

# ALARCON AVILES Y PINUER VALVERDE CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PAILLACO. Recurso de Protección

*Javier Millar S.*

Colaborador Docente.  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Universidad Austral de Chile

## PALABRAS PRELIMINARES

El tema que abordan las sentencias que comento, ha dado origen a no pocas controversias en nuestro medio jurídico. La razón es que se trata del aparente conflicto entre dos principios fundamentales consagrados por nuestro ordenamiento constitucional: el derecho de propiedad sobre bienes incorpóreos –de suyo vigorosamente protegido por los constituyentes de 1980– en este caso extensivo al cargo público; y el principio de juridicidad, que impone el deber orgánico y funcional de respetar el ordenamiento jurídico, consagrado nada menos que en las Bases de la Institucionalidad.

El primero ha servido para excluir el poder invalidatorio de la Administración frente a actos de nombramiento que crean derechos patrimoniales, aun cuando éstos se sustenten en ilegalidades. El segundo, para radicar dentro de la esfera de atribuciones de la Administración la facultad de retirar, por sí misma, actos anteriores si se advierte que se hace necesario restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado por un acto propio.

Aparentemente, como se desprende del fallo de apelación, esta contradicción se encuentra resuelta por nuestro Máximo Tribunal en el sentido de dar primacía a la protección constitucional del dominio de bienes incorporales. Así también opina buena parte de la doctrina administrativa nacional.<sup>1</sup> Sin

embargo, esto que podría aparecer tan claro a la luz de interpretaciones ya tradicionales, deja de serlo al analizar el ordenamiento jurídico en su conjunto, sobre todo al considerar las modificaciones a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCGBAE), introducidas en diciembre de 1999 por la Ley de Probidad Administrativa (en adelante LPA).

No es mi intención agotar el tema en este breve espacio, sino simplemente reflexionar en torno a algunos puntos de interés que surgen de la lectura de las sentencias que aquí se tratan.

## I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y AUTOTUTELA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Un primer aspecto que llama la atención en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, es que ésta deduce –acertadamente a mi juicio– el poder de invalidar un acto de nombramiento viciado, del principio de lega-

---

en la jurisprudencia de la CGR”, en *Gaceta Jurídica* N° 178, 1995, pág. 35-42; EDUARDO SOTO KLOSS. “La invalidación de los actos administrativos en el Derecho Chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXXV, 1988, pág. 157-167; del mismo autor: *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, pág. 199 y sgts. También puede consultarse IVÁN ARÓSTICA MALDONADO. “La extinción de los actos administrativos y la jurisprudencia reciente de los Tribunales de Justicia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, 1984, pág. 443-448.

---

<sup>1</sup> Puede consultarse: OSVALDO VARGAS ZINCKE. “Algunos aspectos sobre la invalidación

lidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política,<sup>2</sup> al cual se encuentra vinculada la Municipalidad recurrida, como todo órgano estatal.

Este planteamiento señala un evidente cambio en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que es necesario destacar. Y, es que estando obligada –la Administración– a respetar el ordenamiento jurídico, se encuentra en el deber de reaccionar frente a un acto ilegal. Por tanto, no sería lógico que ante la advertencia de un acto irregular propio no tuviera el poder jurídico para actuar. Lo anterior permite sostener, siguiendo el planteamiento de la Corte de Valdivia, que nuestro sistema público no es ajeno al poder de autocontrol propio de la función administrativa (considerando sexto, C.A.). Y, es precisamente de este autocontrol o autotutela –que habilita a los órganos de la Administración para revisar, evaluar y eliminar sus actos que violentan el principio de legalidad– de donde emana el poder de invalidar resoluciones ilegítimas (considerando séptimo C.A.).

