

Santiago, cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que don Carlos Rivera Hernández, abogado, domiciliado en calle Werner Von Braun N° 4200, comuna de Maipú, deduce recurso de protección a su favor en contra de don Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República, domiciliado en calle Teatinos N° 56, comuna de Santiago, contra el acto que supone ilegal y arbitrario, plasmado en OFICIO TRA N°-19.374, de 12 de septiembre de 2018, de la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, el que no se ajustaría a derecho en relación al acto administrativo, resolución N° 423/16/2018, mediante el cual fue nombrado en calidad de titular en el cargo de jefe del departamento de asesoría jurídica del INJUV (Instituto Nacional de la Juventud), lo que le ha provocado una privación y perturbación en el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales de integridad física y psíquica, igualdad ante la ley, y de propiedad, establecidos en los numerales 1, 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, respectivamente.

Expresa que el día 26 de octubre de 2017, el Instituto Nacional de la Juventud, dictó resolución exenta N° 2970, que aprueba bases de concurso para provisión del cargo de jefe del departamento de asesoría jurídica, grado 5°, de la planta nacional directiva, con desempeño en el departamento de asesoría jurídica de dicho Instituto, al que postuló en tiempo y forma conforme al boletín de las convocatorias disponibles, pasando exitosamente las sucesivas etapas del concurso hasta conformarse la terna final, obteniendo el máximo puntaje en la selección. Y según lo señalado por la autoridad que firma su nombramiento, “su criterio para la elección dentro de la terna final fue nombrar al postulante con el máximo puntaje”. Al efecto, señala que el día 30 de enero de 2018, la ex directora del INJUV, doña Natalie Vidal Duarte, mediante correo electrónico lo notifica de su selección para el cargo de que trata el presente recurso, comunicándole además que debía manifestar expresamente su aceptación al mismo en un plazo de tercero día de notificado, solicitándole que se acercara al Instituto al día siguiente, 31 de enero. Al concurrir a la reunión referida la sra. Vidal Duarte le manifiesta que debe aceptar el cargo ese



mismo día 31 de enero de 2018 para comenzar a ejercer sus funciones el día 01 de febrero de ese año, motivo por el cual se dirigió, en el acto, a la Superintendencia de Educación, donde ejercía el cargo de jefe del departamento jurídico a objeto de presentar su renuncia, la que se materializó el mismo día 31 de enero de 2018.

Refiere que a los pocos días de haber asumido el cargo fue informado por el jefe de gabinete de doña Natalie Vidal, don Ignacio Delgado, que el ex coordinador jurídico del INJUV y la asociación de funcionarios de la institución (AFINJUV), habían impugnado el proceso concursal con antelación a la finalización del certamen, lo que se materializó el día 19 de enero de 2018, mediante presentación ante el ente contralor, documento N°163.044, fundado en que se habrían presentado irregularidades en la evaluación psico laboral y en la contratación del profesional que la llevaría a cabo, toda vez que se habría efectuado sin ajustarse a las normas de compras públicas y sin acreditarse su experiencia, con infracción al principio de probidad al configurarse un conflicto de intereses que afectaría a la Directora Nacional (S), de ese entonces; impugnación que desestima con fecha 10 de abril de 2018 la Contraloría Regional Metropolitana II, mediante oficio N° 3692, por no configurarse los vicios invocados en el concurso.

Afirma que el día 3 de mayo, vía correo electrónico, el departamento de gestión de personas del INJUV, le comunica que la Contraloría General de la República toma razón de su nombramiento. Días después, al regresar al servicio, luego del término de una licencia médica, verifica en el Sistema de Información y Control del Personal de la Administración del Estado de la Contraloría (SIAPER) que la resolución de su nombramiento, tomada de razón el día 2 de mayo en el sistema, aparecía ahora “en estudio”; hecho que nunca le notificaron, pasando su nombramiento de estar tomado de razón a volver a revisarse o a “estudiarse”.

Acto seguido, refiere que el día 23 de mayo de 2018, nuevamente la Contraloría toma razón de su nombramiento, por segunda vez. Sin embargo, en horas de la tarde de ese día, al revisar el SIAPER de la Contraloría, la resolución que en la mañana había sido tomada de razón,



estaba otra vez “en estudio”, todo lo cual generó su nueva frustración, y sin que el Servicio ni la Contraloría le diere una explicación al respecto.

