

Jorge Enrique Precht Pizarro*

Un problema no resuelto: el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, su independencia y la subrogancia de su Presidente

One unresolved issue: the Court of Accounts of Second Instance, its independence and its Chairman surrogacy

Resumen

La ley N° 10.336, en su artículo 118 inciso primero, establece como miembro del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia al Contralor General de la República, el cual además preside el Tribunal. La presencia del Contralor en dicho Tribunal atenta contra la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional. Coloca además a la persona del Contralor en una situación insostenible, obligándolo a desdoblarse.

Palabras clave

Tribunal de Cuentas. Segunda instancia. Subrogancia.

Abstract

Law No. 10,336 in the first paragraph of Article 118 provides as a member of the Court of Accounts of second instance to the Comptroller General of the Republic, who also chairs the Court. The Comptroller's presence in the Court undermines the independence and impartiality of the court. Place the person in addition to the Comptroller in an untenable position, forcing it to unfold.

Profesor Titular de Derecho Público, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Keywords

Court of Auditors. Second instance. Surrogacy.

Conocemos el artículo 118 de la Ley de la Contraloría General de la República N°10.336, modificada por la ley N°19.817 de 26 de julio de 2002: Esta modificación creó el Tribunal Colegiado de Cuentas de Segunda Instancia.

La razón principal de esta creación es que en la ley primitiva existía un tribunal uninominal (el propio Contralor General de la República) que conocía los recursos de apelación y especial de revisión.

Como dice don Carlos Hansen Tallar: “La principal crítica que se formulaba a este sistema se refería a que para el conocimiento de los recursos de apelación y especial de revisión, el Contralor General pasaba a desempeñar una función jurisdiccional, distinta e independiente de la administrativa que le compete, y con ello naturalmente se producía una identificación de su calidad de Contralor General con la de Juez de Cuentas, como quiera que a este funcionario le correspondía revisar, por la vía jurisdiccional, lo obrado por la Contraloría General en la sede administrativa previa al juicio, sea a través del examen de cuentas propiamente tal o el examen de cuentas ficto que emanaba de las conclusiones consignadas en un sumario administrativo o investigación sumaria.”¹

La reforma del 2002 aminora el problema de la independencia del Tribunal, pero no lo soluciona.

En efecto, sigue colocando al Contralor General en una situación insostenible: Jefe del Servicio Contraloría General se le obliga a desdoblarse y de una función administrativa de control de la Administración Activa pasar por arte de magia legal a ejercer una función jurisdiccional sobre decisiones de funcionarios de su dependencia.

Las águilas bifrontes no tienen buena fama ante el derecho público².

Se ha argumentado que el artículo 98 inciso 1° de la Constitución dice que la Contraloría General: “examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades”. De ello se ha deducido que no puede entregarse a un órgano externo de la Contraloría el conocer y juzgar las cuentas mencionadas.

¹ CARLOS HANSEN TALLAR: La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. *El juicio de Cuentas*. Lexis Nexis, 2007, páginas 85 –86. La misma crítica fue repetidamente expresada durante la tramitación de la ley que creó el Tribunal Colegiado. Así, por el Senador Viera Gallo: “Porque no hay mucha imparcialidad ni autonomía si el Subcontralor es la primera instancia y el tribunal de segunda instancia está formado por el Contralor General de la República, superior administrativo de aquel, y otros funcionarios. Todo esto lleva a una situación que no es la más adecuada para un debido proceso contencioso administrativo. Lo lógico sería que, frente a un juicio de la Contraloría que se estimara equivocado, se pudiese reclamar ante un organismo diferente y no ante la propia estructura jerárquica del Órgano Contralor” (Sesión 12ª del Senado en martes 10 de julio de 2001). Utilizó BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: Historia de la ley N°19.817, Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Santiago, Chile, 2002. Las ideas del Senador se encuentran en la página 121.

