C.A. de Santiago

Santiago, nueve de mayo de dos mil veintitrés.

Visto y teniendo presente:

Primero: Comparece Franklin Aurelio Gallegos Cordones, abogado, interpone recurso de protección en favor de don Víctor Alfredo Yaeger Pacheco, cabo primero del Ejercito de Chile, del Batallón de Telecomunicaciones Divisionario Nº 4 Membrillar, dependiente de la III División de Montaña, en contra de la Contraloría General de La Republica, representada por el señor Contralor don Jorge Bermúdez Soto, respecto de la resolución de toma de razón de fecha 16 de febrero de 2022, que dio curso a la resolución del Comandante en Jefe del Ejército.

Sostiene que el acto administrativo referido es abiertamente ilegal, o al menos arbitrario, por haber tomado razón de la medida disciplinaria de licenciamiento que demoró más de siete años en su tramitación. que afecta su derecho de propiedad sobre su derecho a la estabilidad en el empleo o cargo público del cual es titular, consagrado en el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental.

Explica que con fecha 9 de enero de 2015 se inició sumario administrativo en contra del recurrente a propósito de haber sacado armamento fiscal fuera del cuartel sin autorización y abandonarlo en la vía pública, luego, el 13 de enero de 2015 se le sancionó con licenciamiento, es decir con la expulsión de las filas, invocando como causal, "Necesidades del Servicio". Respecto de esta decisión dedujo los recursos administrativos y jerárquicos, consistente en apelación ante el Comandante en Jefe del Ejército, resuelto el 2 de julio de 2015. El 10 de octubre de 2019 se ingresa el expediente administrativo a Contraloría para efectos de toma de razón, el que fue devuelto por falta de antecedentes del proceso sumarial. Finalmente, Contraloría General de la Republica toma razón del acto administrativo el 16 de

SOHWXFDXXZD

febrero de 2022, resolución que le fue notificada con fecha 15 de marzo de 2022.

Destaca que entre el inicio del sumario administrativo (9 de enero de 2015) y la toma de razón por Contraloría (16 de febrero de 2022), transcurrieron 7 años, 1 mes y 7 días, periodo en que se mantuvo activo en el Ejército, siendo calificado en todo el periodo en lista 1.

Invoca el artículo 1° y 33 letra b) de la Ley 10.336, que contempla la facultad de la Contraloría General de la República para pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, y que corresponderá al Subdepartamento de Toma de Razón la representación u observación de tales documentos cuando no se ajusten a la Constitución o a las leyes; artículos 3° y 5° de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, que señala la observancia de los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio de los procedimientos administrativos; y artículos 4, 7, 23, 27, 43 de la Ley 19.880, que contemplan los principios del procedimiento, la celeridad, el cumplimiento de los plazos, plazos máximos del procedimiento y abandono.

Además, relaciona las normas constitucionales con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 14.3.c) donde se habla del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.1)

El proceso administrativo-sancionador debe desarrollarse dentro de límites temporales que den pleno respeto a los derechos y garantías de todo ciudadano, considerando los principios de celeridad, eficiencia y eficacia, los que no se condicen con los más de siete años transcurridos desde el inicio del procedimiento hasta la toma de razón. Lo cual es reprochado por la misma Contraloría indicando como vulneración lo dispuesto en el artículo 3, inciso segundo y 8 de la ley 18. 575, no

SOHWXFDXXZD

obstante, lo cual igual tomó razón.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha denominado la doctrina del decaimiento del acto administrativo, la cual es el resultado de la justicia frente a la falta de respuesta oportuna de la administración y/o excesiva prolongación de una situación de un acto administrativo cuya respuesta es tardía en el tiempo, lo que le hace perder sentido y necesidad. La demora, como la que aquí se denuncia, inevitablemente hace concluir que dicho acto administrativo no resulta idóneo para cumplir con la finalidad preventivo-represora que las sanciones administrativas tienen o deben tener.

