

CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT CORTE SUPREMA

Comentario de Juan Carlos Ferrada Bórquez

Puerto Montt, quince de marzo de dos mil tres.

VISTOS:

A fojas 8 comparece Marcos Velásquez Macías, abogado, domiciliado en Puerto Montt e interpone recurso de protección a favor de doña María Alejandra Albornoz Villamán, Asistente Social, domiciliada en Chaitén y en contra de la Contralora Regional de Los Lagos doña Priscila Jara Fuentes y en contra del Alcalde de Chaitén don José Fritis Pérez, la primera con domicilio en esta ciudad y el último domiciliado en Chaitén, el que funda en lo siguiente:

Expone que mediante Decreto Alcaldicio N° 1456 de 2002 de la Municipalidad de Chaitén, se dejó sin efecto el Decreto Alcaldicio 1.177 del año 2001 que nombró a la recurrente como profesional Grado 11 E.M.S. a contar del 4 de septiembre de 2001 y después de un año y dos meses de su ingreso a la planta el alcalde recurrido, dejó sin efecto su decreto de nombramiento, siéndole notificado el decreto impugnado el 11 de noviembre de 2002 con posterioridad a que un profesional médico extendió una licencia médica.

El decreto recurrido se funda en el oficio 8.659 de 31 de octubre de 2002 de la Contraloría Regional, que formuló observaciones al concurso público de ante-

cedentes, por el que la recurrente se incorporó a la planta municipal. Estima que ambos documentos vulneran la garantía constitucional del derecho de propiedad. Añade que la actora se opuso al concurso público para proveer el cargo de Asistente Social de la Municipalidad de Chaitén, en el que obtuvo el primer lugar ponderado asumiendo el cargo el 4 de septiembre de 2001, la Contraloría mediante oficio 2963 de 3 de mayo de 2002 señaló que el concurso no se ajustó a la ley, por cuanto no se acompañaron los antecedentes justificativos del puntaje ponderado de cada uno de los postulantes al concurso, según lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 18.883 sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, concediendo un plazo de 10 días para subsanar esa observación y enviar a retrámite el decreto, cumpliendo ello la Municipalidad, sin embargo la Contraloría mediante el oficio 8.659 del 2002 ordena invalidar el concurso público, por que la conformación del Comité de Selección no fue efectuada con arreglo a lo prevenido en el artículo 19 de la ley 18.883, además la Contraloría Regional señaló que la Municipalidad, al fijar en las Bases del concurso que las personas que postularan debían tener la calidad de asistente social, estableciendo un requisito adicional al cargo de profesional, no contemplado en la ley ni en el D.F.L. que fijó su planta, por lo que se debía anular el concurso.

Expresa que no le consta que efectivamente haya existido error en la integración de la comisión de selección, puesto que la Contraloría no verificó si los titulares de los cargos fueron debidamente reemplazados por sus subrogantes legales, pero aún en el evento que tales errores existieran, cabe destacar que la Contraloría General ha reiterado que “no obstante la existencia de irregularidades en los concursos públicos, los postulantes tienen el derecho de conservar la titularidad de sus respectivos cargos, por cuanto la potestad invalidatoria de la autoridad administrativa se encuentra limitada por los principios de la buena fe y de la seguridad jurídica”.

La Contraloría General en sendos dictámenes declara que el error de la autoridad que no es imputable al administrado, no puede afectar a los postulantes que actuaron en el convencimiento de que los nombramientos se ajustaron a la legalidad, por lo que el acto impugnado y el eventual llamado a concurso, atentaría contra los principios de seguridad jurídica y de buena fe.

Hace presente que ninguno de los otros oponentes impugnó el concurso ni que el mejor puntaje ponderado haya correspondido a la actora.

Pide se acoja el recurso y se declare ilegal o arbitrario tanto el Decreto Alcaldicio N° 1456 de 2002 de la Municipalidad de Chaitén como el Oficio 8.659 de 2002 de la Contraloría Regional y se decreten las medidas que estime pertinentes para la debida protección de la afectada, con costas.

Acompaña copia de los documentos impugnados.

A fojas 33 informa la Contraloría Regional de Los Lagos, indicando como cuestión previa en cuanto al registro del Decreto 1.177 de 2002, por el cual se nombró a la recurrente, como lo ha sostenido

la reiterada jurisprudencia sobre la materia, consiste en dejar constancia de los actos concernientes al personal y no constituye un control previo de legalidad, sin perjuicio de ello, cuando se constata la existencia de una infracción el organismo de control está obligado a hacerla presente, pues que determinados actos administrativos estén afectos al trámite de registro, en ningún caso implica enervar o privar a la Contraloría de sus facultades para fiscalizar el cumplimiento de la ley por parte de los órganos administrativos.

