

Notas sobre el control de legalidad de los actos de la Administración[•].

Luis Cordero Vega^{*}.

1. Características de la CGR.

La CGR atendida sus atribuciones tiene una serie de características que singularizan su posición considerando los mecanismos de control vigentes en Chile.

1.1 Es un órgano constitucional.

Se afirma que los órganos de control externo han adquirido históricamente una gran importancia y protagonismo en los sistemas democráticos, en la medida que su razón de ser lleva intrínsecamente relacionada una función de equilibrio entre los distintos poderes del Estado. En nuestra opinión la función fiscalizadora que desempeña la Contraloría en cuanto órgano de control externo permite garantizar un equilibrio entre los diferentes poderes públicos, siendo su existencia clave para explicar la correlación de fuerzas en nuestro Estado democrático.

De ahí, entonces, que el carácter de órgano constitucional es fundamental para la existencia de la CGR. En efecto, se encuentra regulada en los artículos 98 y 99 de la CPR, y por mandato de ella misma en una LOC. El carácter constitucional lo tiene como consecuencia de la ley de reforma constitucional N° 7.727, del año 1943. La Constitución de 1980 se diferencia en forma importante de la de 1925, pues otorga un capítulo aparte a la Contraloría; la del 25 sólo le concedía un artículo.

[•] Extracto del Apunte sobre Control Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006..

^{*} Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Se agradecen comentarios a lcordero@derecho.uchile.cl

Este reconocimiento supone que la CGR es un órgano constitucional y no uno constitucionalmente relevante¹. En efecto, en tal calidad es la Carta Fundamental la que no sólo la denomina, sino que establece el núcleo de sus competencias públicas, que por ese hecho se transforman en únicas exclusivas y excluyentes².

1.2 Es un órgano constitucional autónomo.

El artículo 98 de la CPR señala que “un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá (...)”.

De la precitada disposición se evidencia, que la CGR queda comprendida dentro de la denominada categoría de órganos constitucionalmente autónomos. Estos son organismos que presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a la Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones.

Son organismos que están al margen de los vínculos jurídicos-administrativos, pues escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela; se autodeterminan, funcional y administrativamente, y sus directivos son autoridades inamovibles. Son, en definitiva, organismos acentralizados.³

Como señala el Tribunal Constitucional⁴ en relación a la autonomía "suele haber imprecisiones derivadas de su significado etimológico y semántico. En

¹ Distinción que comenzó con JELLINEK, *Teoría General del Estado*, ob. cit.; en el mismo sentido GARCÍA PELAYO, M., “El status del Tribunal Constitucional”, en *REDC*, N° 1, 1981 págs. 11 y sgts.

² Efecto de esta concepción es el debate que se encuentra detrás del debate en la contienda de competencia entre la CGR y los tribunales superiores de justicia, sobre el control judicial de la toma de razón como competencia constitucional, que analizaremos.

³ PANTOJA BAUZÁ, R., *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 311 a 313.

⁴ SSTC Rol N° 78, C. 17 a 19; Rol 216, C. 6 a 8.

verdad, "autonomía" significa el poder de darse su propia ley o norma, poder que, aplicado a un órgano administrativo, puede resultar equívoco, puesto que la administración está subordinada a la ley y sus órganos sólo pueden estar regidos por las normas que sean o deriven de la ley. Como la competencia que se radica en los órganos o servicios descentralizados es para administrar determinados intereses sin la jerarquía del Poder Central, sería más bien una situación de "autarquía" la de estos entes: autarquía significa la atribución de administrar por sí mismo.⁵ Agrega, también, que la autonomía no consiste tanto en la potestad reglamentaria del órgano autónomo "cuanto en la facultad de realizar su cometido administrativo sin sujeción a la jerarquía del poder central.". Que, también el profesor Enrique Silva Cimma en su obra "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", dice, refiriéndose a la autonomía de ciertos órganos del Estado: "De allí es que, tratándose de los entes o servicios autónomos que el legislador crea para satisfacer una función pública determinada, el principio de la jerarquía administrativa desaparece en relación al Supremo Administrador del Estado, y aquellas actividades pasan a desarrollarse con independencia más o menos amplia, según sea el ámbito espacial y legal de esa autonomía. "Naturalmente que, siendo doctrinariamente esta denominación de índole general, pueden quedar comprendidas dentro de ella las instituciones personificadas de la más diversa índole. En otras palabras, hablamos de "entes autónomos" en oposición a "servicios dependientes de la Administración Central"; y es por eso que podrán ubicarse dentro de aquella terminología tanto los servicios que se denominan establecimientos públicos, como los que en Chile son llamados servicios o instituciones fiscales, semifiscales y empresas del Estado. Y todos ellos son órganos de administración autónoma, porque con más o menos extensión disponen de

⁵ STC Rol N° 216; C 7°.

atribuciones administrativas que han de ejercer con independencia del Poder Central y sin quedar -insistimos- subordinados a él"⁶.

La CGR, entonces, es un organismo constitucionalmente autónomo, con lo cual se inserta en el mundo administrativo como organismos acentralizado, sometido sólo a la Constitución y la ley.

Sin embargo, la circunstancia que determinados organismos de la administración sean autónomos, no significa que quedan al margen de ella. La autonomía sólo tiene como efecto desvincular al órgano de un centro de decisiones que condicione, dirija o planifique las funciones.

Por tanto, al ser autónoma, se encuentra sometida a la Constitución y a la ley. Es decir, el hecho que este organismo sea autónomo, no significa que tenga un poder de autorregulación equivalente al legislador. El legislador es el que condiciona, dirige o planifica la actividad de dicho organismo.⁷

En síntesis la CGR tiene autonomía orgánica y funcional. Desde la perspectiva orgánica, significa que no recibe instrucciones ni está sujeto a la dependencia jerárquica de otros órganos constitucionales. Las otras autoridades no tienen otra intervención en ella que no sea la designación del Contralor General. Este es nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado. Desde la perspectiva funcional, significa que les corresponden una competencia y una función pública privativa, definida por la Constitución y su LOC y que ejerce con independencia de los otros órganos del Estado. Esta función es eminentemente fiscalizadora⁸.

En consecuencia, la Contraloría, según su autonomía constitucional, no puede ver afectadas sus atribuciones ni menos que estas se supediten al control de

⁶ Idem.

⁷ CORDERO VEGA, L., "La Autonomía Constitucional", *Semana Jurídica*, Editorial Jurídica Conosur Ltda, N° 34, Santiago de Chile, 2001, p. 6.

⁸ CARMONA, C., ob. cit., pág. 4.

otras entidades o poderes del Estado, pues lo contrario significaría que esta sería una mera instancia de resolución, cuyo manejo y control estaría supeditado a otros órganos públicos⁹.

Sin embargo, en torno quizá a la competencia más relevante reconocida en la Constitución al ente contralor como es la toma de razón, es cuando se ha puesto en examen el carácter autónomo de sus competencias. Esta es las contiendas de competencias que durante la década de los 90 el Senado resolvió frente a los tribunales superiores de justicia.

En ocho oportunidades, desde 1993 en adelante, la Contraloría General de la República ha planteado una contienda de competencia ante el Senado respecto de recursos de protección interpuestos contra la toma de razón efectuada por ella o contra la abstención de dicho acto. Estas evidenciaron dos formas de enfrentar los medios de control de la Administración, la institucional y la judicial¹⁰.