Aclara en consecuencia, que en dos oportunidades y en fechas distintas la Contraloría General de la República toma razón de su nombramiento en el cargo de que se trata, y luego retrotrae el acto administrativo al estado de encontrarse “en estudio”.

Reseña el recurrente que el acto administrativo en contra del cual se dirige (OFICIO TRA N° CGR-19.374, de 12 de septiembre de 2018) consigna que la entidad de Control debe abstenerse de dar curso al acto administrativo en estudio que lo nombra como titular del cargo de que se trata, por no ajustarse a derecho, por cuanto se estableció en las bases concursales que los postulantes debían comprobar una experiencia de, a lo menos, 3 o más años desempeñándose en el área jurídica, en cargos con o sin jefatura con el objeto de obtener el mínimo de 50 puntos para aprobar dicha fase del certamen, exigencia que vulnera los requisitos contemplados en la normativa, por cuanto se exigieron lapsos de experiencia en un área específica o bien en cargos de jefatura, que esta no prevé, lo que se contrapone con lo dispuesto en la Ley N° 19.042, que crea el Servicio, la que en su artículo 15 letra a), estableció como requisito para acceder al cargo en cuestión, solamente un título profesional o técnico, o tener la calidad de egresado de alguno de los establecimientos que ahí se señala, todo lo cual no armoniza con lo resuelto por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General, contenida, entre otros, en los dictámenes N° 6.142, 42.380 y 61.919, todos de 2014.

En definitiva, solicita que se declare y se deje sin efecto el OFICIO TRA N° CGR-19374, de 12 de septiembre de 2018, restableciéndosele en el cargo que legítimamente adquirió, con el objeto de restablecer el imperio del derecho, con costas.

Segundo: Que la Contraloría General de la República, en su informe, señala que su intervención respecto de la resolución TRA N°423/16/2018, consistió en efectuar el control previo de legalidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, y en los artículos 1 y 10 de la Ley N°10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, en



el ejercicio de sus funciones de naturaleza constitucional y legal a objeto de velar por el resguardo del principio de juridicidad de los actos de la Administración del Estado.

Afirma que la toma de razón constituye un trámite por medio del cual ese organismo de Control emite, en forma exclusiva, una pronunciamiento respecto de la adecuación o conformidad al ordenamiento jurídico vigente de los decretos o resoluciones afectos al tal control de legalidad y constitucionalidad, el cual no es susceptible de ser impugnado por la vía del recurso de protección; cuyo objeto es restablecer el imperio del derecho frente a una situación anormal y evidente que atente contra alguna de las garantías constitucionales, de modo tal que en ningún caso puede tener por objeto la declaración o constitución de derechos, por lo que el ejercicio del control preventivo de juridicidad de un acto administrativo de nombramiento efectuado por la Contraloría, es un asunto ajeno a la naturaleza de la acción de protección.

En seguida, por el rechazo del recurso, la entidad recurrida desarrolla las siguientes líneas argumentativas. Afirma que la solicitud del recurrente en orden a que se deje sin efecto la representación que del acto de su nombramiento realizó la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago en el trámite de toma de razón, resulta improcedente, en atención a la facultad exclusiva de control preventivo que ejerce dicho organismo, no advirtiéndose de qué manera la resolución impugnada ha podido ser ilegal o arbitraria.

Agrega la recurrida que en los concursos para proveer un cargo público, la autoridad administrativa no puede imponer condiciones no previstas en la Constitución o en las leyes, no pudiendo imponer requisitos adicionales o diversos a los previstos en ellas, vulnerando, en el caso de hacerlo, el principio de juridicidad establecido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental. Lo expuesto, sin perjuicio de que al regular las bases la autoridad administrativa tiene la facultad de atribuir una mayor valoración a aquellas características o aptitudes –denominadas habitualmente requisitos deseables- para seleccionar al postulante más idóneo.



En el caso del recurrente, el llamado a concurso para el cargo directivo de jefe del departamento de asesoría jurídica, se transformó en una mera formalidad, debido a que las bases concursales contemplaban en la II etapa en relación con el apartado “Experiencia en el área deseable” para ocupar el cargo directivo de que se trata, comprobar tres o más años de experiencia en el área jurídica, en cargo con y sin jefatura, con el objeto de obtener el mínimo de 50 puntos para aprobar la fase del certamen; exigencia que se contrapone con lo dispuesto en la Ley N° 19.042, que en su artículo 15 letra a) dispone solamente como requisito de ingreso y promoción para los cargos de las plantas directivas, estar en posesión de un título profesional o técnico otorgado por un establecimiento de educación superior del Estado o reconocido por éste, o tener la calidad de egresado de alguno de estos establecimientos. En consecuencia, se afecta la legalidad de un concurso al establecer por la autoridad administrativa, requisitos adicionales o diversos a los previstos en la ley, que excedan la facultad de la autoridad para fijar pautas de evaluación a los postulantes, como es el caso de autos. Es así como el organismo de Control representó la resolución TRA N° 423/16/2018, al comprobarse que el proceso concursal en que participó el recurrente establecía la exigencia adicional anotada.

