Santiago, veinte de noviembre de dos mil diecinueve.

**VISTOS:**

Que comparece Josie Alejandra Cárdenas Báez, Kinesióloga, interponiendo acción constitucional de protección en contra de la Contraloría General de la República, en adelante CGR, por el acto que estima ilegal y arbitrario, consistente en la dictación de la Resolución N° 141 de 7 de mayo del 2019, a través de la cual se ordenó realizar descuentos en sus remuneraciones por la suma de 165,7218 UTM, pagaderas en 63 cuotas iguales, mensuales y sucesivas de 2,6305 UTM cada una, más un 12% de interés anual a favor del Fisco, medida que para la recurrente carece de toda justificación.

Señala que si bien presentó un reclamo ante la Contraloría, nunca fue notificada de ninguna respuesta, siendo que solo se enteró del acto recurrido recién el 25 de agosto del presente año, esto es, un día después de que le hicieran el primer descuento a sus remuneraciones que percibe en el Hospital Barros Luco Trudeau, en donde se desempeña como Kinesióloga, grado 16, con contrato vigente, luego de lo cual fue a la CGR y le entregaron copia de la Resolución de 7 de mayo del 2019.

Al respecto, cita el artículo 54 de la Ley N° 19.880 en virtud del cual el plazo para recurrir ante un órgano jurisdiccional se entiende suspendido mientras se tramite el reclamo ante la administración, por lo que considera que se encuentra dentro de plazo.

En cuanto al fondo, manifiesta que trabaja como kinesióloga en el Hospital Barros Luco Trudeau desde el 1 de septiembre del 2007, iniciándose con un sistema de tercer turno, esto es, dos días de “largo” y otros dos de “noche”, siendo que a partir de 2009 comenzó a trabajar en un sistema de cuarto turno, esto es, un día de largo y un día de noche. Agrega que en su primera liquidación de sueldos, de septiembre del 2007, dentro de sus haberes se incluyó la bonificación de asignación de turno, por un monto de $64.018, la que siguió percibiendo por un periodo de 10 años, incrementándose progresivamente, hasta llegar a la actualidad a $98.508, lo que le pareció normal y adecuado, ya que se llama precisamente “asignación de turno” y ella siempre ha trabajado en esa modalidad. Es del caso, continúa, que con fecha 25 de julio del 2018, el Hospital Barros Luco por medio de una notificación del Jefe de Unidad de Remuneraciones le solicitó el reintegro de un monto de $7.909.737, que correspondería a las remuneraciones mal canceladas entre 2007 y 2017, señalando el mismo documento que podría ser presentado el mismo antecedentes ante la

XSENKDZXGT

Contraloría para la total condonación y/o parcelación de la deuda, ya que fue la CGR la que ordenó dicha devolución, en el marco de una fiscalización realizada al hospital, donde determinó que ese bono se debía pagar solo a las personas que hacían turno antes del año 2004, por lo que no le correspondía a la recurrente que ingresó en 2007.

Por todo lo anterior, es que con fecha 7 de agosto del 2019 hizo una presentación ante la CGR, donde pidió la condonación de la deuda, por tratarse de un derecho adquirido y tratarse de una asignación que se percibió por 10 años; en subsidio, pidió la prescripción de la deuda.

Añade que nunca fue notificada de ninguna resolución de la CGR al respecto y que solo el 24 de julio del 2019 se dio cuenta que se le había descontado la suma de $128.981 de sus remuneraciones, siendo que solo a su requerimiento se le entregó la Resolución N° 141 de 7 de mayo del 2019 que indica lo expuesto al inicio de este recurso.

Más adelante, precisa que si bien este cobro de descuentos se ordenó para muchos funcionarios del Hospital, solo se ha hecho efectivo para algunos, ya que se han extraviado los documentos de algunos de ellos, insistiendo en que adolece de variadas ilegalidades, además de las ya denunciadas, atendido el hecho que no se le explicó qué motivos se tuvieron presentes para pagarle por 10 años una bonificación a la cual supuestamente no tenía derecho, ni cómo se llegó al cálculo de $7.900.000, que se le cobran en UTM, siendo que los pagos siempre fueron en pesos, entre otros cuestionamientos.