En síntesis la CGR ha sostenido que la toma de razón no es posible que sea impugnada mediante el recurso de protección¹¹, pues su propósito es precisamente resguardarlo. La Contraloría es un organismo autónomo, lo que significa que la Constitución le garantiza la más absoluta independencia respecto de los demás órganos del Estado, de manera que el Contralor al ejercer la función de toma de razón, en la medida que lo haga en los casos

⁹ Dictamen N° 39570/00.

¹⁰ Vid. OLGUIN RICHTER, A., *Estudio de las contiendas de competencia promovidas por la Contraloría General ante el Senado de la República*, Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, 2002; ALDUNATE LIZANA, “La protección al acaño: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, *RDUCV* N° 20, 1999, pp. 225 y sigas; FERNÁNDEZ, M.A., “Procedencia del recurso de protección a propósito de una contienda de competencia”, *RDUACH* N°7, 1996, pp. 47 y sgts; RÍOS ALVARÉZ, L., “Contiendas de competencia”, *GJ* N° 168, 1994, pp. 7 y sgts.;

¹¹ Vid. ITURRIAGA, O., “Opinión de la Contraloría General de la República sobre contienda de competencia”, *RDUFT* Año I, N° 1, 1993, pp. 63 y sgts.

previstos en nuestro ordenamiento jurídico y con la debida oportunidad, sólo cumple con el deber constitucional que le impone la Constitución de efectuar el control de legalidad de los actos de la Administración. Tal como lo demuestra la historia fidedigna de la CPR uno de los límites del recurso de protección es que no pueda desordenar las competencias de los diversos órganos, pues implicaría alterar la reglas de competencia constitucional, lo que implica que una Corte de Apelaciones no puede entrar al fondo de la decisión de toma de razón, lo que bajo ningún evento genera indefensión de los afectados.

En cambio los tribunales han sostenido que no existe tal contienda por que¹² la toma de razón no es un acto jurisdiccional. Este es un acto administrativo previo, indispensable para la validez del acto administrativo que se revisa, como tal no conlleva ni puede conllevar el ejercicio de jurisdicción, lo que significa que las Cortes de Apelaciones, por su parte, no pueden abstenerse conocer de un recurso de protección válidamente interpuesto, como consecuencia del principio de la inexcusabilidad. No es razonable confundir la toma de razón con sus consecuencias, una cosa es la potestad administrativa, privativa y excluyente que el Contralor General tiene el trámite de toma de razón con las consecuencias del ejercicio de dicha facultad, lo que supone que la autonomía constitucional de que goza la CGR no puede ser invocada como argumento para eximir del control jurisdiccional la toma de razón, pues el rol de los tribunales al de la CGR, en el sentido de que a estos les corresponde esencialmente la tutela de derechos de las personas, de manera que invocar la improcedencia del recurso de protección es dejar en la indefensión a los ciudadanos.

¹² Vid. LIBEDINSKY TSCHORNE, M., “Opinión de la Corte Suprema sobre contienda de competencia”, *RDUFT* Año I, N° 1, 1993, pp. 75 y sgts.

En todas las oportunidades en que el Senado le ha tocado resolver las contiendas planteadas por la Contraloría General de la República ha resuelto a favor de este organismo. Ha señalado que el Contralor, en la medida que ejerce el control de legalidad en los casos previstos en nuestro ordenamiento jurídico y con la debida oportunidad, sólo cumple con el deber fundamental que le impone los artículos 98 y 99 de la Carta Fundamental. Aceptar la impugnación de la toma de razón mediante un recurso de protección importaría reconocer a la Corte de Apelaciones la facultad de revisar el fondo de la resolución adoptada por dicha autoridad en el ejercicio de su función privativa. De este modo, la única posibilidad de interponer un recurso de protección contra la Contraloría por el ejercicio de la toma de razón, es que éste se funde en que la Contraloría ejerce dicha facultad fuera de los casos previstos y en forma inoportuna.

1.3 En principio se encuentra sujeta a su control la totalidad de la Administración pública e incluso privados.

De conformidad a la CPR la CGR ejerce el control de legalidad sobre los “actos de la Administración”, fiscalizar el ingreso y la inversión de los “fondos del fisco, las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes”; examinar y juzgar las cuentas “de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades”.

De este modo resulta evidente que la Carta Fundamental tiene vocación de universalidad para el control de la Administración¹³, en otros términos para el complejo orgánico de carácter técnico y profesional que ejerce la función administrativa, incluidos los municipios (art. 38)¹⁴.

¹³ Ver en este sentido SILVA BASCUÑAN, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. IX, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 186 y sgts.; VARGAS POBLETE, F.E., *La Contraloría General de La República a la luz de las Actas Oficiales de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política*, Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, 2000.

¹⁴ Sobre el control pleno de la CGR ver SSTC Rol 92 y 178.

Sin embargo, el legislador sistemáticamente durante muchos años ha ido excluyendo órganos administrativos del control de la Contraloría, lo que para algunos es de dudosa constitucionalidad¹⁵.

En efecto, el artículo 16 de la LOCCGR establece que “[L]os servicios, institucionales fiscales, semifiscales, organismos autónomos, empresas del Estado y en general todos los servicios públicos creados por la ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República (...)”. A continuación el inciso segundo señala que “[T]ambién quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional”.

En relación a los órganos y servicios por ejemplo, el artículo 53 de la LOCM excluye a los municipios del trámite de toma de razón, en el mismo sentido, y amparado en su carácter constitucional, no se encuentra sujeta a su control ni el Banco Central y tampoco el Ministerio Público.

En el caso de las Empresas del Estado, como consecuencia de la interpretación del contenido y redacción del artículo 19, N° 21, en el sentido

¹⁵ AYLWIN, A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, en *20 años de la Constitución Chilena. 1981 – 2001*. (Editor Enrique Navarro B.), Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2001, pág. 603.

Sobre la huida del control público ver SILVA CIMMA, “La errada tesis del desmantelamiento de lo público”, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990 – 2000*, (Coord. Rolando Pantoja), Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, p. 180.

que el Estado empresario debe someterse a las normas del “derecho común”, llevó al legislador a desprender el control público por parte de la CGR¹⁶. Por ejemplo, el artículo 14 del DL N° 2758, de 1979, sobre negociación colectiva, permitió que el Presidente de la República por la vía de un DFL modificara “el régimen jurídico de las empresas del Estado, con el objeto de que puedan someterse a las disposiciones” de dicha ley. Específicamente permitió “derogar normas limitativas de remuneraciones”, “establecer el régimen laboral a que éste quedará sujeto”. Por otra parte, el artículo 20 del DL N° 2950, del mismo año, señaló que en las empresas a las que se aplicaba el anterior DL “las normas jurídicas que rigen las relaciones laborales de dichas empresas y sus trabajadores quedarán sujetos al criterio formal aplicable al sector privado en lo concerniente a la interpretación, fiscalización y control de su cumplimiento. *Para estos efectos no serán considerados servicios públicos*”, lo cual ha impedido la fiscalización adecuada de las remuneraciones de las Empresas del Estado.

