

RECURSO DE PROTECCIÓN
REMOCIÓN FUNCIONARIO PÚBLICO
Pérez Gutiérrez Dorothy c/ Bermúdez Soto Jorge
Corte de Apelaciones de Santiago 16 de octubre de 2018
Corte Suprema 30 de noviembre de 2018

*Eduardo Soto-Kloss**

Comentario

No cabe duda alguna que la disputa jurídica –inédita en sus alcances actuales– entre el Contralor General de la República y quien ejerce el cargo de subcontralor general (designada por el mismo contralor mencionado), ha producido conmoción, tanto en el plano jurídico como institucional de la república, potenciada por la vehemencia del titular del organismo fiscalizador de la Administración del Estado, y la publicidad desplegada, al pedir la renuncia a su cargo a dicho subcontralor y al negarse esta a hacerlo (por no corresponder jurídicamente) dispuso su remoción y nombró a otro funcionario en su reemplazo.

Hago presente que no conozco personalmente a ninguno de los dos implicados en esta disputa y, por tanto, pude escribir un texto breve a los pocos días de la remoción de la referida subcontralor¹, con total independencia y ajeno a la disputa personal de la pérdida de confianza de aquel con respecto de esta. El texto, publicado en el diario *La Tercera* el sábado 1 de septiembre de 2018, p. 8, sostiene que tal remoción era *nula* por cuanto carece el Contralor General de la República del poder jurídico de remover al subcontralor, ya que la propia ley orgánica constitucional del dicho organismo² en su artículo 4° inciso 2° establece que para efectuar tal remoción un procedimiento judicial llevado a cabo por un tribunal de la república y conforme a un debido proceso, “juicio de amovilidad”, y la remoción propiamente tal la debe efectuar el Presidente de la República en cumplimiento de la sentencia recaída en dicho proceso. Es decir, debe existir un “proceso judicial” llevado a cabo por un tribunal de justicia y el acto de re-

* Doctor en Derecho, Universidad de París (Panthéon Sorbonne), doctor H. C. Universidad de los Andes. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

¹ No existe en la ley el cargo de Subcontralora.

² Ley n.º 10336.

moción se realiza a través de un acto administrativo (decreto supremo) dictado por el Presidente de la República. Vale decir, en caso alguno, jamás, podrá el contralor general disponer esa remoción en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Y la razón de esta norma especial es que el subcontralor general es también un *juez de la república*, dado que es el *juez de primera instancia* en el llamado *juicio de cuentas*, juicio que con la creación de la Contraloría General de la República en 1927, pasó a integrar la competencia específica del llamado Tribunal de Cuentas incluido en este organismo (como una unidad especial) en tanto sucesor legal del Tribunal de Cuentas decimonónico (actual artículo 107 de la ley n.° 10336).

El asunto es muy claro jurídicamente hablando y pienso que el ardor y vehemencia de la actitud del señor Contralor –profesor de derecho administrativo– y una asesoría no muy juiciosa y tal vez demasiado obsecuente, le hizo no ver la evidente redacción del texto indicado de la propia ley orgánica de la misma entidad constitucional del que es titular y una de las más altas magistraturas del país.

El texto es cristalino y expone la completa y total incompetencia de dicho titular para proceder a la remoción de la autoridad que ejerce el cargo de subcontralor (que conforme a la ley n.° 10336, es nada menos que su subrogante legal). Dicho texto –artículo 4° inciso 2°– establece que el ejercicio del cargo de subcontralor no está a la disposición del Contralor General, ya que es un *juez de la república* y, como tal, no se encuentra a la discreción de ningún jerarca, dado que si así fuere se estaría frente a una simple tiranía, que no de un régimen de derecho, en el cual impera el derecho y la justicia y no el capricho y el mero arbitrio del jerarca de turno.

Deducido recurso de protección en contra de la resolución contralora n.° 21, de 22 de agosto de 2018 que la remueve, la subcontralor sostenía, además de la aludida afectación de su derecho, constitucionalmente reconocido, al “juez natural” (artículo 19 n.° 3 inciso 5°) y no ser juzgado por una “comisión especial”, la vulneración de su derecho a la “igualdad ante la ley” (artículo 19 n.° 2) y el derecho a la “estabilidad en el cargo” (especie de derecho de propiedad/artículo 19 n.° 24).

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en seis considerandos (7° al 12°) acoge precisamente cuando habíamos sostenido a los pocos días de ocurrida la disputa indicada. En efecto, así lo dice su considerando 9°:

“el Subcontralor queda fuera del ámbito de aplicación del inciso 2° del artículo 3° de la Ley N° 10.336. Por consiguiente, se rige necesariamente por el artículo 4° mencionado”.