Lo anterior no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico, como se ha sostenido reiteradamente por nuestro Máximo Tribunal; y, encuentra su explicación en el cometido estatal, que corresponde a la Administración, de atender necesidades colectivas para el logro del bien común a través del ejercicio de sus facultades legales con la efectividad que demandan esos intereses colectivos.<sup>3</sup> Sin embargo, este sistema posicional de la Administración no anula, como señala García de Enterría, “la posibilidad de que el juez enjuicie a posteriori el problema de fondo que la autotutela ha resuelto mediante la declaración o la ejecución.”<sup>4</sup> Es decir, coexisten autotutela administrativa previa, inicial o de primer efec-

to,<sup>5</sup> con la heterotutela judicial posterior y definitiva.<sup>6</sup>

La misma facultad que permite dictar actos administrativos, es la que permite y obliga a invalidar esos actos cuando se advierte que son contrarios al ordenamiento jurídico.

## II. ACTO DE NOMBRAMIENTO ILEGAL Y DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL CARGO

Desde un punto de vista general es muy acertado el planteamiento de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en tanto reconoce ampliamente la facultad administrativa de invalidar actos contrarios a derecho.<sup>7</sup> No obstante, se hecha de menos una referencia concreta a la potestad invalidatoria frente al acto de nombramiento de un funcionario inhábil, hoy consagrado en texto positivo que precisamente se refiere a esta situación.

Me refiero concretamente al nuevo artículo 65<sup>8</sup> de la LOCBGA, incorporado en 1999 por la LPA. Clara e inequívocamente el artículo se pone en la situación de un funcio-

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Esto, precisamente, es lo que se evidencia en el artículo 9 de la LOCBGAE, al señalar los medios de impugnación del acto administrativo: primero, los recursos administrativos correspondientes; luego las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.

<sup>7</sup> En este sentido puede consultarse: JORGE REYES RIVEROS. “Reflexiones acerca de la nulidad de Derecho Público”. En *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.A.Ch, Volumen IV, 1993, págs. 91 y sgts.; ENRIQUE SILVA CIMMA. *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos contratos y bienes*. Jurídica de Chile, 1995, Santiago, págs. 118 y 159; HUGO CALDERA DELGADO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001, págs. 137 y sgts.

<sup>8</sup> Dicho artículo señala: “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 inadverencia de la inhabilidad no le sea imputable.

La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su

<sup>2</sup> Sin perjuicio de su inclusión específica, para la Administración del Estado, en el artículo 2º de la LOCBGAE.

<sup>3</sup> URBANO MARÍN VALLEJO. “Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos”. *Revista de Derecho del CDE*, N° 2, 2000, pág. 51.

<sup>4</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, quinta edición (1989), Civitas, Madrid, pág. 514.

nario público cuyo nombramiento adolece de un vicio de ilegalidad, no encontrando limitación alguna para dejar sin efecto dicho nombramiento, por tanto autorizando la invalidación y regulando directamente sus efectos, para el caso particular a que se refiere.

En este aspecto no puede menos que llamar nuestra atención el que la Corte Suprema, al fundamentar la revocación de la sentencia que aceptaba la invalidación, sólo hace una mención menor de las infracciones legales que sostienen el proceder invalidatorio (considerando cuarto, C.S.). Centrando, en cambio, el fundamento de su resolución en la ilegalidad que atribuye al ejercicio de la postestad invalidatoria por parte del recurrido.

Los reclamantes –argumenta el fallo–, desde que se han incorporado a la Administración Municipal, habrían adquirido el derecho a gozar de la estabilidad en el empleo (considerando tercero, C.S.), toda vez que el acto de nombramiento se encontraría agotado, habiendo surtido todos sus efectos legales (considerando cuarto, C.S.). De esta forma –en concepto del Excmo. Tribunal–, se habrían consolidado en el patrimonio de los recurrentes el derecho a la carrera funcionaria y a la estabilidad en el empleo público. Por ello, su invalidación posterior por la autoridad edilicia habría conculcado el derecho de propiedad caucionado constitucionalmente (considerando quinto).

Efectivamente el agotamiento –o extinción– del acto administrativo se relaciona con la producción de sus efectos; y, normalmente, será el cumplimiento o ejecución integral del objeto del acto el modo de extinguir sus efectos.<sup>9</sup> Sin embargo, el problema no es tan simple. Si bien existen actos que se agotan por su sola ejecución –el pago, por ejemplo–,

existen otros cuya ejecución no pone fin inmediato a los efectos del acto, sino que recién señala el inicio de su vigencia indefinida<sup>10</sup> –aquí el nombramiento de un funcionario en calidad de titular–.