Añade que, habiéndose mantenido dentro de las filas del ejército, ha logrado calificación en lista uno, lo que da a entender que ha entendido la gravedad de su conducta, y ha hecho el esfuerzo por mejorar y gozar de una muy buena calificación. De modo que 7 años después pretender mantener una sanción deviene en un despropósito, vulnerando de paso el principio constitucional que el estado "está al servicio de la persona humana y de promover el bien común".

La situación denunciada es susceptible de ser atacada por medio del recurso de protección, basado en su arbitrariedad, derivada de la amplia discrecionalidad con que se ha obrado, lo que ha conllevado una burla a las garantías elementales contenidas en el principio de debido procedimiento.

La Contraloría General de la Republica, dio curso confirmando la medida disciplinaria de licenciamiento de servicio estimando que el acto se encuentra ajustado a derecho, sin embargo criticar las infracciones mencionadas al debido proceso e indicarle al Ejercito el deber de observar el principio de eficiencia, eficacia y coordinación e impulso de oficio del procedimiento procurando la simplificación y rapidez de los trámites, reconociendo el vicio no debió haber tomado razón y la toma de razón ha devenido en ilegal, o en que, al menos,

SOHWXFDXXZD

es arbitraria.

Solicita se revoque la toma de razón, se deje sin efecto el licenciamiento y se archiven los antecedentes, para que de esta forma su representado sea mantenido en sus labores dentro del Ejército de Chile

Segundo: El Comandante de la División de Personal del Ejército, Gianfranco Cassinelli Gorigoitía informó que Víctor Yaeger Pacheco fue desvinculado del Ejército a consecuencia de una sanción disciplinaria de Licenciamiento del Servicio. Por resolución CJE N° 1580/8128 de 2 de julio de 2015, se rechazó recurso de apelación presentado por el afectado, confirmando la sanción disciplinaria, acto administrativo que fue tomado de razón con alcances, por oficio N° 36.852 con fecha 16 de febrero de 2022.

Señala que lo actuado fue en virtud de la potestad disciplinaria de la autoridad administrativa militar, contenida en el artículo 49 del Decreto Supremo 1445 de 1951 que establece el reglamento de disciplina de las Fuerzas Armadas y la normativa aplicada al personal del cuadro permanente del Ejército de Chile; artículo 105 de la Constitución Política de la República; y artículos 1, 4, y 37 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948. La Contraloría ejerció sus facultades de control de legalidad de los actos administrativos, tomando razón con alcance, de la resolución del Ejército que dispuso el licenciamiento de dicha institución del funcionario Víctor Yaeger Pacheco

La decisión institucional de aplicar la sanción de licenciamiento del servicio, como asimismo la decisión de rechazar las impugnaciones de la misma, no fue arbitraria ni ilegal, se ejercitó en forma criteriosa, en uso de las facultades legales y ajustada a derecho y existió el respectivo control de la Contraloría General de la República.

Ninguna consideración se hizo a los fundamentos del recurso,

SOHWXFDXXZD

esto es, la demora en que incurrió la institución en el referido acto administrativo y la inobservancia alegada de principios que deben regir los actos administrativos.

Tercero: La Contraloría General de la República informando expuso que, procedió a la toma de razón de la resolución N° 8.128, del 2 de julio de 2015, del Comandante en Jefe del Ejército, mediante la cual se confirmó la medida disciplinaria de licenciamiento del servicio aplicada al señor Yaeger Pacheco, que fuera cursada con el alcance indicado en el oficio ES N° 36.852, del 16 de febrero de 2022, de este origen. La medida en cuestión, fue aplicada a consecuencia del procedimiento disciplinario sustanciado en virtud de la orden reservada N° 1, de data 13 de enero de 2015, del Regimiento de Telecomunicaciones N° 4 "Membrillar", del Ejército, la cual concluyó con la sanción de licenciamiento del servicio al recurrente, por no haber entregado al almacén de material de guerra, un arma, sacándola del cuartel en su vehículo particular para posteriormente hacer mal uso de ella en la vía pública, al efectuar disparos al aire y desprenderse de ella arrojándola a unos matorrales desde el vehículo en movimiento, ante presencia de testigos civiles que informaron a Carabineros de Chile, quienes encontraron y resguardaron el arma fiscal.