Denuncia por otro lado, la inexistencia de algún sumario administrativo por eventuales responsabilidades de quienes ordenaron el pago de este bono, comprometiendo solo a la trabajadora, lo que ha trasgredido su derecho de igualdad ante la ley, garantizado en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, porque la CGR ha realizado distinciones arbitrarias, ya que ha sido juez y parte, impidiendo una legítima defensa con un dictamen que carece de fundamento siendo que es el órgano que debe revisar la legalidad de los actos de la administración, cometiendo uno ilegal en la especie.

Asimismo, vulnera el artículo 19 número 3°, inciso sexto de la Carta Fundamental, toda vez que la CGR no ha realizado ningún procedimiento racional y justo como juicio de cuentas u otro en que sea posible ejercer derecho a defensa. También denuncia como trasgredido el artículo 19 número 22, ya que no aplicó la prescripción alegada, no obstante que era evidentemente procedente. Finalmente, sus numerales 23° y 24°, esto es,

XSENKDZXGT

libertad para adquirir toda clase de bienes y derecho de propiedad, ya que la recurrente incorporó dichas sumas en su patrimonio, de hecho pagó impuestos por ella, haciendo referencia al artículo 54 del Código Tributario.

En su petitorio, pide dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 141, restituir montos de dineros ya descontados de la remuneración de la recurrente, y se deje sin efecto todo acto posterior que suponga la validez del acto recurrido. En subsidio, se ordene aplicación de la prescripción y dictar las demás medidas que esta Corte estime pertinente para restablecer el imperio del derecho.

Acompañó liquidación de remuneraciones, oficio del Hospital, de la CGR y presentación ante la misma.

Informando la CGR solicita el rechazo del recurso de protección por las siguientes razones; en primer lugar, indica que el presente recurso perdió ya oportunidad, por cuanto la Resolución recurrida, esto es, la N° 141 de 7 de mayo de 2019, fue dejada sin efecto el 5 de septiembre pasado, con la dictación de la Resolución Exenta N° 371, la que en cambio, acogió la prescripción de todas las asignaciones percibidas entre el 15 de septiembre del 2007 hasta el 25 de julio de 2013. Además ordenó al Hospital calcular el monto de las asignaciones percibidas fuera de ese plazo.

En cuanto a las sumas vigentes de devolver, dice CGR que la solicitud de reintegro de las percibidas por error es plenamente procedente, atendido el claro tenor del artículo 13 transitorio de la ley 19.937, que establece que la bonificación de asignación por turno procede solo para aquellos funcionarios que estaban en funciones en 2004, y la recurrente entró al Hospital Barros Luco recién en el 2007. Expone, además, que en relación a las sumas no prescritas, la recurrente podría pedir a la CGR el ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 67 de la Ley 10.336, sin precisar su alcance.

Pide, que se desestime el presente recurso.

Se acompañaron al informe de CGR copia de oficio del H. Barros Luco, pedido por la CGR al tramitar reclamo de la recurrente; notificación del jefe de remuneraciones de julio del 2018; Resolución N° 118 de 1962, modificada por Res. N° 443 de 2008 y Resolución N° 371, de 5 de septiembre de 2019 que dejo sin efecto la N° 141.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**1°.-** Que, como consta de los antecedentes, el acto que por esta vía se impugna, consiste en la dictación de la Resolución Exenta N° 141 de 7 de mayo del 2019, a través de la cual CGR ordenó realizar descuentos a las