En cuanto al fondo señala que por mandato constitucional y legal las Municipalidades se encuentran sujetas al control de la Contraloría General y le corresponde velar por el cumplimiento de la Ley 18.883 de manera que al emitir el dictamen 8.659 de 2002 no hizo sino cumplir con ese mandato constitucional y legal reiterado en la doctrina institucional, cuyo texto refundido fue fijado por la Resolución N° 0419 de 2002, del Sr. Contralor General de la República en orden a velar por la estricta aplicación del Principio de Legalidad, de la Probidad Pública y del Estatuto Administrativo, por parte de las reparticiones públicas.

Refiere que existe jurisprudencia que recoge esta tesis.

Indica igualmente, y en cuanto al concurso, que la Contraloría sin perjuicio de haber registrado el decreto sublite mediante oficio N° 2.963 de 2002, formuló observaciones basadas en la falta de antecedentes justificativos del puntaje ponderado, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, lo cual impedía la revisión cabal del concurso que diera origen a dicho nombramiento, frente a ello la Municipalidad remitió los antecedentes y una vez estudiados, se emitió el Dictamen N° 8.659 de 2002 por el cual

se señaló que el concurso no se ajustaba a derecho por no haberse integrado el Comité de Selección de conformidad a la ley y haberse agregado un requisito adicional no contemplado en ésta ni en el D.F.L. que fijó la planta, esto es, el D.F.L. 111-19-321 de 1994 de Interior que sólo exige para el cargo en cuestión estar en posesión de un título profesional universitario o título profesional de una carrera de, a lo menos, ocho semestres de duración.

En cuanto a la alegación de la actora relativa a que no consta que haya existido un error en la integración del Comité de Selección por cuanto la Contraloría no verificó si los titulares de los cargos fueron debidamente reemplazados por sus subrogantes, refiere que de conformidad a lo que dispone el artículo 19 de la Ley 18.883 y D.F.L. 111-19.321 de 1994 de Interior, que adecuó y estableció la planta del personal de la Municipalidad de Chaitén, dicho Comité debió haber estado integrado por el Jefe o Encargado de Personal, el Secretario Comunal de Planificación, el Director de Obras Municipales y el Secretario Municipal, lo que no sucedió en la especie.

Sobre el particular, de conformidad con lo indicado en el Oficio Circular N° 26.752 de 1996 que imparte instrucciones sobre integración y acuerdo de las Juntas Calificadoras, ante impedimento de algún miembro, ésta será integrada sucesivamente por el funcionario que corresponda de acuerdo al orden jerárquico y en el evento de existir más de un empleado en el respectivo nivel, se integrará de conformidad con el orden dado por el escalafón, no operando el mecanismo de subrogación que contempla el párrafo 4 del título III de la Ley 18.883, como lo sostiene la actora.

Señala que para que operen las limitaciones al ejercicio de la potestad invalidatoria de los actos administrativos, como

son la buena fe y el principio de seguridad jurídica, debe darse el supuesto de existir una situación consolidada como consecuencia del transcurso del tiempo y de una medida que rija sin observaciones, cosa que no es del caso.

Con lo relacionado aparece de manifiesto que la situación de la recurrente no es de ninguna manera imputable a alguna actuación de la Contraloría, pues sólo se limitó a ejercer sus facultades legales, sino que obedece al hecho que la Municipalidad de Chaitén, al realizar el concurso convocado para proveer un cargo de la planta desconoció y transgredió la legislación vigente, añadiendo además requisitos adicionales que impidió, que quienes reuniendo las condiciones legales, se opusieran legítimamente al cargo.

Solicita la desestimación del recurso, con costas.

A fojas 41 rola el informe que evaluara la Municipalidad recurrida por el cual pide el rechazo del recurso. La resolución recurrida y que emana del Alcalde fue dictada al ordenar la Contraloría Regional la anulación del concurso público que había ganado la recurrente en un proceso viciado, afectando el principio de legalidad e igualdad de los postulantes a servir dicho cargo, con lo cual el municipio recurrido no ha hecho otra cosa que materializar una orden emanada de la Contraloría Regional.

Hace presente que la notificación del Decreto 1456 de 8 de noviembre de 2002 se efectuó con anterioridad a la presentación en la Municipalidad de una licencia médica, que por esta consideración, fue devuelta a la recurrente sin tramitar.

Estima que en ningún caso la actuación del Municipio puede considerarse arbitraria o ilegal, si lo que ha hecho es cumplir una orden del órgano contralor y por lo mismo el recurso debe ser rechazado.