² Piénsese en el Intendente Regional al que la propia Constitución lo hace parte del gobierno y de la administración superior de la región, artículo 111: “El gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República...” “La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional...” “El gobierno regional estará constituido por el intendente y el consejo regional”.

A mi juicio ello ya se cumple y con creces mediante el artículo 107 de la ley N°10.336 que constituye Juez de Cuentas de Primera Instancia al Sub –Contralor General.

Por lo demás la Constitución debe interpretarse en forma armónica y sistemática. “Los órganos jurisdiccionales deben ser independientes” es un principio consubstancial al Estado de Derecho y cuando esta independencia se debilita, aunque sea por la propia ley, se atenta contra un derecho humano esencial, amparado por el artículo 5° inciso de la Constitución.³

Por lo tanto, la reforma de la ley N°19.817 quedó a medio camino.

Rigurosa –y con razón– veló por la independencia de los miembros integrantes (titulares y suplentes) del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia. Estableció que ellos eran funcionarios de la Contraloría General y extendió a ellos la incompatibilidad del artículo 47, inciso primero de la ley 10.336. Esto significa que las remuneraciones que perciban como integrantes son incompatibles con cualquier otra que corresponda a servicios prestados al Estado, con excepción de las rentas que provengan de la educación pública hasta un máximo de dos cátedras universitarias.⁴

Además, el Contralor no solo va a estar juzgando sobre decisiones de funcionarios de su dependencia, sino que tiene influencia en la designación de los otros miembros del Tribunal ya que él decide la composición de las ternas, a partir de las cuales el Presidente de la República nombrará a los integrantes titulares y suplentes.

Este conjunto de razones son suficientes para estimar que una futura reforma legal debe eliminar al Contralor como miembro y Presidente del Tribunal de Cuentas de

³ El “Nemo Iudex in causa sua” es un elemento central del principio de legalidad. Así el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: “Toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”.

⁴ Entiendo que ello es aplicable, por analogía, al Contralor y a su subrogante en el sentido que no podrían adicionar las asignaciones por asistencia al tribunal a sus remuneraciones de empleos de planta.

En la tramitación de la ley N°19.817 quedó en claro que el Tribunal Colegiado es parte de la Contraloría y que los miembros (titulares y suplentes) son funcionarios de la Contraloría. Si se examina el informe de la Comisión de Constitución del Senado, se lee: “Se ha objetado, a este respecto que el Tribunal de Segunda Instancia esté conformado por personas ajenas a la Contraloría, pero esto no es así. El tribunal de segunda instancia estaría compuesto por el Contralor General y dos abogados que cumplirán ciertos requisitos y serían funcionarios de la Contraloría, pero con un estatuto propio. Tendrían garantías de inamovilidad y su única función sería integrar el tribunal; por ello su remuneración sería fijada por asistencia. Será un órgano de la Contraloría, colegiado, formado por jueces permanentes e inamovibles, con lo que se daría observancia a la Constitución Política, la cual señala que es la Contraloría quien juzga las cuentas y no el Contralor. En el mismo sentido se pronunciaron los profesores de Derecho Constitucional que consultó esta Comisión durante el primer informe, señores Cumplido y Bruna”.

(Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, Historia de la Ley, citada página 154.)

Segunda Instancia, aliviándolo del peso de una situación difícilmente defendible ante el Código Orgánico de Tribunales e incluso de dudosa constitucionalidad.⁵⁻⁶

Finalmente, es parte en el pleito el Fiscal de la Contraloría General, si bien la demanda debe ser interpuesta por el Jefe de la oficina de la Contraloría General o contralor regional que hayan practicado el examen de cuentas, fundamento de dicha demanda.

Todos los anteriormente mencionados son funcionarios de dependencia del Contralor, más aún, lo son de su confianza, ya que de acuerdo al artículo 46 inciso primero de la ley 10.336 el Contralor “podrá designar libremente al personal de la planta profesional y técnica”.

En nada contribuye este andamiaje a la independencia e imparcialidad del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia.