XSENKDZXGT

remuneraciones de la recurrente, quien se desempeña como Kinesióloga en el Hospital Barros Luco Trudeau, ello por la suma de 165,7218 UTM, pagaderas en 63 cuotas iguales, mensuales y sucesivas de 2,6305 UTM cada una, más un 12% de interés anual a favor del Fisco, fundándose la autoridad en que se incluyó una bonificación de asignación de turno que no le correspondería percibir a la funcionaria, alegando la recurrente como defensa que no estuvo en condiciones de objetar tal emolumento, máxime si ni siquiera se hizo efectiva alguna responsabilidad de quienes efectuaban estos pagos por cerca de diez años en el Hospital Barros Luco, señalando que las garantías constitucionales afectadas las consagradas en el artículo 19 de la Carta Fundamental, de igualdad ante la ley, garantizada en el numeral 2°, al actuar la CGR realizando distinciones arbitrarias, ya que ha sido juez y parte impidiendo una legítima defensa; el número 3°, inciso sexto, toda vez que la CGR no ha realizado ningún procedimiento racional y justo como juicio de cuentas u otro en que sea posible ejercer derecho a defensa; el N° 22, ya que no aplicó la prescripción alegada, no obstante que era evidentemente procedente. Y, finalmente, sus numerales 23° y 24°, esto es, libertad para adquirir toda clase de bienes y derecho de propiedad, ya que la recurrente incorporó dichas sumas en su patrimonio.

**2°.-** Que, como reiteradamente se ha venido sosteniendo el Recurso de Protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de Chile, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio, resultando, entonces, requisito indispensable de la acción, un acto u omisión ilegal –esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1º del Código Civil- o arbitrario –producto del mero capricho de quién incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías protegidas.

**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 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;

XSENKDZXGT

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.

**4º.-** Que, como se desprende de lo manifestado, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal esto es, contrario a la ley o arbitrario, producto del mero capricho de quien incurre en él y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

**5°.-** Que, de la documentación acompañada por las dos partes, cuyo contenido no ha sido cuestionado y siendo dichos elementos analizados de conformidad a las reglas de la sana crítica, permiten formar el convencimiento, en lo que interesa, que la recurrente Josie Alejandra Cárdenas Báez, Rut N° 13.419.280-1, Kinesióloga, se desempeña como funcionaria grado 16 en el Hospital Barros Luco Trudeau, percibiendo desde su ingreso a esa unidad hospitalaria una "bonificación compensatoria por asignación de turno" desde el mes de septiembre de 2007 hasta diciembre de 2017, quien desarrollaba sus labores precisamente en un sistema de turnos. Su cese, se debió a la Resolución de CGR N° 141 de 7 de mayo del 2019, a través de la cual se ordenó realizar descuentos en sus remuneraciones por la suma de 165,7218 UTM, pagaderas en 63 cuotas iguales, mensuales y sucesivas de 2,6305 UTM cada una, más un 12% de interés anual a favor del Fisco.

**6°.-** Que, en relación a la "bonificación compensatoria por asignación de turno" la autoridad recurrida se asila únicamente en que con motivo de una auditoría efectuada a ese hospital, se advirtió que la funcionaria afectada no estaba en el supuesto de hecho que la hiciera procedente a su respecto, ello conforme a lo previsto en los artículos 94 y siguientes del DFL N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud, y al artículo 13 transitorio de la Ley N° 19.937, que solo lo hace procedente a aquellos que se encontraban en servicio al 24 de febrero de 2004, siendo que la recurrente ingresó a partir del año 2007, por lo que no le correspondía percibirlo.

**7°.-** Que, si bien el motivo legal esgrimido por la recurrida resulta ser efectivo, no es el único elemento de juicio a considerar para efectos de resolver conforme a derecho la controversia aquí planteada.