Con lo relacionado y considerando:

PRIMERO: Que el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección a los afectados cuando por causa de alguna acción u omisión arbitraria o ilegal, sufran privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política en los número que éste señala.

SEGUNDO: Que doña María Alejandra Albornoz Villamán estima arbitrarios e ilegales el Decreto Alcaldicio N° 1456 de 2002 de la I. Municipalidad de Chaitén y el Oficio 8659 de 2002 de la Contraloría Regional. El primero dejó sin efecto el Decreto Alcaldicio N° 1177 de 2001 que la nombró como Profesional Grado 11 E.M.S. a contar del 4 de septiembre de 2001. El Oficio 8659 formula observaciones al concurso público de antecedentes por el que María Alejandra Albornoz Villamán se incorporó como profesional a la planta municipal.

TERCERO: Que enviado a Contraloría para su registro el Decreto Alcaldicio N° 1.177 que nombró a la recurrente en la planta municipal, esta entidad de control, sin perjuicio de haber registrado el aludido decreto, devolvió los antecedentes señalando “que ese acto no se ajustó a la ley, por cuanto no se han acompañado los antecedentes justificativos del puntaje ponderado de cada uno de los postulantes al concurso, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 18.883 sobre Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales”, y concede a la Municipalidad un plazo de 10 días para subsanar la omisión y enviar a retrámite el decreto.

Una vez cumplida la observación, Contraloría ordena invalidar el concurso

público porque el Comité de Selección no fue integrado conforme a la Ley 18.883 y en las bases del concurso se exigió que los postulantes debían tener la calidad de Asistente Social, requisito no contemplado ni en la ley ni en el decreto con fuerza de ley que fijó su planta.

CUARTO: Que la I. Municipalidad de Chaitén se ha limitado a dar cumplimiento a la orden emanada de Contraloría Regional que anuló el concurso público que había ganado la recurrente, por lo que estos sentenciadores no divisan la arbitrariedad o ilegalidad del Decreto Alcaldicio N° 1456 de 2002, y necesariamente deberá rechazar el presente recurso contra dicha Municipalidad.

En síntesis, la I. Municipalidad de Chaitén con la dictación del Decreto N° 1456 de 2002 no ha vulnerado el derecho de propiedad sobre el cargo y empleo público que la recurrente considera conculcado.

QUINTO: Que en cuanto al Oficio N° 1.177 de Contraloría Regional preciso es destacar que la obligación de ésta de registrar los decretos alcaldicios referentes al nombramiento de su personal, no la releva de aquella obligación aún más importante cual es la que le otorga su Ley Orgánica Constitucional N° 10.336 en sus artículos 1° y 6° de velar por el cumplimiento por parte de los servicios públicos, de las normas del Estatuto Administrativo para los Funcionarios Municipales.

SEXTO: Que la I. Municipalidad de Chaitén, al incluir en las bases del concurso en el que la recurrente resultó ganadora, un requisito específico adicional no contemplado en el D.F.L. de dicha entidad, cual es el de estar en posesión del título profesional de Asistente Social, discrimi-

nó con aquellas personas que no lo poseían y que perfectamente podrían haber postulado al reunir todas las exigencias legales.

SÉPTIMO: Que la circunstancia de que la recurrente haya alcanzado a desempeñarse en el cargo por el lapso de 14 meses no es óbice a que el decreto de nombramiento haya sido anulado ya que si bien fue registrado, lo fue con observaciones y por tanto no estaba completamente tramitado.

Así las cosas, el recurso de protección ha de ser rechazado.

Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se resuelve que *se rechaza*, sin costas, el recurso de protección deducido por doña María Alejandra Albornoz Villamán en contra de la Contralora Regional de Los Lagos doña Priscila Jara Fuentes y en contra del alcalde de la I. Municipalidad de Chaitén don José Fritis Pérez.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la Ministro Sra. Sylvia Aguayo Vicencio.

Santiago, dieciséis de marzo de dos mil tres.

A fs. 107 y 109: a todo, téngase presente.