Se hizo presente la demora del acto administrativo, que fue dictado el día 2 de julio de 2015, ingresado a Contraloría General para su control preventivo de legalidad, la primera vez, el 10 de octubre de 2019, devolviéndose por falta de antecedentes y errores en dos oportunidades, siendo la resolución sometida al pertinente examen de legalidad y cursada a través del mencionado oficio ES N° 36.852, de 2022.

Hacer ver la falta de legitimación pasiva considerando que la actuación cuestionada es la demora en el envío de los antecedentes a esa Contraloría por parte del Comandante en Jefe del Ejército, por tanto, el acto u omisión que podría haber causado privación, perturbación o

SOHWXFDXXZD

amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho fue cometido por el organismo castrense y no por la Contraloría.

Respecto del proceso disciplinario y el control previo de juridicidad, se tomó razón con alcance, lo que tiene lugar si el acto adolece de vicios o errores formales que no constituyen inconstitucionalidad ni ilegalidad, que en el caso la excesiva demora en remitir los antecedentes que faltaban infringió los principios jurídicos de eficiencia, eficacia, coordinación e impulsión de oficio del procedimiento, debiendo procurar la simplificación y rapidez en los trámites.

Agrega que el recurso de autos resulta absolutamente improcedente pues se pretende impugnar la actuación de esa Entidad de Control, efectuada en ejercicio de una de sus funciones primordiales, de naturaleza constitucional y legal, cual es la de velar por el resguardo del principio de juridicidad de los actos de la Administración del Estado, a través del examen preventivo de legalidad que no es susceptible de ser impugnado por la vía de la interposición de un recurso de protección.

Sin perjuicio de aquello, existe ausencia de ilegalidad o arbitrariedad, pues la única alegación es relativa a la demora en la remisión del proceso disciplinario a la Contraloría para el examen preventivo de legalidad, sin reclamar de vicios que se hubieran verificado durante la tramitación o en el castigo impuesto, lo que confirma que la sanción se ajustó a derecho. El hecho que el recurrente no comparta la decisión de la Contraloría no transforma el oficio ES N° 36.852 de 2022 en un acto arbitrario.

Por otra parte, los tribunales de justicia han resuelto que el nombramiento de un funcionario no confiere el derecho de propiedad sobre el cargo, ni puede enmarcarse en el concepto patrimonial que involucra el dominio.

Por último, el recurrente manifiesta que esa Entidad Fiscalizadora habría incurrido en un actuar ilegal al haber tomado razón de un acto

SOHWXFDXXZD

confirmatorio de una medida expulsiva sin considerar a la institución del decaimiento, infringiendo, con ello, el límite temporal que los procedimientos administrativo-sancionadores tendrían para su tramitación. En este sentido, la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 3 de enero de 2019, dictada en causa rol N° 24.935- 2018, en su considerando octavo, haciendo alusión al artículo 27 de la ley N° 19.880, sostiene que: *"Es en esta norma que funda su alegación el actor, soslayando que, según lo ha señalado por esta Corte, para la Administración Pública el plazo establecido en el mencionado artículo no tiene el carácter de fatal, de manera que si bien el organismo público debe hacer expeditos los trámites respectivos, el principio de celeridad lo ha de llevar tan sólo a tender o a instar por la pronta terminación del procedimiento administrativo, sin que pueda estimarse razonablemente que esa circunstancia le ha de compeler, con carácter definitivo, a concluir tales procesos sólo y únicamente en los perentorios términos fijados por el legislador.*

Añade el mismo pronunciamiento judicial, en su considerando noveno, que *"resulta imprescindible destacar que el criterio básico para asentar el decaimiento del procedimiento administrativo no sólo se relaciona con el transcurso del tiempo, sino que el eje esencial se relaciona con la falta de eficacia del acto en virtud de la demora en la decisión, lo que afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo*".