No es posible sostener que pueda limitarse la invalidación de un nombramiento ilegal por tratarse de un acto agotado, simplemente, porque este acto no se agota con la incorporación de los funcionarios nombrados. Al contrario, este acto de la Administración pertenece a aquellos que no se extinguen por su sola ejecución, de modo que culminada la tramitación del procedimiento que determinó el nombramiento y asumido el cargo público, el acto administrativo no hace sino comenzar indefinidamente a producir sus efectos.<sup>11</sup> Pareciera ser que nuestro Máximo Tribunal asimila erróneamente el momento de la ejecución del acto de nombramiento con la extinción de sus efectos –su agotamiento–.

Por lo dicho, la protección del derecho de propiedad sobre el cargo, no vendría dada porque el acto haya producido todos sus efectos, sino de la condición de ejercerse legítimamente el derecho –de acuerdo al artículo 20 de la Constitución–. Y, es ejercicio legítimo, aquél que no es ni ilegal, ni abusivo.<sup>12</sup> Siendo así surge la pregunta: ¿puede existir un legítimo ejercicio de un derecho a partir de un nombramiento irregular, viciado, que contraviene lo dispuesto en el artículo 6 y 7 de la Constitución Política? Necesariamente, la respuesta ha de ser negativa.

Por tanto, salvo que el derecho de propiedad sobre el cargo se haya adquirido legítimamente –caso en el cual no tiene lugar la invalidación– la protección del dominio no es limitación a la invalidación, porque a partir de

---

*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”.*

<sup>9</sup> Sin perjuicio que el agotamiento o extinción de sus efectos no se limita exclusivamente al objeto, sino que también debe extenderse al fin

---

perseguido por el acto. Normalmente, con la ejecución del acto se alcanzará inmediatamente el objeto, pero existirán situaciones en que el fin se alcanzará en un momento posterior al agotamiento del objeto.

<sup>10</sup> HUGO CALDERA DELGADO. *Op. cit.* en nota 7, pág. 117.

<sup>11</sup> *Id.*, pág. 118.

<sup>12</sup> JOSÉ LUIS CEA. *Manual de Derecho Constitucional*. Tomo II, Pontificia Universidad Católica, Facultad de Derecho, Santiago, 1995, pág. 328.

un acto nulo no ha nacido derecho de propiedad alguno. Precisamente la invalidación de un nombramiento ilegal busca poner fin a un beneficio que no ha podido nacer en el patrimonio y no a un derecho adquirido válidamente.

Esta es la situación que refleja el artículo 65 de la LOCBGAE y allí se aprecia claramente que no obsta a la invalidación, ni siquiera la buena fe del indebidamente nombrado, dejando sólo a salvo las remuneraciones indebidamente percibidas entre el nombramiento y la invalidación. De esta forma, la única limitación a la institución, en este caso específico de nombramiento irregular, viene dado por el requisito de procedencia indicado en la norma: inhabilidad del funcionario.

#### PALABRAS FINALES

A partir de la incorporación del artículo 65 a la LOCBGAE, que prevé y regula los

efectos de la invalidación del funcionario inhabil, ya no es posible sostener que le estaría vedado a la Administración el poder de autocontrolar la legitimidad de sus actos de nombramiento. No es posible desconocer el poder y la obligación administrativa de invalidar el nombramiento irregular.<sup>13</sup> Lo contrario implicaría desconocer la validez de nuestros textos legales.

No existe la contradicción que se ha creído ver, en esta materia, entre el principio de legalidad y la protección del derecho de propiedad. En efecto, al no haber nacido válidamente el derecho de dominio no se estaría vulnerando el legítimo ejercicio del derecho de propiedad; mientras que al privar de efectos a un acto propio, cuando se advierte que adolece de un vicio de ilegalidad, no se hace más que dar cumplimiento a la sujeción orgánica y funcional *a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*.

---

<sup>13</sup> Sin perjuicio, que –en la opinión que aquí se sigue– esta facultad ya se encontraba contemplada de modo general en nuestra legislación.