Pero, unido a esta situación, se plantea el problema de la subrogación del Contralor, contenida en un auto acordado de fecha 12 de abril de 2004 y complementada el 6 de mayo de 2004.

La defensa de la constitucionalidad de este auto acordado ha sido efectuada sobre las siguientes bases:

(1) “...para el caso del auto acordado dictado por el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, debe manifestarse que dicha normativa no establece ni contempla trámites de manera exclusiva, ni los crea, en tanto su misión es hacer expresamente aplicables, por mandato del artículo 3º del Código de Procedimiento Civil, las normas que ha estimado pertinentes para contemplar el procedimiento establecido para el juicio de cuentas”.⁷

(2)...” en razón de lo anterior, debe hacerse notar que cualquier observación que pretenda hacerse sobre la posible inconstitucionalidad del auto acordado del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, resulta improcedente, como quiera que en él no se

⁵ Como sabemos son aplicables a los miembros del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia las causales contempladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Normalmente se ha entendido que no procederá la recusación amistosa. Ello porque al Código Orgánico se remite la ley 10.336 nominativamente a los artículos 195 y 196, en tanto que recusación amistosa del artículo 124 del Código de Procedimiento Civil no está comprendida en el reenvío del artículo 121 de la ley Nº10.336. Me parece una razón débil. Si la ley 10.336 no dice nada, nada dice. Hay una laguna. Debe aplicarse el Código Civil (artículo 4º) y el Tribunal podría acceder a la recusación amistosa al aplicar la norma del artículo 121 Código Procedimiento Civil.

⁶ Desde el punto de vista constitucional, la composición del Tribunal de Segunda Instancia puede ser objetada ante por el Tribunal Constitucional en virtud del numeral 6º del artículo 93: “Son atribuciones del tribunal Constitucional... Nº 6 Resolver, por la mayoría de los miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución”. Recordemos que “en el caso del Nº 6, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley: a esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha organizado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

⁷ CARLOS HANSEN, obra citada pág. 82.

legisla, sino que se complementa con el único fin de hacer más expeditas las normas relativas al debido proceso legal como garantía constitucional.”⁸

Si bien he sostenido que sólo por mandato de la ley un tribunal puede dictar auto acordados⁹—cosa que no ocurre en el caso del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia— las argumentaciones antedichas no son aplicables a la disposición del autoacordado acerca de la subrogación del Contralor, pues para ello hay habilitación expresa y no debió ser incorporada al autoacordado.

Dispone esta norma: “Para los efectos de lo dispuesto por el artículo 122 inciso segundo de la ley 10.336, el Contralor General, en su calidad de miembro del Tribunal, será subrogado por *el abogado que corresponda de acuerdo con el escalafón de la Contraloría General*, con excepción del Fiscal y del funcionario que haya formulado el reparo, siempre que no haya prevenido en el conocimiento del asunto y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 121 de esa ley.”¹⁰

Ahora bien, en la práctica, como los abogados jefes de División siempre pueden estar ante casos de formulación de reparos, el Jefe de la División Jurídica subroga al Contralor, el cual habitualmente no preside el Tribunal.¹¹

Jurídicamente, parece claro que este numeral agregado por el N°1 del Auto Acordado del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia el 6 de mayo de 2004 no debió ser parte del Auto acordado. No puede ampararse en un supuesto mandato del Código de Procedimiento Civil en su artículo 3°: “Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no están sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”.

Esta norma de subrogancia es una norma de naturaleza orgánica, no de procedimiento.