Añade que no se halló alguna disposición que establezca expresamente que la demora en la tramitación del respectivo procedimiento disciplinario constituya un vicio y, por ende, una causal de ineficacia del acto administrativo respectivo que habilite su invalidación por no ajustarse a derecho

SOHWXFDXXZD

Ahora bien, en relación a la falta de normativa que permita fundar el decaimiento, esa Entidad Fiscalizadora ha precisado, por ejemplo, en los dictámenes N°s 86.579, de 2016 y 39.248, de 2017, de este origen, que salvo disposición legal expresa en contrario, los plazos que la ley establece para los trámites y decisiones de la Administración no son fatales, toda vez que tienen por finalidad el logro de un buen orden administrativo para el cumplimiento de las funciones o potestades de los órganos públicos, y que su vencimiento no implica, por sí mismo, la caducidad o invalidación del acto respectivo, de modo que la expiración de dichos términos no impide que las correspondientes actuaciones se lleven a cabo con posterioridad a ella.

Finalmente, agrega que, al momento de realizarse el control previo de legalidad de la citada resolución N° 8.128, de 2015, esa Entidad Fiscalizadora tuvo en consideración que la acción disciplinaria del actor no se encontrara prescrita de conformidad con la normativa aplicable. Si se estimase procedente el decaimiento alegado en la especie, quedaría sin aplicación la normativa legal que regula la prescripción de la acción disciplinaria y conforme a la cual, aquella no se encontraba prescrita al momento de emitirse la resolución N° 8.128, de 2015, del Comandante en Jefe del Ejército.

De esa manera, concluye que la demora con que el Ejército remitió al trámite de toma de razón la resolución N° 8.128, de 2015, de su Comandante en Jefe, no configuró un vicio que incidiera en la legalidad del proceso disciplinario que afinaba, por lo que no constituía un fundamento para que esa Contraloría General representara dicho acto administrativo, como pretende el actor.

Cuarto: Que, el recurso de protección de garantías

SOHWXFDXXZD

constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, 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.

De tal forma que constituye un requisito indispensable de la acción de protección, por un lado, la existencia de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él- y por otro, que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

Quinto: En el presente recurso, el acto que se estima ilegal o arbitrario es la toma de razón por Contraloría General de la República de la Resolución N° 8.128, del 2 de julio de 2015, del Comandante en Jefe del Ejército, mediante la cual se confirmó la medida disciplinaria de licenciamiento del servicio aplicada al señor Yaeger Pacheco, que fuera cursada por dicho organismo con el alcance indicado en el oficio ES N° 36.852, del 16 de febrero de 2022. La arbitrariedad la funda en la excesiva demora en el trámite de toma de razón, ya que, reconociendo el vicio, no debió haber tomado razón y, al haberlo hecho, ha devenido en ilegal, o al menos arbitrario.

Desde luego que la presente acción no puede prosperar en tanto lo que se pretende impugnar es la legalidad del trámite de Toma de Razón de la Contraloría General de la República respecto del acto administrativo del Ejército de licenciamiento por mala conducta, toda vez que dicha actuación ha sido efectuada en

SOHWXFDXXZD

ejercicio de una de sus funciones principales, que encuentra sustento normativo constitucional y legal, consistente en el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado, a través del examen preventivo, por lo que necesariamente, ha de desestimarse el recurso en tanto se predique la ilegalidad del señalado trámite.

Ahora, en cuanto a la demora que se reclama, si bien resulta evidente que el Ejército de Chile tardó desmedidamente en remitir el acto administrativo -Resolución n°8.128 de 2015- a Contraloría General de la República para el trámite de toma de razón, desde que lo ingresa por primera vez en el año 2019, aquello no configuró un vicio que incidiera en la legalidad del proceso disciplinario que afinaba el organismo Contralor, por lo que no constituyó un fundamento legal para que lo representara, como pretende el actor, sino solo lo observara, de tal manera que su demora no trae aparejada la nulidad del mismo.