En el mismo sentido se expresó la ley N° 19132, de 1992, que estableció a Televisión Nacional como “persona jurídica de derecho público”, “empresa autónoma del Estado” (art. 1°), siendo aplicable las normas de la precitada ley “y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen las sociedades anónimas abiertas” (art. 35). Por esta razón la empresa queda “sujeta a la tuición y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros (...)” (art. 33), quedando afecta al control de la CGR en “los mismos casos, oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima

¹⁶ En las discusiones de la ley N° 19170, de 1992, que modificó las reglas de la Empresa de Ferrocarriles del Estado se sinceró este objetivo. En efecto, se sostuvo que asimilar las empresas del Estado al régimen privado busca equiparar “para que pueda competir en igualdad de condiciones sin beneficios adicionales, pero tampoco con otros gravámenes, en el sector privado”. “Sin duda un ente como la Contraloría no podría efectuar auditorías a una empresa privada que desarrolla una actividad productiva, pues ello sería absolutamente paralizante”. Intervenciones de los H. Senadores Otero y Zaldívar (Andrés), *Diario de sesiones del Senado*, sesión 61, 20 de mayo de 1992.

privada abierta”. (art. 34). Similar criterio aplicó a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, mediante la ley N° 19170, de 1992. (art. 38 y 40).

No obstante lo anterior, la CGR puede excepcionalmente fiscalizar órganos completamente privados, siempre y cuando se de una condición: sean receptoras de fondos públicos, de lo contrario existe incompetencia¹⁷. En efecto, el artículo 25 señala que la CGR puede fiscalizar “la correcta inversión de los fondos fiscales que cualquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada. Esta fiscalización tendrá solamente por objeto establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad”. Con el objeto de permitir una mejor fiscalización se dictó la ley N° 19862, de 2003, por medio de la cual se establece un registro de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos, imponiendo como obligación, entre otras, la inclusión en dicho registro de el “resultado de los controles efectuados por la Contraloría” (art. 4°).

1.4 No puede ejercer sus competencias mientras existan asuntos litigiosos.

De acuerdo a lo previsto en Ley N° 10.336, artículo 6°, inciso tercero, la CGR no puede intervenir ni informar en asuntos que por su naturaleza sean propiamente litigiosos o estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, disposición que tiene por objeto evitar que este Organismo de Control entre a dictaminar acerca de materias entregadas al conocimiento del Poder Judicial, a fin de garantizar la no intervención en el ejercicio de las atribuciones que, privativamente, le corresponden a ese Poder del Estado.

La jurisprudencia administrativa ha concluido que este principio es válido tanto tratándose de juicios pendientes como, con mayor razón, respecto de aquellos en que ya se dictó fallo en cuanto al fondo del problema jurídico

¹⁷ Vid. Dictamen N° 28972, de 1998.

sometido a su conocimiento. En consecuencia, existiendo ya un pronunciamiento de un Tribunal de Justicia sobre el mismo asunto planteado por el peticionario, la CGR debe abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la materia¹⁸.

Sin embargo, una vez pronunciado un dictamen este se debe aplicar, sin perjuicio de las acciones judiciales que contra el se ejerzan. En otros términos la acción judicial contra un pronunciamiento de Contraloría o como consecuencia de él no lo transforma en litigioso para efectos del artículo 6º, pues la CGR ya se pronunció por lo cual sólo cabe aplicarlo¹⁹. Es más no puede ejercer un órgano administrativo una acción judicial en contra de un dictamen para transformarlo en litigioso y por esa vía suspender sus efectos “porque la aplicación de ese criterio, puede afectar las facultades que constitucional y legalmente le asisten, y avalaría el incumplimiento de los dictámenes por servicios sometidos a su fiscalización”²⁰. En este sentido “no puede aceptarse el uso por los municipios de cualquier vía jurisdiccional como mecanismo destinado a solucionar diferencias de opinión respecto de la interpretación de las normas administrativas efectuada por Contraloría en ejercicio de sus facultades, mediante la emisión de dictámenes obligatorios para dichos servicios, sin desmedro que puedan solicitar la reconsideración de los mismos, forma normal de revisión de las decisiones de esta entidad, pues de admitirse que cada vez que un alcalde no este conforme con lo resuelto por Contraloría, pueda impugnar el acto por vía judicial, menoscabaría las

¹⁸ Dictamen N° 17116, de 2005. En el mismo sentido Dictámenes N°s. 5.485, de 1994 y 28.455, de 1996)

¹⁹ Señala la jurisprudencia que “la interposición de acciones judiciales por parte de los servicios públicos fiscalizados por contraloría, no inhibe a este organismo fiscalizador para ejercer las facultades que el ordenamiento constitucional y legal le confieren. Por tanto, la Universidad debe, pese haber iniciado juicio respecto de la situación de ex académico, dar cumplimiento a los dictámenes emitidos con anterioridad por Contraloría, en ejercicio de sus atribuciones”. Dictamen N° 11752, de 2003.

²⁰ Dictamen N° 39570, de 2000. En este sentido dictámenes 32981/99, 49449/99, 138/98.

facultades que, en cuanto organismo superior de control de la Administración, le confiere el ordenamiento jurídico institucional y coloca al servicio fiscalizado en una situación de rebeldía e incumplimiento de una obligación que le impone aquel, pues cuando se deja de cumplir un dictamen lo que se incumple es la norma interpretada legítimamente, dado que un dictamen es la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo y es a Contraloría a quien la Constitución y la ley encarga ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración y, entre otras la faculta para emitir tales pronunciamientos en derecho, los que son obligatorios tanto para la autoridad del servicio como para sus funcionarios afectados y encargados del cumplimiento”²¹.

En el mismo sentido, la CGR no se puede pronunciar sobre el cumplimiento de cláusulas contractuales establecidas en un contrato público y que se refieren a los comportamientos de la Administración, aunque sea aprobada por un acto administrativo, pues constituirían hechos de carácter litigioso que sólo serían competencias de los tribunales ordinarios y no del órgano contralor²².

En otras circunstancias para la jurisprudencia administrativa si un órgano estatal y el afectado tienen versiones diferentes sobre los hechos de un asunto, es por esa sola circunstancia litigioso pues para su resolución cada parte en conflicto deberá probar sus dichos, debiendo someterse al conocimiento de tribunales²³.

²¹ Ibidem.

²² Vid. Dictamen N° 44930, de 2002. En el mismo sentido dictámenes 13793/2002, 6351/2000, 25190/89, 24885/90, 17660/97.

²³ Dictámenes Nros. 28704/81, 13321/93 y 5666/01.

1.5 Funciones y atribuciones.

Según el artículo 98 de la CPR la CGR tiene las siguientes funciones y atribuciones:

1. Ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, que de conformidad al artículo 99 se realiza a través de la toma de razón.
2. Fiscalizar el ingreso y los fondos del fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes.
3. Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a cargo dichos bienes.
4. Llevar la contabilidad general de la nación.
5. Las demás que determine su ley orgánica. Entre ellas destacan.
 - a. Emitir dictámenes jurídicos²⁴.
 - b. Registro del personal de la Administración del Estado.
 - c. Registro de las declaraciones de intereses.
 - d. Recopilar y editar leyes, reglamentos y decretos de interés general.