Es cierto que complementa, pero agrava la falta de independencia del Tribunal y por ello no puede decirse que “hace más expeditas las normas relativas al debido proceso

⁸ CARLOS HANSEN, obra citada, *ibidem*. El autor concluye que “lo óptimo sería que las materias que se regulan a través de su autoacordado sean sometidas al control de constitucionalidad que efectúa el Tribunal Constitucional”. Concurdo con esta conclusión, pero el N° 2 del artículo 93 sólo da competencia al Tribunal Constitucional para “resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones”. Ello sin perjuicio de poder recurrir al tribunal Constitucional por la vía del artículo 93 N°6, como lo sostengo en la nota 6. Se puede argumentar que se atenta contra el artículo 19 N° 3 de la Constitución y que el legislador al dejar estas lagunas no cumple con los deberes que le impone la Constitución en ese numeral y en el artículo 19 N° 26, afectando derechos constitucionales del demandado.

⁹ JORGE PRECHT PIZARRO: “La supremacía constitucional y los autoacordados” en Revista de Derecho, Facultad de derecho, Universidad Austral de Chile, diciembre de 1992, página 53 a 64.

¹⁰ El autoacordado no se apoya enteramente en el artículo 122, inciso 2° de la ley 10.336. En efecto, es el tribunal que debe establecer el orden de prelación. El autoacordado no fija un orden de prelación, sino que señala que hay que atender al escalafón de la Contraloría.

¹¹ El problema se agrava porque el Jefe del Departamento Jurídico puede quedar inhabilitado si hace uso de la atribución de la letra f) del artículo 33 de la Ley Orgánica: “Dictaminar en derecho sobre las apelaciones deducidas contra las resoluciones de primera instancia en los juicios sobre cuentas, proponiendo al Contralor la resolución definitiva que, a su juicio, corresponda dictar”.

legal”. La ley crea un águila bifronte (el Contralor); el auto acordado otra (el Jefe del Departamento Jurídico), por mandato de la ley.

El auto acordado dice apoyarse en el artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales: “Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asigna en los respectivos títulos de este Código”.

En parte alguna se asigna al Tribunal que comentamos facultades conservadoras. Además ya quedó demostrado que se está atentando (con la composición y subrogación) a derechos constitucionales, por lo que sería contra natura utilizar facultades conservadoras para precisamente violar los derechos a un tribunal independiente e imparcial, derechos que en Chile tiene toda persona.¹²

Se apoya también en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, entiendo que en su inciso cuarto: “Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código.”

Me parece invocable el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, pero si hay norma especial expresa en el artículo 122, inciso segundo de la Ley Orgánica de la Contraloría, no parece adecuado apoyarse en él, existiendo norma especial para el caso: “El Contralor General, en su calidad de miembro del tribunal de segunda instancia, en caso de impedimento o ausencia, será subrogado por el abogado reemplazante que corresponda, de *acuerdo con el orden de prelación que fije el tribunal*.”

No veo la necesidad de insertar tal norma en el Autoacordado. A mi juicio debió ser una resolución separada, un acuerdo del Tribunal.

En la medida en que se incluyó en el Autoacordado se expone a las críticas contra el autoacordado mismo.

Esta norma del Autoacordado ha seguido la interpretación que ha dado a este inciso la “jurisprudencia administrativa” de la Contraloría, pero tal “jurisprudencia” no empece al Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia.

Ahora bien, ello significa que hoy por hoy siempre deberá ser un funcionario de Contraloría el subrogante del Contralor y según el Autoacordado en el orden del escalafón de la planta.

Pero si se examina el artículo 122, inciso segundo, nada obsta a que el Tribunal decidiera que el subrogante no fuera un dependiente del Contralor sino otro de los miembros del tribunal y de acuerdo a la antigüedad de la fecha de su nombramiento, entrando a reemplazar al miembro titular uno de los miembros suplentes, para completar los 3 jueces.

¹² Cuando se altera la independencia e imparcialidad de un tribunal y se somete a él a una persona se viola el “derecho al Juez natural” y en el hecho se constituye una “comisión especial”. Estas aristas de inconstitucionalidad también violan el artículo 19 N° 3. Véase: JORGE PRECHT “El derecho al juez natural y la dignidad de la persona”. En XXV Jornadas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso (1994).

Ello es mucho más conforme a la independencia e imparcialidad del Tribunal¹³.