XSENKDZXGT

En efecto, cobra aquí plena aplicación el principio de la protección de la confianza legítima, a cuyo respecto la doctrina ha establecido que “No es admisible, sin afectar la buena fe y lealtad que debe existir entre la Administración y los ciudadanos, disponer de un comportamiento oportunista de parte de esta (al cambiar de opinión drásticamente), afectando esas condiciones favorables y generando consecuencias negativas para la estabilidad y la seguridad jurídica.” “…la confianza legítima se ha ido imponiendo como límite a los poderes de revisión de la Administración, consecuencia de las certezas exigidas por la seguridad jurídica. Esta exige que se mantengan las situaciones que han creado derecho a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Esto no quiere decir que las potestades de revisión no se puedan ejercer en contra de actos firmes, lo que hay es que esta es improcedente cuando con ello se vulneren las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto de los derechos de los particulares como límites a la potestad revisora de la Administración.” (Luis Cordero Vega, Lecciones de Derecho Administrativo, Segunda Edición corregida, Editorial Thompson Reuters, año 2015).

**8º.-** Que una interpretación plausible con lo que se viene señalando, permite manifiestamente llegar a la conclusión de que la recurrente llegó al convencimiento absoluto y no estuvo jamás en posición de controvertirlo, que procedía conforme a la legalidad vigente el pago que percibía desde septiembre de 2007 por concepto de “bonificación compensatoria por asignación de turno”, mecánica de trabajo que precisamente es la que desarrollaba la reclamante, hasta diciembre de 2017.

A lo anterior, cabe sumar el hecho indesmentible que, atendida la posición que ocupa la recurrente en la jerarquía administrativa del Hospital Barros Luco Trudeau, como Kinesióloga en sistema de turnos, no le permitía ninguna atribución en orden a permitirle adoptar alguna decisión en materia de pago de sus remuneraciones, ya sea para su propio beneficio o para terceros; llamando poderosamente la atención que en la presente controversia no se haya iniciado por la recurrida ningún juicio de cuentas o algún sumario administrativo que permitiera deslindar las responsabilidades administrativas de los cuadros de jefatura que procedieron a cursar estos pagos cuestionados, limitándose a exigir -sin más- de parte de la

XSENKDZXGT

funcionaria, la devolución de esos emolumentos, pasando a trasgredir el principio descrito en el motivo precedente.

**9º.-** Que, por otro lado, los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República consagran el principio de legalidad conforme al cual las autoridades administrativas solamente pueden actuar cuando la ley lo dispone o les faculta expresamente. El juez constitucional debe entender que el texto fundamental es producto de la lucha de las personas por el reconocimiento de su dignidad y por la limitación de los poderes de la autoridad, que se reflejó en el principio anterior. No resulta lógico y razonable sostener poderes implícitos extraordinarios y exorbitantes a la Administración sin un texto constitucional o legal que la ampare, puesto que ello importa contrariar la Carta Fundamental.

Por ello es que, además, cabe aquí señalar la trasgresión del principio de presunción de legalidad de los actos de la administración, máxime si en la situación fáctica demostrada, resulta un elemento vital a considerar el hecho que el Estatuto Administrativo establece como una obligación funcionaria la de proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera, pero en ninguna parte se consigna que deba esta constatar la procedencia legal de cada una de las asignaciones y remuneraciones que percibirá. En este sentido, la recurrida no ha precisado ni ha demostrado si, en una época anterior, puso en conocimiento de la Administración y/o la funcionaria recurrente el cuestionamiento que recién ahora le formula.

Así las cosas, no cabe duda que la recurrente no tenía manera de enterarse de dicha improcedencia, manteniéndose vigente, a su respecto, la certeza de que correspondía su percepción.

**10°.-** Que, siendo así, es evidente que el beneficio otorgado, ya forma parte integrante del vínculo que une a la recurrente y su empleadora el Hospital Barros Luco Trudeau, al menos hasta la notificación de su improcedencia, de forma que no puede el ente administrativo afectar unilateralmente su percepción en el tiempo intermedio, puesto que al disponer su reintegro en la manera que ha sido establecida, está afectando el derecho de propiedad de esos emolumentos en su esencia, conforme lo garantiza el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, cuestión que determina la aceptación del presente reclamo en los términos en que se dirá en lo resolutivo.