Las funciones definidas en la Constitución y la ley implican el ejercicio de una competencia privativa y constitucional de control, distinta a la Administrativa

²⁴ En cumplimiento de esta facultad la CGR debe interpretar las normas legales y ejercer un control de legalidad, mediante la emisión de dictámenes obligatorios, los que deben ser cumplidos, sin perjuicio de que el Servicio y/o las personas afectadas con dicho pronunciamiento, puedan solicitar reconsideración de él, mecanismo administrativo normal para revisar las decisiones de este Ente Fiscalizador. Dictamen N° 31581, de 2005.

De acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia administrativa, los dictámenes de la Contraloría General no sólo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general. Dictamen N° 5698, de 2005. Con igual criterio Dictamen N° 34.053, de 1999.

En este sentido los dictámenes “constituyen la doctrina vigente de [la] Contraloría sobre [un asunto], [pues] al limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado”. Dictamen N° 2406, de 1998.

a la cual hace mención el artículo 24 y siguientes de la CPR, cuestión que corresponde al Presidente de la República (art. 24) y a la Administración activa (art. 38).

Por esta razón, los pronunciamientos de la CGR sólo corresponde que sean expedidos en relación a acciones u omisiones que afecten a sujetos determinados y no a la comunidad en general ya que éstas afectan a cuestiones de oportunidad, conveniencia, mérito y oportunidad; de suceder de otro modo el rol de control de la Administración que realiza la CGR, se transformaría en la de gestión y co-administración de los servicios públicos, lo que significaría violentar las reservas institucionales reconocidas por la Carta Fundamental a cada uno de ellos²⁵.

2. El control de legalidad de los actos de la Administración.

2.1 Concepto.

El control de legalidad al cual hace mención el artículo 98 de la CPR se realiza según el artículo 99 mediante la toma de razón. Esta institución es la más característica del control público chileno, y diferencia a la Contraloría de las otras instituciones de control externo existentes en el Derecho comparado, regularmente vinculadas al control de fondos públicos, a través de instituciones relacionadas a las auditorías o a los Tribunales de Cuenta²⁶.

La toma de razón es una forma de fiscalización jurídica a la que deben someterse los actos de la Administración antes de que estos surtan efectos²⁷. Consiste en el análisis que el órgano de control efectúa sobre un acto administrativo para verificar la conformidad con el derecho objetivo, lo que

²⁵ Vid. Dictamen N° 1896, de 1999.

²⁶ AYLWIN, A., ob. cit., pág. 602.

²⁷ ARÓSTICA, I., “El trámite de toma de razón de los actos administrativos”, en *RDP* N° 49, 1991, pág. 132.

supone la verificación de la juridicidad de los actos de la Administración²⁸. Se traduce en la práctica, en un juicio lógico entre norma y acto, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentran debidamente justificadas.

Lo que se pretende con este control es impedir la vigencia y aplicación de actos de la Administración que son contrarios al mismo, lo que no impide que posteriormente sean impugnables ante los tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional, bajo las modalidades que establece la Constitución y la ley.

2.2 Características.

2.2.1 Es un control objetivo.

Esto supone que este control se realiza de conformidad a unos estándares normativos, jurídicos abstractos, establecidos con anterioridad de manera tal que suponen criterios establecidos, que debe ser utilizados por un órgano imparcial, en el sentido de que no se encuentra sometido a un control jerárquico propio de la Administración activa. Su objetivo es buscar la conformidad del acto con el ordenamiento positivo; se busca constatar la corrección jurídica, la conformidad con el derecho, para con ello velar por la integridad del orden jurídico, gozando incluso de poderes impeditivos.

El problema es la delimitación de este estándar en relación a la finalidad y conveniencia de las decisiones. La jurisprudencia administrativa ha señalado que el control de mérito o finalidad de los actos administrativos corresponde a la Administración activa y no a la CGR de manera que constituyen

²⁸ RECARBARREN DELGADO, R., *La toma de razón de los decretos y resoluciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, pág. 69.

competencias privativas²⁹, de lo cual se deduce que estos elementos no forman parte del parámetro de control objetivo³⁰.

Sin embargo, el problema se suscita cuando la diferencia resulta difícil de apreciar. Esto sucede en particular en el ejercicio de competencias disciplinarias por parte de la Administración activa. En efecto, sostiene la CGR que “aunque la Administración activa no se encuentra en el imperativo de aplicar en definitiva las mismas medidas propuestas por Contraloría [en un procedimiento disciplinario], ello no puede significar una infracción a la legislación vigente, ni al principio de juridicidad previsto en los artículos 6 y 7 de la CPR y 2 de LOCBGAE, toda vez que las resoluciones que dicte la autoridad administrativa, sean sancionatorias o absolutorias, se encuentran sometidas al control de juridicidad de esta entidad, estén o no afectas al trámite de toma de razón. Por consiguiente, pueden ser representadas”³¹ por el órgano contralor.

Este criterio también ha sido utilizado en lo relativo a gasto público, en tanto dispone que no le corresponde a la CGR definir los destinos de los recursos públicos para el financiamiento de actividades que claramente corresponden a las funciones de Gobierno y Administración; así como determinar el contenido de las políticas públicas por dicha vía. Sin embargo, ese cuestionamiento si es posible cuando, aun en el ejercicio de competencias privativas, la autoridad administrativa decide realizar gastos, aún en nobles

²⁹ Vid. Dictámenes Nros. 59030, de 1979; 24065, de 2002; 8479 y 52144, de 2003; 44074, de 2004; 315122, de 2005.

³⁰ Como afirma SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. V., ob. cit., p. 175, “si la competencia del Contralor comprende conocer y puntualizar los hechos que motivan el acto administrativo, no queda por cierto incluida en su tarea la apreciación de la conveniencia o inconveniencia del acto en relación a la situación que lo genera ni formular juicios acerca de la mayor o menor racionalidad, solidez o adecuación que se presenta dicho acto desde el punto de vista del problema que lo causa”.

³¹ Dictamen N° 32350, de 2005. En este sentido dictámenes 7744/2000, 43507/2000, 15999/2001, 23824/2003.

tareas, pero al margen de la legalidad presupuestaria, todo lo cual implica que no existe en ese caso un juicio sobre el mérito, sino sobre un estándar de control objetivo: la legalidad del gasto³².

2.2.2 Se realiza sobre los actos de la Administración.

Según el artículo 99 de la CPR los únicos actos sujetos a la toma de razón son los decretos y resoluciones. Estos, de conformidad al artículo 3° de la LBPA, son las formas de manifestación externa de los actos administrativos. Por esta razón, entonces, no se encuentran sujeto a trámite de toma de razón las instrucciones y otros actos de comunicación interna de la Administración. Pareciera razonable, que la toma de razón tiene sentido para los terceros, ciudadanos, que pueden verse afectados por la dictación de un acto ilegal o inconstitucional.

Sin embargo, en muchos casos la ley exime del trámite de toma de razón, por ejemplo a las municipalidades (art. 53. LOCM), o bien autorizan a eximir del este trámite³³. Esto es lo que sucede como consecuencia de la facultad conferida al Contralor para que pueda eximir “a uno o más ministerios o servicios del trámite de toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que conceden licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos, la exención sólo podrá referirse a decretos firmados “por orden del Presidente de la República”. Esta exención podrá ser concedida por plazos determinados y dejada sin efecto por el Contralor, de oficio o a

³² Cfr. Dictámenes Nros 47311, de 2002 y 25406, de 2003.