Con todo, si bien la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado y la Ley n°19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen la administración del Estado establecen la observancia de los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación de los actos de la administración, y de celeridad en las actuaciones de la administración, no sanciona con la nulidad del acto el incumplimiento de éstos, sino que someten al control jerárquico de las autoridades y jefaturas, dentro de su competencia, para el funcionamiento del organismo y deberes de los funcionarios, que se extiende a la eficacia y eficacia y oportunidad del cumplimiento de los objetivos del órgano, es decir, se trata de un mandato que queda entregado su supervisión y cumplimiento a cada una de las

SOHWXFDXXZD

autoridades o Jefaturas de los servicios del Estado.

En cuanto a un posible decaimiento del acto administrativo, que según sostiene el recurrente, la Contraloría se encontraría obligada a declararlo y en consecuencia declarar ineficaz el acto, se trata de una elaboración doctrinaria, que no cuenta con una norma expresa que la establezca, de tal manera que la Entidad Fiscalizadora no se encuentra habilitada para representar una ilegalidad que no está establecida en una norma legal. En consecuencia, salvo que la ley establezca expresamente dicho efecto, los plazos que la ley establece para los trámites y decisiones de la Administración no son fatales, porque tienen por finalidad el logro de un buen orden administrativo para el cumplimiento de las funciones o potestades de los órganos públicos, y que su vencimiento no implica, por sí mismo, la caducidad o invalidación del acto respectivo, de modo que la expiración de dichos términos no impide que las correspondientes actuaciones se lleven a cabo con posterioridad a ella.

Por último, cabe señalar que la recurrente no discute las facultades del Ejército de Chile para adoptar la medida disciplinaria de licenciamiento, como tampoco los antecedentes de hecho que la justificaron, sino principalmente la demora en su total tramitación, que la habría tornado en una medida ineficaz, en la medida que durante los siete años que ha tardado en afinarse el acto administrativo el recurrente ha exhibido buena calificación en la institución, de tal manera que la sanción se torna inoportuna e innecesaria.

Finalmente, del análisis del conjunto de las argumentaciones, es dable colegir que en definitiva se cuestiona la necesidad de

SOHWXFDXXZD

mantener la decisión adoptada por la Institución militar, desde que en su petitorio busca se deje sin efecto el licenciamiento y se le reintegre al Ejército, asunto que excede la naturaleza cautelar de esta acción, pretensión que bien pudiere ser encausada por una acción ordinaria declarativa de derechos, de lo que sigue que el presente recurso no es la vía idónea para los fines buscados por el recurrente.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado que rige la materia, se **rechaza,** sin costas, el recurso de protección interpuesto por Franklin Aurelio Gallegos Cordones, abogado, en favor de don Víctor Alfredo Yaeger Pacheco, en contra de la Contraloría General de la República, representada por el señor Contralor don Jorge Bermúdez Soto.

Regístrese, comuníquese y, en su oportunidad, archívese.

Redactada por el Ministro Suplente Carlos Escobar Salazar.

No firma la Fiscal Judicial señora Javiera González, por encontrarse ausente.

N°Protección-19852-2022.

SOHWXFDXXZD

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.
En Santiago, nueve de mayo de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

TOMAS GUILLERMO GRAY GARIAZZO
MINISTRO
Fecha: 09/05/2023 13:18:30

CARLOS EDUARDO ESCOBAR SALAZAR
MINISTRO(S)
Fecha: 09/05/2023 13:41:36

SOHWXFDXXZD

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministro Tomas Gray G. y Ministro Suplente Carlos Escobar S. Santiago, nueve de mayo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a nueve de mayo de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

SOHWXFDXXZD

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 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl