable deducir —teniendo presente que en esta materia la prue-

ba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, de acuerdo con las máximas de experiencia, de la lógica y de los conocimientos científicamente afianzados— que dicha misiva haya demorado, a lo menos, cuarenta y ocho horas en llegar a su destino, de modo que el recurso de protección aparece presentado dentro de los quince días corridos que exige el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.

5º) Que, en cuanto al fondo, el inciso primero del artículo 98 de la Constitución Política de la República señala 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 la municipalidad 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”*. A su turno, la ley 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, en su artículo 1º señala que *“La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención. La Contraloría estará obligada a ejercer en forma preferente las atribuciones señaladas en el inciso anterior, en los casos de denuncias hechas o investigaciones solicitadas en virtud de un acuerdo de la Cámara de Diputados”*. El artículo 2º de la misma ley establece señala que el organismo indicado estará a cargo de un funcionario que tendrá el título de Contralor General de la República y dispone, asimismo, la existencia de un Subcontralor y de diversas reparticiones y cargos al interior del mismo. El artículo 5º de la ley 10.336 dispone que *“El Contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten. El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva. En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”*. Y, por último, relacionado con la materia de autos, el inciso primero del artículo 6º de la última ley

citada señala que *“Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desabucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”*.

6°) Que por lo anterior, y como por lo demás lo sostiene la doctrina de los autores, las funciones de la Contraloría General de la República son fiscalizadoras, y la fiscalización se hace por dos vías, a saber: el control jurídico y el control contable. El primero se lleva a efecto por medio del pronunciamiento que debe hacer sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones de los Jefes de Servicios, a través de la emisión de dictámenes jurídicos que, en materia administrativa, deben observar las reparticiones públicas que los soliciten, y mediante la fiscalización en el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo. El segundo control, de tipo contable, se ejerce mediante el examen de los decretos de gastos, por la revisión o juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas que tienen a su cargo fondos o bienes públicos en sentido amplio, y llevando la contabilidad general de la nación.

7°) Que en la especie, la recurrida ha realizado su función fiscalizadora al emitir un Dictamen que obliga al recurrente a devolver dinero que había percibido a título de remuneración. Consecuentemente, no puede ser catalogada de *“ilegal”* una actuación de esta naturaleza si, precisamente, el órgano contralor obró dentro de sus facultades constitucionales y legales, a las que ya se ha hecho referencia, y concluye que es contrario a derecho pagar la asignación profesional o *“de título”* con efecto retroactivo y que solo procede tal pago a contar de la fecha del Dictamen 4.311, o sea, desde el 25 de enero de 2006.

8°) Que, empero, el recurso de protección no solo procede contra actos ilegales sino también arbitrarios, definiéndose el concepto de *“arbitrariedad”* en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua del siguiente modo: *“Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”*.

9°) Que habiéndole pagado Gendarmería al recurrente su respectiva asignación profesional o *“de título”* por Resolución Exenta N° 427 de 9 de febrero de 2006, que se lee a fojas 4, con efecto retroactivo por seis meses, conforme al artículo 99 del D.F.L. 29 de de 2004 del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.834, no parece razonable ni de justicia disponer que deba devolver el pago retroactivo por tener derecho a percibir tal asignación, en concepto de la Contraloría, solo a contar de la fecha del Dictamen 4.311 de 25 de enero de 2006. En efecto, si Contreras Toro es profesional, contador auditor, desde el 19 de enero de 2005, como lo ha reconocido

la Contraloría General de la República, debe concluirse que a partir de dicha fecha ya reúne las condiciones exigidas por la ley para percibir la asignación profesional a que se refiere el D.L. 479 de 1974 y lo que ha dictaminado la Contraloría por oficio N° 4.311 de 25 de enero de 2006 es solo un reconocimiento de que el recurrente cumple con las exigencias del citado Decreto Ley y que por ello debe ser remunerado, también, con la aludida prestación, de manera que entender que tal derecho nace únicamente cuando el órgano contralor así lo ha entendido, es, en concepto de esta Corte, arbitrario, lo que llevará a acoger el recurso intentado.

10°) Que no se comparte el criterio sustentado por la recurrida en orden a que, por constituir el Dictamen 4.311 de 2006 un cambio de lo anteriormente dictaminado en Oficio N° 37.662 de 2005, el derecho a percibir tal asignación nace con el cambio de la jurisprudencia, pues es lo cierto que, independientemente de los cambios en la línea de interpretación que pueda legítimamente hacer el órgano contralor, no se divisa por qué ello va a significar el nacimiento de derechos, en circunstancia que con el Dictamen 4.311 de 2006, haya o no tenido la virtud de variar la jurisprudencia administrativa anterior, solo se está reconociendo una situación de hecho —el título profesional de Contreras Toro a contar del 19 de enero de 2005— que lo habilita para percibir una determinada asignación. No puede ser, por lógica, tal Dictamen la constitución del derecho a percibir una asignación cuyas exigencias están contempladas en la ley: es solo una constatación o reconocimiento de la existencia de dicho derecho.

11°) Que, consecuentemente, la conducta arbitraria por parte de la recurrida ha conculcado, respecto al recurrente, la garantía del N° 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que ha afectado su derecho de dominio sobre la asignación profesional que con efecto retroactivo Gendarmería le ha pagado.

12°) Que, empero, es efectivo que el citado artículo 99 del D.F.L. 29 de 2004 del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.834, establece que el derecho al cobro de las asignaciones que establece el artículo 98 de la misma legislación (entre otras, las contempladas en leyes especiales), prescribirá en el plazo de seis meses contado desde la fecha en que se hicieron exigibles, de suerte que la decisión de Gendarmería de pagar la tantas veces citada asignación profesional, aplicando el plazo de prescripción ya referido, está ajustada a derecho y no merece reproche.

Y visto, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia de 24 de junio de 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se acoge la acción constitucional de fojas 9, sin costas, solo en cuanto se deja sin efecto el Dictamen 53.861 de 13 de noviembre de 2006, de la Contraloría General de la República. Consecuentemente, se encuentra ajustada a derecho la

decisión de pagar al recurrente Juan Arcadio Contreras Toro la asignación profesional a que tiene derecho a contar de febrero de 2006, además del pago de la misma retroactivamente hasta seis meses contados hacia atrás desde dicho mes.

Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrese y archívense estos autos en su oportunidad.

N° 6552-2006.

Dictada por la Primera Sala de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz, e integrada, además, por la Ministro Suplente doña Pilar Aguayo Pino y por el Abogado Integrante señor Benito Mauriz Aymerich.