Con relación a la toma de razón en dos oportunidades diversas (2 de mayo y 23 de julio, ambas de 2018), a través de su Sistema de Información y Control del Personal de la Administración del Estado SIAPER, sostiene la Contraloría, que obedeció a un error respecto de la resolución TRA N° 423/16/2018, que nombra al actor en el cargo de que se trata; error que fue debidamente corregido, sin perjuicio de la investigación correspondiente con la emisión del oficio TRA N° 19.374 del año 2018, que representó dicho acto administrativo, generándose a partir de este último trámite la voluntad final exteriorizada del organismo de Control, afirmando la informante que la emisión del oficio de representación constituye un imperativo para la Contraloría en el examen preventivo de legalidad.

Con relación al oficio N° 3.692 de 2018, refiere que se desestimó el reclamo en contra del concurso convocado por el INJUV en relación al



cargo del recurrente, debido a que los vicios alegados en esa oportunidad no se produjeron.

Asimismo, el ente Contralor indica que no ha desconocido su propia jurisprudencia administrativa, como sostiene el actor, contenida en los dictámenes N° 30.872, de 2017 y 20.191, de 2018, que regulan la libertad de la administración para fijar el procedimiento por el cual se evaluarán los requisitos y méritos de los postulantes; sino que lo que se cuestionó a través del oficio TRA N°19.374, de 2018, fue la transgresión de las bases concursales en relación con el factor experiencia exigido, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 15 letra a) de la Ley N° 19.042, que Crea el Instituto Nacional de la Juventud.

Finalmente, en cuanto a las garantías constitucionales supuestamente vulneradas que alega el actor, la contenida en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, resulta inadmisibile -alega la Contraloría- por cuanto de aceptarse dicho planteamiento habría que concluir que cada vez que en un organismo del Estado ejerza sus potestades estaría afectando la integridad física y/o psíquica de los involucrados al realizar los pertinentes exámenes o estudios de legalidad respecto de decretos o resoluciones dictadas.

Con relación a la garantía consagrada en el numeral 2 del mismo cuerpo normativo, afirma la Contraloría que la representación ejercida en el trámite de toma de razón fue realizada por la entidad fiscalizadora en estricto cumplimiento de la normativa y jurisprudencia administrativa aplicable, de manera que tampoco se configuraría.

Respecto a la garantía contenida en el numeral 24, sostiene que la jurisprudencia de los Tribunales ha concluido que no es posible concebir su privación, perturbación o amenaza tratándose de derechos y deberes que vinculan a los servidores públicos con los organismos de la Administración.

Por todo lo antes expuesto, solicita que se desestime el recurso.

Tercero: Que el recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencia 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.

Cuarto: Que en cuanto a la primera alegación de la recurrida, esto es que el presente recurso resulta improcedente desde que se pretende impugnar la actuación de la Contraloría, encargada de resguardar el principio de juridicidad a través del control preventivo de los actos de la Administración, debe ser desestimada, conforme al artículo 20 del texto constitucional, por cuanto queda claramente establecido que cualquier persona puede recurrir por esta vía cautelar a objeto de ejercer su derecho a tutela judicial efectiva, sin perjuicio de otros medios que franquea la ley, cuando por actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la Carta Fundamental.

Quinto: Que despejada la legitimidad pasiva del ente fiscalizador, previo a conocer el fondo del asunto, resulta necesario ilustrarse acerca del denominado trámite de toma de razón que realiza la Contraloría General de la República, y en tal sentido de la propia Carta Fundamental y la jurisprudencia nacional, fluye que es un control jurídico previo, general y obligatorio que realiza el ente fiscalizador respecto de la constitucionalidad y legalidad de los decretos, decretos con fuerza de ley y resoluciones.

Así definido, puede concluirse que el Contralor no hace sino velar por el resguardo a través del señalado control de la juridicidad de los actos de la Administración del Estado antes que el acto administrativo produzca sus efectos.