En el mismo sentido se ha pronunciado cuando se refiere a procesos calificatorios. Vid. Dictámenes 1932/93, 13796/94, 30739/98, 12412/97 y 25237/05.

³³ Sin embargo, la Contraloría exige que se sometán a las reglas del control de reemplazo, regulado en la Resolución N° 520, de 1996. Vid. Dictamen N° 612, de 2004.

petición del Presidente de la República, según sea el uso que se haga de tal liberalidad” (art. 10.5)³⁴.

La exención de la toma de razón se encuentra establecida en la Resolución N° 55, de 1992, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Resolución N° 520, de 1996³⁵. Dicha resolución sostiene que se exime de “toma de razón los decretos y resoluciones del rubro salvo los que se dicten sobre las siguientes materias consideradas esenciales”, sin perjuicio que para la jurisprudencia un mismo acto administrativo puede contener materias afectas y exentas del trámite de toma de razón³⁶. Como se puede apreciar la regla de la resolución de exención invierte el criterio establecido por la ley. Mientras esta permite la exención para “materias que no considere esenciales”, la resolución declara todo como no esencial, y deja la toma de razón para la esencialidad. Esta forma de configurar la exención ha sido criticada por la doctrina pues se afirma que de esta manera se convierte en excepcional el control preventivo que desempeña la Contraloría, resintiendo gravemente el control jurídico de la Administración³⁷. Sin embargo, la Contraloría ha justificado esta forma de

³⁴ La jurisprudencia administrativa señala que al eximir los actos administrativos de dicho trámite es una facultad exclusiva del Contralor, de manera que los servicios no pueden adjudicarse interpretaciones en tal sentido. Dictamen N° 37.503, 2004.

³⁵ A juicio de SOTO KLOSS la sola existencia de la competencia de exención en la ley es inconstitucional. En efecto, afirma que el precepto debe estimarse inconstitucional por cuanto literalmente la Carta Fundamental, al imponer el trámite, no contempla excepción alguna, de manera que, al conceder la ley orgánica facultades al contralor para eximir de tal trámite, en las materias que indica, la contradeciría manifiestamente. Para SILVA BASCUÑAN la norma no merece tacha de inconstitucionalidad si se tiene presente que el constituyente ha confiado categóricamente al legislador precisar los decretos y resoluciones que deben tramitarse en la Contraloría (art. 88.1), encargo que, formulado sin condición por el constituyente, permite al legislador autorizar al alto funcionario para definir materias que, por su menos trascendencia, no requieran el trámite. En SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. IX, ob. cit., pág. 202.

Este criterio fue el aceptado en la CENC (sesión 329, p. 1801), y por el propio Tribunal Constitucional (STC Roles Nros. 45 y 64).

³⁶ Dictamen N° 20.585, de 2004.

³⁷ SOTO KLOSS, E., *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pág. 395; en un sentido propósito, es decir,

proceder considerando el hecho de que sería imposible llevar a cabo las competencias de control sin afectar seriamente la eficiencia administrativa si se procediera de una manera diferente^{38, 39}.

La exención del trámite de toma de razón, no significa que se encuentre exento de control. En efecto, la resolución N° 520 establece lo que se denomina *control de reemplazo*. Este consiste que cada uno de los decretos y resoluciones que tenga la categoría de “exento” deben numerarse correlativamente de manera diferente a las otras resoluciones, con indicación expresa de que tienen la calidad de “exenta”. Los originales deben archivarse de manera independiente, con sus antecedentes, quedando a disposición de la CGR para su ulterior examen, cuestión que se realiza con visitas inspectivas *in situ*. (art. 7 y 8)⁴⁰.

Sin embargo, existen algunos actos administrativos, que atendidas las materias que contienen, deben pese a su carácter “exento”, quedar sometidos al trámite de registro (art. 10). El *registro* es un acto de ejecución material en virtud del cual la CGR incorpora a un registro público una relación detallada del contenido del acto administrativo de que se trate, que regularmente se

comprendiendo las razones pero recomendando una reforma legal FERRADA, ob. cit., pág. 616.

³⁸ Vid. ARÓSTICA, ob. cit., pág. 158.

³⁹ Durante la discusión de la Ley N° 20.044 (D.O. 23.08.2005), que autoriza a las Universidades Públicas (definidas como servicios públicos para la jurisprudencia) a contratar empréstitos u otras obligaciones financieras con el objeto de ordenar sus pasivos, se discutió la posibilidad de excluir del trámite de toma de razón los actos administrativos de estos órganos con el objeto de dotarlos de mayor eficiencia. Dicha tesis finalmente se desechó, entre otras razones pues la CGR, mediante dictamen N° 26019/04, sostuvo que una exención de estas características era extremadamente peligroso para el sistema jurídico, pues la inadvertencia de ilegalidades que se produciría permitiría consagrar situaciones jurídicas difícilmente enmendables con posterioridad, y que la toma de razón permite realizarlo hoy de manera adecuada.

⁴⁰ Vid. Dictamen N° 34.290, de 2003.

encuentra vinculada a materias relativas a personal y dotación⁴¹. Este es el sentido del artículo 10 de la resolución, y que además se ha incorporado como exigencia en materia de honorarios, como consecuencia de su conceptualización como dotación.

El problema central que se ha planteado es si mediante el trámite del registro puede la CGR ejercer un control de legalidad. Según la jurisprudencia administrativa esto es posible como consecuencia de que el velar por la legalidad del comportamiento administrativo es una competencia genérica de la Contraloría, toda vez que “la circunstancia de que el registro consista en una mera constancia o anotación material del acto respectivo en los registros de personal que este organismo fiscalizador lleva, no excluye, en caso alguno, el

⁴¹ SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 206.

Según la jurisprudencia administrativa esto explica que el registro busque precaver eventuales transgresiones de las disposiciones que en materia de incompatibilidades contempla la legislación. Dictamen N° 29.664, de 2001.

En este sentido sostiene la CGR que “ese trámite [el registro] no constituye prueba de legalidad, pues consiste en una mera constancia o anotación material del acto respectivo en los registros del personal que este Organismo lleva al efecto, lo que no excluye la posibilidad de que esta Entidad de Control, en virtud de sus facultades constitucionales y legales expresas mencionadas precedentemente, pueda fiscalizar, con posterioridad a dicho trámite, el cumplimiento de la ley por parte de los órganos de la Administración y en la situación planteada, de las Municipalidades, a través de la emisión de dictámenes, como ha sucedido en la especie, con el Dictamen N° 18.623, de 2005”. Como puede advertirse, este Ente de Fiscalización, por una parte, está obligado a registrar las resoluciones municipales relativas al personal y, por otra, debe necesariamente ejercer el control de legalidad de las mismas, siendo ambas funciones distintas e independientes entre sí, encontrándose la primera consagrada en el artículo 53 de Ley N° 18.695 y la segunda, en los artículos 87 y 88 de la Constitución Política; 1°, 5° y 6°, de Ley N° 10.336 y 51 y 52 de Ley N° 18.695”. Dictamen N° 33912, de 2005.