CONCLUSIÓN

La ley N° 10.336 en su artículo 118 inciso primero establece como miembro del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia al Contralor General de la República, el cual además preside el Tribunal. La presencia del Contralor en dicho Tribunal atenta contra la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional. Coloca además a la persona del Contralor en una situación insostenible, obligándolo a desdoblarse.

Sólo la prudencia de los Contralores ha podido salvar este escollo hasta el momento.

El presente trabajo sostiene la inconstitucionalidad de esta situación en relación al artículo 19 N° 3, 19 N° 26 y 5º. inciso segundo de la Constitución y el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La competencia del Tribunal Constitucional está asegurada por el 93 N° 6.

Todo apunta, entonces a la necesidad de una reforma legal que excluya al Señor Contralor de este Tribunal y de la designación de los miembros de la Comisión. Recuérdese que la Constitución no dice que al “Contralor” le corresponde el juzgamiento, sino que es a la “Contraloría” a la que la Constitución le entrega tal cometido, por lo cual la eliminación del Contralor del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia es sólo materia de ley y no de Reforma Constitucional.

Como por mandato del artículo 121 de la ley 10.336 se aplican a los miembros del tribunal de segunda instancia las causales de implicancia y recusación que contemplan los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, el propio Contralor podría ser inhabilitado. A mi entender cabe asimismo la recusación amistosa establecida en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil.

La subrogancia del Contralor está prevista, en caso de impedimento o ausencia. La ley no se ha puesto en el caso de implicancia, recusación, pero a mi juicio también la norma del artículo 122 en cuanto a subrogancia opera para estas otras situaciones, pues el artículo 121 habla de implicancia y recusación de los “Miembros del Tribunal de Segunda Instancia”, sin excluir al Contralor.

Ahora bien, la norma del inciso 2º del artículo 122 habla del “abogado reemplazante que corresponda”, fórmula que deja abierta la posibilidad de que dicho abogado sea otro de los miembros titulares del Tribunal.

Es facultad del Tribunal de Segunda Instancia fijar el orden de prelación.

¹³ Dice el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado: “En relación con el numeral 13 (que pasa a ser 15), la Comisión compartió los puntos de vista de los profesores señores Cumplido y Bruna, en el sentido, que no hay inconstitucionalidad si, al interior de la estructura de la Contraloría General, se crea un órgano especial, que tenga a su cargo el juzgamiento de las cuentas en segunda instancia, y se establece un estatuto particular para sus integrantes” (Historia de la ley, citada, página 154).

Lo lógico entonces, para asegurar la independencia y la imparcialidad del Tribunal, es modificar el N° 1 del actual Autoacordado; entiendo que la subrogancia del Contralor debe ser ejercida por el abogado miembro titular del Tribunal de acuerdo a la antigüedad de su nombramiento. En dicho caso el Tribunal se integrará con uno de sus miembros suplentes.

Este cambio legal y del autoacordado del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia que establece la actual subrogancia del Contralor es exigible al Estado de Chile por la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que estando en juego el artículo 8.1 de dicha Convención el Estado Parte tiene el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, conforme al artículo 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviese ya garantizado por las disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.¹⁴

¹⁴ Debe tener presente que este problema fue claramente visualizado por el profesor Bruna, quien instó a precisar qué debía entenderse por “abogado reemplazante que corresponda”, cosa que el Senado no hizo, quedando el artículo 122, inciso 2° de la Ley Orgánica de la Contraloría, abierto a la interpretación. Dijo Bruna: “Agregó que en el inciso segundo del artículo 122 se dice que el Contralor dentro del Tribunal, Será subrogado por el abogado reemplazante que corresponda”. Hizo ver que no se sabe si se alude a uno de los abogados miembros del tribunal, al reemplazante de uno de ellos, o a un abogado de la Contraloría. Convendría aclarar esto...” (Historia de la ley N° 19.817. Diario Oficial, 26 de julio 2002, página 109).