Al acoger la pretensión deducida, el tribunal declara la afectación tanto del derecho reconocido por el artículo 19 n.º 2 como del artículo 19 n.º 3 inciso 5º de la Constitución, ya que al obrar como lo hizo el recurrido:

“sustituyó en el hecho al tribunal llamado por la ley a conocer del juicio de amovilidad”, “declaración que debía emanar del tribunal competente y que, en su caso, debía cumplir el Presidente de la República” (considerando 10º).

Siendo así, el Contralor General de la República actuó en contravención a los artículos 6º y 7º de la Constitución, y su actuación es, por lo tanto, *nula*. Además, reconoce la afectación de la referida estabilidad funcionaria, cuya remoción no puede efectuarse, sino por causa legal, que en este caso es inexistente.

Como medida de protección, la Corte ordena la reincorporación de la recurrente en su cargo de Subcontralor sin solución de continuidad desde la fecha de su separación, para lo cual el señor Contralor deberá dictar los actos que en derecho corresponda al debido cumplimiento de lo resuelto³.

La Corte Suprema, en un larguísimo fallo de veintinueve considerandos, un voto en contra en cuanto a la medida de protección adoptada, y una prevención, confirma la sentencia del *a quo*, haciéndose cargo de las defensas planteadas por el recurrido en su apelación al fallo aludido y rechazándolas minuciosamente a fin de convencerlo de su actuar ilegal y arbitrario, de una manera muy pedagógica digna de alabarse⁴.

Solo me interesa aquí comentar el voto en contra de los ministros Muñoz y Sandoval, que discuerdan en la medida de protección adoptadas por el tribunal de la instancia que acoge la pretensión protectiva, esto es, en cuanto se ordena la reincorporación de la actora al cargo de subcontralor.

Y disienten de dicha medida porque, según ellos, una vez que fue removida de dicho cargo la actora, el Contralor recurrido procedió a nombrar a otra persona en su reemplazo, designación que a su respecto no ha sido analizada ni pedido su nulidad, y no ha sido parte ella en este recurso y, por ende, la reincorporación indicada “vulneraría su derecho a la defensa tanto más que en su cargo sería inamovible”. También, sostienen los disidentes que la naturaleza cautelar del arbitrio en cuestión impediría adoptar una decisión de fondo “declarativa de derechos” como sucedería al ordenarse la reincorporación de la actora gananciosa. Para ellos, lo que correspondía era declarar ilegal y arbitraria la remoción y una

³ Redactor ministro Mauricio Silva Cancino, recién nombrado ministro de la Corte Suprema, enero 2019.

⁴ Redacción ministra Sandoval Gouet.

“medida paliativa de carácter alimenticia (sic) a contra del alejamiento del cargo”, “sin perjuicio de las acciones ordinarias que la actora [del recurso de protección] eventualmente pudiera impetrar”.

Llama verdaderamente la atención esta disidencia, que envuelve una contradicción en los términos, como mostraré:

1. Olvida que al declararse ilegal y arbitrario el acto administrativo de remoción de la actora de su cargo inamovible de subcontralor, lo que declara el tribunal *a quo* y confirma el *ad quem*, es que dicho acto desaparece del ordenamiento jurídico –por su desconformidad con la Constitución– y al desaparecer, implica que nunca nació como acto administrativo en este ordenamiento y, por lo tanto, ha carecido de todo fundamento la pretendida designación de otro funcionario en su cargo, por cuanto así como el Contralor General de la República careció de toda competencia para remover a su titular (que, por ende, nunca ha dejado de ser titular), con cuánta mayor razón ha carecido de toda competencia para designar uno nuevo, desde que el cargo jamás ha estado vacante y, en consecuencia, esa nueva designación ha sido solo una *vía de hecho*, proscrita por el derecho y fruto del exceso, solo arbitrio irrazonable y abuso de poder, de quien fuera del derecho ha ejercido solo fuerza que no una potestad propiamente jurídica, vulnerando ostensiblemente no solo el estatuto propio de su propio organismo fiscalizador (artículo 4° inciso 2° de la ley n.° 10336), sino la propia Constitución Política de la República (artículos 6° y 7° y 19 n.°s 2, 3 inciso 5° y 14).
2. Si se ha declarado “ilegal y arbitraria” la remoción de la actora por carecer de toda competencia quien así ha actuado, la única medida de protección consecuente para “asegurar la debida protección del afectado” (artículo 20 inciso 1°) es ordenar el tribunal su *inmediata reincorporación al cargo del que es titular* (y que nunca ha dejado de serlo), que constituye el verdadero *amparo* de la recurrente que ha sido agraviada en un triple orden de sus derechos fundamentales, reconocidos, asegurados y amparados por la Constitución y que han sido esgrimidos en el fallo que acoge la protección deducida.
3. Por otra parte, parecen los disidentes navegar en las procelosas, veleidosas y traicioneras aguas de la corriente de estimar que el llamado recurso de protección es una acción meramente “cautelar” siendo que *su naturaleza es la propia de una típica acción de amparo*, como es la de *habeas corpus*, desde que en su origen