Afirma que “si bien es cierto el trámite de registro no es en sí mismo un control de legalidad previo de un acto municipal, no obsta a que la Contraloría, en el ejercicio de las facultades constitucionales y legales de que ha sido dotada, realice un examen jurídico del mismo con el propósito de establecer si se ajusta o no a derecho. Así, si el acto no se ajusta a derecho, se procede a registrar con observaciones y se devuelve a la municipalidad pertinente a fin de que ésta las subsane. Con todo, el hecho que un acto se registre con observaciones, en ningún caso implica que no quede registrado por este Organismo de Control, por cuanto, ello es independiente de su estudio legal”. Dictamen N° 25079, de 2003. Con igual criterio dictámenes 14799/97, 32148/97, 24943/87, 5104/97, 35022/97.

ejercicio de control de legalidad sobre el mismo, el que puede realizarse de un modo anterior, simultaneo o posterior a dicho trámite”⁴². Sin embargo la jurisprudencia judicial ha sido más bien variable en el tiempo, sin embargo ha coincidido en los últimos años en que el registro no es la competencia idónea para el control de legalidad. En efecto, la Corte Suprema ha dicho que la resolución que se encuentra exenta del trámite de toma de razón y sólo sujeta a registro porque carece de facultades legales para ello, de modo que es, por lo tanto, ilegal y arbitraria su conducta si pretende llevar a cabo, respecto de actos administrativos exentos, el examen correspondiente a actos sujetos a la toma de razón⁴³.

2.2.3 Es un control preventivo e impeditivo.

Se trata de un control preventivo, es decir, se ejerce antes que el acto opere en la vida jurídica, y es impeditivo en la medida que si adolece de vicios de legalidad o constitucionalidad debe ser representado, es decir, no puede continuar con el objeto de perfeccionarse como acto administrativo.

En el Derecho Administrativo chileno ha existido cierta discusión sobre el hecho de determinar cuál es el rol de la toma de razón durante el trámite de un acto administrativo. En otros términos resolver si este es necesario para la existencia del acto o bien es un requisito de eficacia. Las consecuencias de una u otra alternativa no es inocente, toda vez que optar por la primera supone desconocer los efectos de una manifestación administrativa, si no cumple con el trámite y optar por la segunda impone reconocer la existencia de un acto, pero ineficaz.

En efecto, para unos el control preventivo de legalidad es un requisito de la eficacia del acto administrativo. Se sostiene que el proceso de eficacia de los actos comprende igualmente trámites sucesivos, cuyo objeto es dotar al acto

⁴² Dictamen N° 28372, de 2003.

⁴³ *RDJ*, T. 85, sección 5, p. 67.

de una efectiva capacidad de producir efectos. Entre estos procesos se considera a la toma de razón, la notificación y publicación del acto administrativo⁴⁴.

Para otros la toma de razón no es un trámite de eficacia del acto administrativo, pues mientras no opere, el acto no ha nacido a la vida jurídica; es una mera vía de hecho. Sin toma de razón, se afirma, simplemente no hay decisión administrativa; sin que la CGR declare la juridicidad de ella y tome razón, no hay acto administrativo. De manera que este procedimiento forma parte de la elaboración del acto administrativo⁴⁵. Abonando esta tesis la jurisprudencia administrativa señala que “la toma de razón es un requisito integral del acto, esto es constituye un requisito de la existencia del acto administrativo, de modo que antes de que se lleve a cabo dicho control de legalidad el decreto o resolución aún no nace a la vida del derecho y sólo tiene el carácter de un proyecto de acto administrativo”⁴⁶.

En nuestra opinión la toma de razón es un trámite de eficacia, por las siguientes razones.

1º.- En primer lugar, la toma de razón no es un requisito de todos los actos administrativos, toda vez que como se ha visto la mayoría de ellos se encuentran exentos de este trámite, por lo que la vigencia del acto no se vincula con su cumplimiento. De serlo es absolutamente inconsistente la facultad de exención del trámite que tiene el contralor y sus consecuentes efectos.

⁴⁴ SILVA CIMMA, ibidem; MADARIAGA GUTIERREZ, M., *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 120 y 121; RECABARREN, ob. cit., pág. 81.

⁴⁵ En este sentido SOTO KLOSS, E., “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927 – 1977)*, Publicación Conmemoración del Cincuentenario, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1977, págs. 174 y 176; con igual criterio CARMONA, ob. cit., pág. 10; ARÓSTICA, ob. cit.

⁴⁶ Dictámenes Nros. 14.609, de 1959 y 57.309, de 2003

2°.- Por otra parte la propia Constitución reconoce que la toma de razón se realiza sobre actos dictados, y no sobre proyectos de actos. Esa es la interpretación razonable en nuestra opinión de los art. 98 y 99 de la CPR, en cuanto aplica la toma de razón a “actos”, no a pretensiones de voluntad o declaración.

3°.- La LOCCGR señala que sólo se pueden cumplir los decretos o resoluciones después de la toma de razón, bajo apercibimiento de sanción⁴⁷. Sin embargo, pueden excepcionalmente ejecutarse antes del trámite, cuando se refieran a actos [fundados] que “dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias; o medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse si no se aplicaren inmediatamente, siempre que no afecten derechos esenciales de las personas”. (art. 10. 7)⁴⁸, sin que ello afecte la validez del mismo. Este es el criterio reconocido en la CENC cuando a propósito de la discusión de la disposición constitucional de la toma de razón se desechó reconocer el carácter preventivo en el texto constitucional⁴⁹. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional cuando ha resuelto que no es inconstitucional que determinadas medidas contempladas en resoluciones administrativas pueden cumplirse antes de la toma de razón⁵⁰, y que puede

⁴⁷ Vid. Art. 154 LOCCGR.

⁴⁸ Más adelante la ley establece sólo una regla de responsabilidad cuando la Contraloría considere al acto administrativo ilegal o inconstitucional, señalando que “la Contraloría [si] no da curso al decreto o resolución, podrá perseguir la responsabilidad administrativa del jefe que la dictó, o pondrá el hecho en conocimiento del Presidente de la República y de la Cámara de Diputados cuando se trate de decreto supremo”.

⁴⁹ Sesión 322, p. 1709.

⁵⁰ STC Rol N° 22.

disponerse el cumplimiento de una resolución antes de su toma de razón cuando, de esperarse pueda resultar ineficaz ⁵¹.

4°.- Asimismo, la LBPA excluye del trámite de elaboración y dictación del acto al trámite de toma de razón. En efecto, las etapas de iniciación, instrucción y finalización no contemplan a la toma de razón. Esto explica que el inciso 2° del artículo 1 señala que este trámite se regulará por la CPR y la LOCCGR.

Todo lo anterior, confirma entonces, que la toma de razón constituye una etapa que dota de eficacia al acto administrativo, pero no define su existencia.