Para el profesor Luis Cordero Vega, la toma de razón, *“se traduce en la práctica, en un juicio lógico entre norma y acto, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentran debidamente justificadas.”*

Sexto: Que el control de legalidad a que se ha hecho referencia encuentra su justificación en el artículo 98 de la Carta Fundamental, que



expresamente dispone que el Contralor General de la República será quien ejerza el dicho control respecto de los actos de la Administración, entre otras prerrogativas. A su turno, el artículo 99 del mismo cuerpo normativo, dispone que el Contralor detenta la facultad de toma de razón de los decretos y resoluciones o representa la ilegalidad de que puedan adolecer los mismos.

Séptimo: Que en cuanto a la secuencia de hechos fundantes de la acción cautelar, realizadas las aclaraciones y prevenciones de los motivos precedentes, de los antecedentes del recurso en concordancia con los medios de prueba que fueron aparejados, puede concluirse lo siguiente:

1.- Con fecha 26 de octubre de 2017, el Instituto Nacional de la Juventud, dicta resolución exenta N° 2970, de 26 de octubre de 2017, por medio de la cual aprueba bases de concurso para la provisión del cargo de jefe del departamento de asesoría jurídica, grado 5° E.U.S., planta nacional directiva del señalado Instituto.

2.- Con fecha 30 de enero de 2018, la Directora Nacional (S) doña Natalie Vidal Duarte, dirige un correo electrónico a don Carlos Rivera Hernández, recurrente en la especie, comunicándole que ha concluido el proceso del concurso al que postuló para jefe del departamento de asesoría jurídica, informándole además, que ha sido seleccionado para el dicho cargo, y para lo cual debía manifestar expresamente su aceptación al mismo, dentro de tercero día de notificado.

3.- Con fecha 10 de abril de 2018, la Contraloría Regional Metropolitana II, mediante oficio N° 3692, desestima los reclamos formulados en contra del concurso a que postula el actor, por no configurarse los vicios invocados.

4.- Con fecha 02 de mayo de 2018, la Contraloría toma razón de la resolución TRA N° 423/16/2018, de fecha 12 de abril del mismo año, por medio de la cual el Instituto Nacional de la Juventud nombra al actor don Carlos Andrés Rivera Hernández, en el cargo de jefe de departamento, grado 5° escala única de sueldos, de la planta de Directivos, con jornada de 44 horas semanales, a contar del 1 febrero de 2018.

5.- Con fecha 23 de julio de 2018, la Contraloría toma razón, nuevamente, en los mismos términos y bajo el mismo número de resolución



(423/16/2018) del nombramiento del recurrente en el cargo de que se trata, conforme al número 4 referido.

6.- Con fecha 12 de septiembre de 2018, la Contraloría Regional Metropolitana, mediante OFICIO TRA N°19.374, representa la resolución N° 423/16/2018, sobre nombramiento titular de Instituto Nacional de la Juventud, señalando que ha debido abstenerse de dar curso al acto administrativo en estudio, por no ajustarse a derecho, por cuanto en las bases concursales se exigió un requisito adicional que vulnera lo dispuesto en el artículo 15 letra a) de la Ley N° 19.042.

Octavo: Que de lo expuesto, se desprende con claridad que el recurrente postula a un concurso público para el cargo de jefe del departamento de asesoría jurídica del INJUV, cumpliendo con todas las exigencias, requisitos y evaluaciones propias de un concurso de tales características, quedando seleccionado para la asunción en el señalado cargo; selección que le fuere notificada vía correo electrónico, y cargo que debía asumir a partir del mes de febrero de 2018, conforme a la toma de razón de su nombramiento por la Contraloría General de la República.

Noveno: Que la Contraloría por razones que se desconoce, toma razón en dos oportunidades del nombramiento del recurrente, esto es, con fecha 2 de mayo y 23 de julio de 2018, a través de la resolución TRA N°423/16/2018, la que consigna el debido cumplimiento de todos los trámites anteriores a la toma de razón, en virtud de los cuales se procede al nombramiento del recurrente en el cargo que motiva el presente recurso, señalando expresamente el Contralor en el numeral 10° de la referida resolución que resuelve el nombramiento de que se trata, dentro de las facultades que le otorga la Ley N° 19.042, Orgánica del Instituto Nacional de la Juventud; concluyéndose a partir de aquello que la entidad contralora hasta este momento, se ha limitado a ejercer el control previo de legalidad, exclusivo y excluyente que le compete, en el marco de las facultades y funciones que le encomienda la Constitución Política de la República y la ley.