**11º.-** Que, a mayor abundamiento, si bien es cierto que el artículo 61 de la Ley N° 19.880, consagra la facultad de la Administración de revocar, por razones de mérito los actos administrativos, su ejercicio no puede afectar

XSENKDZXGT

derechos legítimamente adquiridos por los particulares que forman parte del vínculo sui generis en virtud del cual los profesionales de la salud, como la recurrente de autos, prestan servicios para el Estado y sus ciudadanos y por lo tanto no puede ser alterado unilateralmente por ésta.

**12º.-** Que, por otra parte, el artículo 52 de la Ley N° 19.880 dispone que los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros. De manera tal que si la autoridad administrativa decide cambiar íntegramente un parecer que implica a la afectada un desconocimiento de sus derechos adquiridos, como ha sucedido en la especie, debe adoptar los resguardos en relación a respetarlos respecto de aquellos que no estaban en condiciones de conocer su improcedencia ni modificar tal estado de cosas y, a su tiempo, hacer efectivas la responsabilidades en aquellos que sí se favorecieron con pleno conocimiento de ello o fueron quienes tomaron las decisiones ahora cuestionadas en virtud de las prerrogativas de que gozaban, ello a través de los mecanismos administrativos que la autoridad estime pertinentes.

De lo expuesto, se permite concluir que la Resolución Exenta N° 141 de 7 de mayo del 2019, a través de la cual CGR ordenó realizar descuentos a las remuneraciones de la recurrente, es arbitraria, conforme a lo señalado precedentemente, lo que lleva a acoger el presente recurso de protección pero limitando sus efectos solo a aquellas asignaciones pagadas entre septiembre 2007 y diciembre 2017, ambos meses incluidos.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte, sobre tramitación del recurso de protección, se declara:

Que, se **ACOGE**, sin costas, el recurso de protección deducido en favor de Josie Alejandra Cárdenas Báez, Rut Nº 13.419.280-1, Kinesióloga, dirigido en contra de la Contraloría General de la República, y como suficiente medida de resguardo ***se deja sin efecto*** la Resolución N° 141 de 7 de mayo del 2019, a través de la cual se ordenó realizar descuentos a las remuneraciones de la recurrente por la suma de 165,7218 UTM, pagaderas en 63 cuotas iguales, mensuales y sucesivas de 2,6305 UTM cada una, más un 12% de interés anual a favor del Fisco, lo que, consecuencialmente, también se extiende a la Resolución Exenta N° 371, de 5 de septiembre de 2019.

Consecuencia de lo anterior, se deberá por la unidad de remuneraciones del Hospital Barros Luco Trudeau a hacer devolución de las

XSENKDZXGT

sumas que le hubieren sido descontadas a la recurrente por concepto de dichas resoluciones.

Las decisiones anteriores se restringen únicamente al período que va desde el mes septiembre de 2007 al mes de diciembre de 2017.

Regístrese, notifíquese por la vía más rápida y, en su oportunidad, archívese, si no se apelare.

Redacción del Ministro Sr. Alejandro Rivera Muñoz.

**Rol N° 72.141-2019.**

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro Sr. Alejandro Rivera Muñoz e integrada por el Ministro Sr. Tomás Gray Gariazzo y por el Abogado Integrante Sr. José Luis López Reitze.

ALEJANDRO EDUARDO RIVERA MUÑOZ
Ministro
Fecha: 20/11/2019 11:32:49

TOMAS GUILLERMO GRAY GARIAZZO
MINISTRO
Fecha: 20/11/2019 13:20:51

JOSE LUIS LOPEZ REITZE
ABOGADO
Fecha: 20/11/2019 13:43:10

XSENKDZXGT

Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Alejandro Rivera M., Tomas Gray G. y Abogado Integrante Jose Luis Lopez R. Santiago, veinte de noviembre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veinte de noviembre de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XSENKDZXGT

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 08 de septiembre de 2019, 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