Por otro lado la toma de razón no consiste sólo en un juicio o pronunciamiento que emite la CGR en uso de sus potestades legales, mediante el cual verifica la juridicidad de los decretos y resoluciones, sino que también consiste en impedir, en caso de juicio desfavorable, el nacimiento al mundo jurídico de un acto disconforme a derecho. Es decir, por la toma de razón se busca un doble objetivo:

- i. Que el acto se conforme a derecho, es decir sea dictado por un órgano con investidura, dentro de su competencia y de acuerdo a la forma legal.
- ii. Que se salvaguarde el ordenamiento jurídico y sus principios sobre la base de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a derecho.

2.2.4 Es un procedimiento de examen.

La toma de razón implica un examen de parte del órgano contralor. Es decir, no es un acto de conocimiento, en virtud del cual solo debería hacer notar el hecho que capta. La toma de razón no consiste en la mera captación de un hecho sino que es el ejercicio de una potestad de control en virtud de la cual debe emitir un juicio de conformidad o de disconformidad e impedimento si el acto no se ajusta a derecho. De ahí que en algunas ocasiones deba

⁵¹ STC Rol N° 64.

interpretar el derecho y entrar a verificar el fin y el motivo del acto. Es decir, la toma de razón puede significar determinar si el hecho o acto cabe en el contenido normativo.

Como se ha afirmado este control de legalidad implica un examen que ha de comprender tanto los aspectos de constitucionalidad como el de su legalidad en sentido estricto, por lo cual supone una condición de juridicidad amplio⁵².

Eso distingue a la toma de razón del registro. Mediante este último trámite, como hemos señalado, la Contraloría anota en determinados libros o registros ciertos actos, con el objeto de dejar constancia de ellos. Pero el acto que se registra ya ha nacido al mundo del derecho.

Por excepción, existen ciertos decretos y resoluciones que van a toma de razón después de haberse aplicado: los decretos de aplicación inmediata. Los decretos de aplicación inmediata son aquellos en que la toma de razón está pospuesta para después de su entrada en vigencia como única manera que las medidas que conlleva pueden perder su oportunidad, busquen evitar males mayores o bien puedan desvirtuarse en su aplicación posterior⁵³. De ahí que se les considere una excepción, puesto que no tienen un control preventivo por parte del órgano contralor. La toma de razón se pospone, no se suprime. Por esta razón el TC ha resuelto que no es inconstitucional que determinadas medidas contempladas en una resolución administrativa puedan cumplirse

⁵² SILVA BASCUÑAN, A, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. V., ob. cit., p. 159.

⁵³ El artículo 10.7 de la LOCCGR establece que “[E]l Contralor General, de oficio o a petición del Presidente de la República, podrá, por resolución fundada, autorizar que se cumplan antes de su toma de razón los decretos o resoluciones que dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias; o medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse si no se aplicaren inmediatamente, siempre que no afecten derechos esenciales de las personas. El decreto o resolución que se acoja a la autorización prevista en este inciso deberá expresar la circunstancia en que se funda”.

antes de la toma de razón⁵⁴, lo anterior tiene aún más sentido si de esperar dicho trámite la aplicación del acto resultará ineficaz⁵⁵.

2.2.5 Es un procedimiento de regulación Constitucional y de LOC.

En otros términos a la toma de razón no se le aplica la LBPA. En efecto, el artículo 1º inciso 2º señala que “(L)a toma de razón de los actos de la Administración del Estado se regirán por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República”.

Por esta razón no se aplica a este trámite ninguno de los derechos y garantías de los cuales dispone la ley, pero sólo en lo relativo a este trámite⁵⁶.

2.3 Actitudes de la CGR⁵⁷.

La CGR, en ejercicio de su facultad de control de la legalidad y constitucionalidad, puede adoptar las siguientes actitudes:

En primer lugar, puede *observar* el decreto o resolución. La observación es el acto por el cual la CGR suspende el pronunciamiento definitivo de su control, remitiéndolo a su autor en la Administración, por considerar que adolece de vacíos o vicios que hacen improcedentes la toma de razón. La Administración puede conformarse con el criterio del contralor y reparar el acto, enviándolo nuevamente a trámite. También puede no hacer nada, es decir, renunciar a que el acto surja a la vida jurídica. Pero la observación, a diferencia del alcance, permite que la administración reaccione. Además, mientras el alcance se refiere a una parte del acto, la representación se refiere a todo él, pues es el decreto el que se representa, aunque sea con un vicio parcial.

⁵⁴ STC Rol N° 22.

⁵⁵ STC Rol N° 64.

⁵⁶ Dictamen N° 11724, de 2004.

⁵⁷ Vid. Artículo 10 LOCCGR.

Una segunda alternativa que puede adoptar la CGR respecto del acto enviado a trámite de razón, es que *lo curse pero con alcance*. El alcance es el acto de toma de razón pero en que la CGR corrige, de oficio, ciertos vicios, vacíos o defectos o le otorga un sentido determinado, sin que implique realizar una actividad impeditiva sobre el acto, ej. de alcances: precisión de la referencia efectuada; puede implicar entender que la aplicación del acto o una norma administrativa debe entenderse en tal o cual sentido, en cuyo caso tiene un efecto interpretativo; también puede consistir en señalar la vigencia del acto⁵⁸. El alcance forma parte del acto sobre el cual recae, en la medida que si se considera que la toma de razón es un procedimiento independiente⁵⁹, que opera como condición de validez del acto, el alcance define la aplicación del mismo; y en seguida, pues publicado el acto alcanzado, la Administración no puede reconsiderar la parte del acto afectado con el alcance. Lo anterior supone que el alcance siempre debe ser publicado en el DO con el acto alcanzado⁶⁰.

⁵⁸ El *alcance* tiene bastante en común con la *interpretación conforme* de la CPR, con la que es posible encontrar simetrías en su finalidad. SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., pp. 222 y 223, afirma que “al ejercitar el que se denomina derecho de comprobación, el operador jurídico suele encontrarse ante el dilema de que la norma analizada es susceptible de interpretaciones diversas; unas, contrarias a la Constitución, y otras, compatibles con ella. Pues bien, la regla de interpretación conforme obliga al operador jurídico a utilizar, en tal caso, la interpretación de la norma sea ajustada a la CPR, excluyendo las que sean contrarias a la misma; de tal forma que la competencia de rechazo sólo deberá ejercerse cuando la norma analizada sea inequívocamente contraria a la CPR, esto es, cuando no sea razonablemente posible interpretar su texto, sin forzarlo, de modo que resulte compatible con aquella. El principio de la “interpretación conforme” (que tiene su origen en la jurisprudencia constitucional alemana e italiana, como un medio para minimizar en la medida posible la emisión de sentencias anulatorias de leyes, creadoras de vacíos normativos de consecuencias altamente perturbadoras en el tráfico jurídico) se basa en lo que ha dado en llamarse “presunción de ajuste a la Constitución”: esto es, una suerte de beneficio de la duda que debe concederse a todo legislador democráticamente elegido, al que se ha de suponer fiel al texto fundamental”.

⁵⁹ Vid. Art. 1.2 LBPA.

⁶⁰ Esa interpretación es consecuencia del correcto sentido del inciso 2º del artículo 154 de la LOCCGR, en tanto señala que cuando la Administración envíe al DO para efectos de publicación, las transcripciones de los actos “ (...) deberán hacer estampar en ellas la constancia de que los respectivos decretos y resoluciones ha sido totalmente tramitados”.