VISTOS:

Se reproduce de la sentencia en alzada sólo su parte expositiva, sus considerandos primero, segundo y tercero y sus citas legales, se eliminan todos sus otros fundamentos y se tiene en su lugar y, además, presente:

1º) Que la Contraloría General de la República ha señalado en su Dictamen N° 19.966 de 1995 que *“la administración se encuentra en el deber de invalidar sus actos que adolecen de error de hecho o ilegalidad para restablecer el orden jurídico quebrantado”*, agregando que dicho deber *“sólo opera en los casos en que los antecedentes pertinentes demuestren la mala fe del favorecido”*, En el Dictamen N° 697 de 1996, la Contraloría determinó que *“si bien en la especie la Junta Calificadora no se integró según lo dispuesto en la ley, no resulta plausible desconocer que dicho proceso produjo todos sus efectos, configurando situaciones jurídicas consolidadas y, por la otra, los principios generales del derecho relativos a la seguridad en las relaciones jurídicas y al reconocimiento de la presunción de buena fe de los terceros involucrados, todo lo cual hace imposible disponer la invalidación del proceso pertinente, por cuanto la potestad invalidatoria que cabe a los Organismos de la Administración encuentra su límite precisamente, en tales circunstancias, no pudiendo un error de la autoridad afectar a los terceros que adquirieron un derecho en el convencimiento que lo hacían dentro de la legalidad”*. Por último, en el Dictamen N° 39.670 de 1996 el mismo organismo expresó que *la potestad de invalidar actos de la administración tiene límites y, dentro de éstos, “debe considerarse la protección a las personas que han actuado de buena fe y la mantención de la estabilidad de las situaciones jurídicas que revisten el carácter de concretas”*.

2º) Que en la especie, la Municipalidad de Chaitén llamó a concurso para proveer el cargo de “profesional grado 11 E.M.S.”, exigiéndose, entre otros requisitos, el tí-

tulo de Asistente Social. La recurrente, que tiene dicha profesión, opuesta a dicho concurso, obtuvo el mayor puntaje y fue nombrada por dicho municipio por Decreto Alcaldicio N° 1177 de 2001, asumiendo el 4 de septiembre de ese año. No hay constancia en autos que haya habido reclamos o apelaciones por la inclusión en las bases de la exigencia anotada, por el proceso de selección ni por el nombramiento de la recurrente.

3°) Que la Contraloría Regional de Los Lagos, sin perjuicio de registrar dicho decreto, el 31 de octubre de 2002 emitió el Oficio N° 8.659 dirigido a la Municipalidad de Chaitén ordenándole invalidar el concurso por dos razones: a) por no estar integrado el Comité de Selección conforme a la ley y b) por exigirse el título de Asistente Social en las bases, en circunstancias que tal requisito no se contempla ni en la ley ni en el D.F.L. que fijó la planta de la referida Municipalidad. El oficio mencionado llevó a que el Alcalde dictara el Decreto N° 1456 de 2002, por el que se deja sin efecto el nombramiento.

4°) Que lo cierto es que conforme a la propia jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, resumida en el numeral 1° de esta resolución y que esta Corte comparte, lo cierto es que el órgano contralor no puede requerir la invalidación del acto administrativo que dispuso el nombramiento de la recurrente, toda vez que ésta actuó siempre de buena fe, presentó todos sus antecedentes conforme a lo exigido y ocupa materialmente el cargo desde el 4 de septiembre de 2001, consolidándose una situación jurídica. A ello hay que agregar que no hay constancia en autos que alguien hay reclamado de las bases o del nombramiento.

5°) Que, en consecuencia, la Contraloría Regional de Los Lagos, al remitir el oficio aludido anteriormente y lograr así que el Municipio de Chaitén dictara el decreto invalidatorio, ha actuado en forma arbitraria, por cuanto se ha excedido en los límites existentes para invalidar los actos de la administración, conculcando de esta manera la garantía constitucional del N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, la igualdad ante la ley, por cuanto la autoridad ha hecho una diferencia arbitraria con la recurrente quien, de buena fe, luego de cumplir con todas las exigencias legales y de las bases y ser designada para el cargo en cuestión y ejercerlo materialmente por más de 14 meses, invalida todo el proceso por errores cometidos por la autoridad no imputables a aquella.

Y visto, además, el Auto Acordado de esta Corte de 24 de junio de 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se *revoca* la sentencia de quince de marzo de dos mil tres, escrita de fs. 98 a 101 vta. y en su lugar se resuelve que se acoge la acción de protección deducida a fs. 8 y, en consecuencia, se dejan sin efecto las instrucciones contenidas en el Oficio N° 8.659 de 31 de octubre de 2002 enviado por la Contraloría Regional de Los Lagos a la Municipalidad de Chaitén y el Decreto Alcaldicio N° 1456 de 2002 de este Municipio. Queda a firme, por tanto, el Decreto Alcaldicio N° 1177 de 2001 que nombró a la recurrente profesional grado 11 E.M.S. conservando la propiedad de su empleo.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Rodríguez, quien estuvo por confirmar la sentencia de primer grado en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvase

N° 1109-03

Pronunciado por los Ministros señores Eleodoro Ortiz Sepúlveda, Enrique Tapia Witting, Jorge Rodríguez Arizúa y los Abogados Integrantes señores Oscar Carrasco Acuña y Enrique Barros Bourie. No firma el Abogado Integrante señor Barros, por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo.