mismo –en el que estuvo el mismo autor de estas líneas, a quien se le ocurrió la idea de hacer este *habeas corpus* extensible a los demás derechos fundamentales– así ha aparecido en nuestro ordenamiento ya en el Acta Constitucional n.º 3, de 13 de septiembre de 1976, DL 1553, artículo 2º) y recogido en la Constitución de 1980, artículo 20.

Si se trata de una acción de amparo *lo que se pretende con ella es obtener a través de su interposición terminar con una situación antijurídica que una persona* (natural o jurídica o, incluso, un conjunto sin personificación) *sufre a raíz de un acto, hecho u omisión de otro que actúa contra derecho agraviándole uno o más de sus derechos fundamentales*⁵. Y si el tribunal acoge la pretensión debe otorgarle el amparo correspondiente, que en el caso en análisis no puede ser otro que “restituir al agraviado en su cargo” *del que ha sido removido por un acto contra derecho*, sin asidero en potestad jurídica alguna de quien ha pretendido producir esa remoción. Es esa y no otra la única manera de mantener el *statu quo* alterado por un acto antijurídico, ilegal y arbitrario. Eso es “amparar al afectado” que es lo estatuye expresa y muy claramente la Constitución (artículo 20 inciso 1º citado).

¿Qué saca la actora, subcontralor general (removida de su cargo inamovible, solo removible de acuerdo con un proceso judicial, y no por disposición administrativa del Contralor General, acto declarado como “ilegal y arbitrario” desde el punto de vista judicial) con que se reconozca que fue removida contra derecho si no se le restituye de su cargo? ¿No es acaso *una burla*, lo que contiene la referida disidencia (por no decir un escarnio y reírse en su propia cara), de decirle que sí, que se cometió un acto entera y escandalosamente contra derecho (incluida con una publicidad indebida) dispuesta nada menos que por el jerarca máximo del organismo encargado de “velar por la legalidad de

⁵ Recuérdese el caso ejemplar Soc. Agrícola y Maderera Los Chenques en los comienzos de la aplicación del recurso de protección (Corte Suprema, 7 de julio de 1980, en *RDJ*, 7.77/Santiago, 1980, 2.1, 53-56, redacción ministro Marcos Aburto), en que establece el principio fundamental de proteger el recurso de protección el *statu quo* existente ante la pretendida autotutela antijurídica de un tercero, que pretende hacerse justicia de propia mano (incluso si es el Estado/autoridad administrativa mismo el que tal cosa pretende, véase entre otros, Del Río Guerra (*RDJ*, tomo 86, Santiago, 1989, 2.5, 241-245); Araya Portiño (*RDJ*, tomo 89, Santiago, 1992, 2.5, 214-218 con comentario nuestro), Confecciones Corona (*RDJ*, tomo 93, Santiago, 1996, 2.5, 21-33), posteriormente Díaz Ibaceta (*RDJ*, tomo 102, Santiago, 2005, 2.5, 440-442 y Rajido Castillo (*RDJ*, tomo 103, Santiago, 2006, 2.5, 433-437 y nota nuestra en 434).

los actos de la Administración” (como dice el artículo 87/98 de la Constitución), y darle una “migaja” de compensación de seis meses de su sueldo “como medida paliativa de carácter alimenticio” y en tanto el autor del enorme desaguizado jurídico producido en su contra, reírse a mandíbula batiente saliéndose con su capricho de eliminarla del servicio y de manera ilegal y arbitraria? ¿Se les olvidó a los disidentes que la acción constitucional de amparo general, que es el llamado recurso de protección, de ser acogida la pretensión deducida, el tribunal debe “restablecer el imperio del Derecho” violado, dejándose sin efecto el acto administrativo ilegal o arbitrario de remoción de la actora y, por tanto, se reconoce *ipso iure* que aquel nombramiento de un funcionario en su reemplazo ha carecido de toda validez jurídica desde su dictación misma? ¿En qué estarían pensando los disidentes? ¿Tal vez en un acto de caridad con el recurrido para no darle en la cabeza con un “cinco a cero” rotundo denostando, así, su actuar atrabiliario?⁶.