Décimo: Que no obstante lo anterior, el pronunciamiento posterior de la Contraloría cuestionado por la recurrente, consistente en el OFICIO TRA N° 19.374, de fecha 12 de septiembre de 2018, que representa por no



ajustarse a derecho la resolución de nombramiento en el cargo del actor, no solo es de fecha posterior a las dos toma de razón referidas precedentemente, sino que excede abiertamente el marco de atribuciones de la Contraloría a propósito de su mentado control previo de legalidad, desde que el artículo 99 de la Carta Fundamental dispone que en el ejercicio de dicho control la Contraloría tomará razón de los decretos y resoluciones o representará la ilegalidad de que puedan adolecer, en consecuencia, son excluyentes uno respecto del otro, de manera que mal puede el ente fiscalizador representar un nombramiento, como ocurrió en la especie, con posterioridad al trámite de la toma de razón en que el acto administrativo ya se verificó, por cuanto desde que se materializa el estampe de la toma de razón se produce el desasimiento del órgano Contralor, no pudiendo revocar o invalidar lo ya revisado, produciendo todos sus efectos el acto administrativo en cuestión, de lo que no cabe sino concluir el acto ilegal en que incurrió la Contraloría al desestimar, vía representación, un nombramiento válidamente tramitado. Y ni siquiera haciendo una interpretación extensiva de los artículos 98 y 99 de la Constitución Política puede colegirse que la representación puede extenderse a actos posteriores a la toma de razón por cuanto desde que ésta se verifica se exterioriza la voluntad final del acto administrativo, y que de verificarse la representación, como aconteció en estos autos, extra limita la función y control preventivo de legalidad a situaciones no previstas en la Constitución, sin perjuicio de atentar igualmente, contra los propios actos del ente Contralor.

Que asimismo, el hecho de que se haya exigido un requisito adicional -como sostiene en su informe la Contraloría- contrario a la normativa contenida en la Ley N°19.042, se desvirtúa por si solo por cuanto el nombramiento que se viene comentando, en el numeral 10° de la resolución TRA N°423/16/2018, hace referencia expresamente al cumplimiento de aquella normativa, en el marco de su control preventivo de legalidad.

En el mismo orden de ideas, también será desestimada la alegación de la Contraloría, en cuanto a que la realización de la toma de razón en dos oportunidades diversas respecto del nombramiento del recurrente, obedece a un error, por cuanto no se condice con los límites de la facultad



constitucional que ejercer el fiscalizador ni menos puede servir de fundamento plausible para desvirtuar lo razonado hasta ahora.

Décimo primero: Que con lo expuesto, habiendo tomado razón la Contraloría del nombramiento del actor, y habiéndose verificado la concurrencia de un acto ilegal por parte del órgano de Control, consistente en la representación del mismo con posterioridad a que el acto administrativo produjera sus efectos, se conculca al recurrente la legítima posibilidad de ejercer en propiedad el cargo que legítimamente adquirió, privándolo del mismo, vulnerándose en dicho sentido la garantía constitucional contenida en el numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, motivo por el cual el recurso de protección debe ser necesariamente acogido.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 20, 98 y 99 de la Constitución Política de la República, artículos 1 y 10 de la Ley N°10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, artículo 15 letra a) de la Ley N° 19.042, y Auto Acordado de 24 de junio de 1992 de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se **acoge** el recurso de protección deducido por don Carlos Rivera Hernández, y se deja sin efecto OFICIO TRA N° 19.374, de 12 de septiembre de 2018, de la II Contraloría Regional Metropolitana, que representa resolución N° 423/16/2018 dictada por el Instituto Nacional de la Juventud, reestableciéndose al actor en el cargo referido en la resolución dictada por el INJUV.

Redacción a cargo de la abogada integrante señora Herrera Fuenzalida.

Regístrese y notifíquese.

N°Protección-68783-2018

No firma la abogado integrante señora Herrera, por encontrarse ausente.

Pronunciada por la **Quinta** Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Maritza Villadangos Frankovich e integrada



por la Ministra (S) señora María Riesco Larraín y la abogada integrante
señora Paola Herrera Fuenzalida



XNXZGBLYZX

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Maritza Elena Villadangos F. y Ministra Suplente María Riesco L. Santiago, cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

En Santiago, a cinco de diciembre 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>.