COMENTARIO

Resulta paradójico que después de más de dos años de entrada en vigencia de la Ley N° 19.653 –más conocida como “Ley de probidad administrativa”–, que modificó la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE), incorporando expresamente la potestad invalidatoria de la Administración del Estado –incluyendo a las municipalidades (Art. 1° LOCBGAE)– en aquellos casos de nombramiento ilegales de funcionarios públicos,¹ nuestros tribunales –especialmente la Excma. Corte Suprema– resuelvan en sentido contrario, negando la existencia de tal potestad y reconociendo una suerte de “derechos adquiridos” amparados por el derecho de propiedad que garantiza el Art. 19 N° 24

¹ El actual Art. 63 de la citada Ley dispone: “La designación de una persona inhábil será nula. La invalidación no obligará a la restitución de las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable. La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad. Incurrirá en responsabilidad administrativa todo funcionario que hubiere intervenido en la tramitación de un nombramiento irregular y que por negligencia inexcusable omitiere advertir el vicio que lo invalidaba”.

de la Constitución Política de la República (en adelante CPR). Lo insólito de tal comportamiento –que ya se había puesto de manifiesto en un comentario jurisprudencial de hace un año y medio en esta misma revista–,² sólo parece justificarse en un desconocimiento de la ley por parte de nuestra magistratura superior, haciendo ilusorio el principio de nuestro centenario Código Civil (Art. 8°); una inaplicabilidad tácita de la ley de referencia, por aplicación directa por los jueces del principio de supremacía constitucional que señala nuestra Carta Fundamental (Art. 6° CPR);³ o en una interpretación jurídica que supone dejar sin aplicación práctica la sanción jurídica dispuesta por la ley, al no reconocer la existencia de la potestad administrativa misma.

Evidentemente, ninguno de estos argumentos son inadmisibles jurídicamente. En primer lugar, porque en ninguno de los fallos de primera o segunda instancia se discurre acerca de la controversia jurídica que se suscitara en un eventual conflicto de normas entre el Art. 63 LOCBGAE y el Art. 19 N°s 2 y 24 CPR. Aún más, toda la argumentación jurídica de ambos fallos se hace sobre la base de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la existencia de esta potestad y los supuestos derechos que tendría el funcionario público de buena fe para resistir frente a

² Ver, en este sentido, el comentario de Javier Millar a fallo en autos “Alarcón Avilés y Pinuer Valverde con I. Municipalidad de Paillaco”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, volumen XII, diciembre 2001, pp. 241-244.

³ Por todos, Ríos, L. “El control difuso de la constitucionalidad de la ley en la República de Chile”, *Gaceta Jurídica*, junio 2002, N° 264, pp. 20 y ss.

esta potestad –considerandos 6º y 7º de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y 1º, 4º y 5º de la de la Corte Suprema–, reproduciendo el de segunda instancia una copiosa jurisprudencia administrativa elaborada antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.653.

En este contexto, pareciera necesario recordar a nuestros tribunales que la potestad invalidatoria está actualmente expresamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico –sin perjuicio de la fundamentación general que ya se podía hacer de ella, a partir de los Arts. 6º y 7º CPR y 2º, 10 y 11 LOCBGAE⁴–, al menos en materia de nombramiento de funcionarios públicos con infracción a las normas vigentes –ámbito que se amplía y regula en la nueva Ley de Procedimiento

Administrativo (Art. 53)–, en que el ejercicio de dicha potestad por los órganos de la Administración del Estado sólo tiene como límite la validez de los actos administrativos celebrados en el tiempo intermedio y las remuneraciones percibidas por el funcionario inhábil de buena fe en el mismo período. De este modo, el legislador zanja definitivamente la disputa de un supuesto “derecho adquirido de propiedad en el empleo o cargo público”, como límite a la potestad invalidatoria o de una actuación arbitraria por infracción al derecho constitucional a la igualdad ante la ley como lo sugiere el fallo de la Excm. Corte Suprema.

Esperamos que nuestros tribunales acusen recibo de esta innovación legal y actúen en consecuencia.

⁴ Véase en este sentido, en este mismo volumen, Millar, J. “La potestad invalidatoria en la jurisprudencia nacional: procedencia, alcances y limitaciones”.