- 4 Por último, si bien aparece loable la posición de los disidentes, de ocuparse de la situación del funcionario designado en el cargo de subcontralor en sustitución de la recurrente de estos autos, y de su pretendido derecho de defensa, *no cabe eludir* que este funcionario, con muchos años de desempeño en el organismo contralor –*debía conocer y muy bien*– que su nombramiento carecía de todo sustento jurídico, pues basta la sola lectura del artículo 4° inciso 2° de su Ley Orgánica Constitucional/10336, para advertir que el cargo de subcontralor no está a la discreción del Contralor General, sino que corresponde su remoción al Presidente de la República y “previo un proceso judicial de amovilidad” que la acoja y conforme a las normas establecidas para los ministros de los tribunales superiores de justicia y por las causales señaladas para los ministros de la Corte Suprema. En otros términos, *su nombramiento era flagrantemente ilegal y contrario* por comple-

⁶ Habrían debido recordar los referidos disidentes que el mismo Contralor General de la República plantea contiendas de competencias cuando se recurre ante los tribunales de justicia en contra de sus dictámenes, por pretender que ellos carecen de competencia para conocer de la pretendida disconformidad a derecho de esos actos administrativos. Y ha de recordarse que al propio ministro Muñoz Gajardo le tocó redactar una magnífica defensa de la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia, ante el Senado, en el asunto referido a qué régimen previsional era aplicable a determinados funcionarios públicos, véase *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 87, de 6 de marzo de 2018; también véase *Boletín*, n.º S . 1.913-03).

to a derecho, puesto que el Contralor General carecía de competencia para disponerlo por acto administrativo *desde que tal cargo no se encontraba vacante*, atendida la notoria y evidente nulidad de la remoción de su titular.

Es decir, al asumir el cargo este funcionario sabía –y no podía menos que saber dada su calidad de abogado y con largos años de ejercicio como funcionario de la Contraloría General– que carecía de todo derecho para ejercer tal función de subcontralor⁷.

Si el cargo de subcontralor comporta el ejercicio de una “función jurisdiccional de la república” –y *este es el punto central del asunto* (como lo indiqué de inmediato una vez producida la situación y lo vio muy bien el tribunal de la instancia y confirmara el de apelación)– como es ejercer la función de “juez de la primera instancia” del Tribunal de Cuentas, aparece más que obvio que como juez y órgano titular de un tribunal de la república, no está su función a la voluntad o discreción del jerarca (sea este administrativo o judicial), ya que ello implicaría, de suyo, dejar de ser juez, cuya naturaleza más intrínseca y esencial es ser independiente e imparcial y, por tanto, no se encuentra subordinado a un superior jerárquico que le imparta órdenes en su actuar jurisdiccional o que le pueda remover a su mero capricho, arbitrio o discreción, como si se tratara de un funcionario de su exclusiva confianza.

Lamentable disidencia, pero que agradece todo aquel que se dedica a esta disciplina del derecho público y específicamente constitucional y administrativo, porque permite esclarecer puntos, develar errores y, en lo posible, difundir criterios de justicia y equidad, mostrando las situaciones que las corrompen y escarnecen, las que siempre perturban la convivencia social y, en este caso comentado, el normal funcionamiento de las instituciones de la república.

⁷ Pienso que no podría menos que saber que el propio Contralor en su *Derecho administrativo general* (cito la tercera edición. Thomson Reuters, 2015, p. 493) sostiene y enseña que el cargo de subcontralor *es inamovible*. Y aun sin ser experto romanista o conocedor del *ius commune* medieval, el principio del *venire contra factum proprium non valet* es de actual aplicación y plenamente de recibo en la jurisprudencia tanto judicial como, incluso, contralora; el mismo Contralor –*op. cit.*, pp. 110-125– se extiende largamente sobre el tema, trayendo a Chile la *Vertrauensschutz* germánica, la “confianza legítima”, de la que él mismo ha hecho profusa y muy abundante uso en la jurisprudencia contralora, en especial en lo que se refiere a la no renovación de funcionarios a contrata en la administración pública. Sobre el tema puede ser interesante consultar *Cuadernos de Extensión Jurídica*, vol. 18, Santiago, 2010 (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho) dedicado al tema del célebre brocardo indicado.