En tercer lugar, puede *representar* el decreto o resolución. La representación es el acto por el cual la CGR hace presente al Presidente de la República los vicios de orden legal o constitucional que impiden la toma de razón del acto⁶¹. Esto se traduce en una comunicación en que fundamenta los motivos o

⁶¹ Para SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. V., ob. cit., p. 160, resultaría *inconstitucional* un acto administrativo si en “su gestación no se ajusta a un requisito formal dispuesto por la Carta o si lo ordenado queda fuera de la órbita de competencia de la potestad reglamentaria o si su esencia normativa es incompatible con la sustancia constitucional. Tales causales se afirman en las propias bases institucionales sentadas en el Capítulo I, conforme a las cuales los preceptos constitucionales obligan a todo órgano (art. 6º.1), el cual actúa validamente sólo si cumplen los requisitos que el precepto indica (art. 7º .1) y ha de moverse en términos estrictos dentro de la autoridad o derechos expresamente conferidos en la Carta o la ley (art. 7.2). Se opondrá, entre tanto, a la ley [*ilegalidad*] el acto administrativo si no se ajusta a los requisitos formales dispuestos por ella o si lo que en el decreto o reglamento se disponga está en desacuerdo con la preceptiva de la ley en relación a la cual se expresa la potestad reglamentaria o tocante a cualquiera otra norma jurídica positiva promulgada o consuetudinaria a que corresponda reconocer fuerza o jerarquía de la ley”. En el caso de los simples decretos y las resoluciones, también incurren en ilegalidad si contradicen o afectan el contenido material y formal de un “reglamento” supremo, como consecuencia de la legitimación por derivación de la cual están dotados los actos administrativos, lo que es un efecto de la inderogabilidad singular de la potestad reglamentaria.

Por su parte para VERDUGO, NOGUEIRA, PFEFFER, *Derecho Constitucional*, T.II., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 280, dentro del examen de juridicidad estiman que un acto viola la Constitución si contiene preceptos que sólo pueden disponerse por ley, si excede el campo de la potestad reglamentaria, si en su generación se omiten trámites o exigencias prescritas por la Carta Fundamental, o si se vulneran los derechos y garantías consagrados por ésta. Por su parte, se opondrá a la ley, si su texto está en desacuerdo con el contenido de ésta o consigna requisitos no establecidos por el legislador.

Para FIAMMA, “El control de constitucionalidad de los actos administrativos”, *RDP* N° 37 – 38, 1985, p. 264, el control de constitucionalidad de la Contraloría puede recaer sobre aspectos de forma y fondo. Dentro de los vicios de forma se pueden incluir los vicios relativos al órgano competente, procedimiento de elaboración del acto, plazo, etc. En cuanto a los vicios de fondo, se puede incurrir al dictar un acto administrativo en violación material de la Constitución, derivada especialmente de la contradicción entre el contenido material del acto y el contenido material de la Constitución. Por último, el control de fin, el control de discrecionalidad, el control de los conceptos jurídicos indeterminados, y el control respecto de los derechos garantizados por la Constitución constituyen alguno de los principales detectores paramétricos de la pureza constitucional del acto administrativo, que la Contraloría debe considerar en su examen de constitucionalidad.

causales porque a su juicio el acto adolece de ilegalidad o inconstitucionalidad y lo devuelve, en consecuencia, al Ministerio respectivo⁶².

Frente a la representación, pueden adoptarse alguna de las siguientes alternativas. En primer lugar, es factible que la Administración o bien los particulares directamente afectados soliciten a la Contraloría, sobre la base de nuevos antecedentes la reconsideración de lo concluido originalmente. También el Presidente de la República puede dictar un decreto de insistencia⁶³, caso en el cual esta entidad fiscalizadora debe necesariamente cursar el documento representado. Si se trata de las materias respecto de las cuales no

⁶² SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, ob. cit., p. 205.

⁶³ Como señala SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, op. cit., p. 234, el Decreto de Insistencia es aquel que dicta el Presidente de la República con la firma de todos sus Ministros de Estado, ordenando a la Contraloría que tome razón del acto administrativo, que previamente ha sido representado por dicho organismo, *sólo por razones de legalidad*. (art. 99 CPR).

El supuesto central sobre el cual descansa el Decreto de Insistencia es que supone una disputa interpretativa entre la Contraloría y el Presidente de la República (Gobierno), tema respecto del cual la CPR, dado que dicha discrepancia es legal, favorece al Presidente si desea insistir en el acto. Frente a dicho acto el Contralor no debe sino tomar razón, sin embargo se encuentra obligado a remitir los antecedentes a la Cámara de Diputados (art. 10 LOCCGR), en el evento de proceder a algunas de las modalidades de control político, en otros términos esta disputa legal sale del ámbito de la relación Contraloría – Administración.

Desde el retorno a la democracia en 1990 sólo se ha dictado un Decreto de Instancia, que correspondió a la remoción de la rectora de la Universidad de Playa Ancha. Vid. Dictamen N° 25316, de 1990.

La regulación constitucional del Decreto de Instancia fue bastante discutida en la CENC, esencialmente pues hasta la vigencia del sistema democrático (1973) las facultades de insistir en procedía en todas las hipótesis, es decir, legalidad y constitucionalidad. El objetivo consciente de los autores de la constitución fue limitar esa competencia a la legalidad, dejando la discrepancia constitucional en manos del TC. Vid. Sesiones 326, 359 y 415 de la CENC.

Para un análisis más detenido sobre el decreto de insistencia en su origen y configuración constitucional ver SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, op. cit., p. 237 y sgts; VARGAS POBLETE, F.E., *La Contraloría general de la República a la luz de las actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, 2000; VARGAS DELGADO, I., “El decreto de instancia y la doctrina Mewes”, *RCHDUC*, V. 27 N° 2, pp. 439 y sgts.

procede⁶⁴, no le queda más alternativa que recurrir al TC. Finalmente, el órgano administrativo puede dictar un nuevo acto ajustándose a las observaciones formuladas⁶⁵.

La última alternativa que puede adoptar la CGR en ejercicio de su facultad de control de la legalidad y constitucionalidad, es *tomar razón* del acto, en cuyo caso se producirán los efectos que veremos.

2.4 Tramitación.

La toma de razón la puede efectuar el Contralor y el Contralor Regional. También puede hacerlo el Subcontralor en virtud de una subrogación o de una delegación.

La toma de razón la debe hacer la CGR en el plazo de 15 días contados desde la recepción del decreto o resolución. Sin embargo, existen excepciones: la primera es el caso en que es la propia CGR, que por motivos graves y calificados puede prorrogar por otros 15 días el plazo para tomar razón; la segunda es en el caso de leyes especiales⁶⁶.

⁶⁴ El art. 99 de la CPR restringe el Decreto de insistencia en las siguientes hipótesis:

- a. Decretos que excedan gastos.
- b. Decretos con Fuerza de ley.
- c. Decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional.
- d. Decreto o resolución por ser contrario a la Constitución.

Si las hipótesis recaen en las materias contrarias a la Constitución, el Presidente de la República sólo puede recurrir al TC con el objeto de resolver la discrepancia interpretativa, de conformidad a las reglas de competencias señaladas en el art. 93, N° 9 de la CPR.

En consecuencia, en el caso de decretos que excedan de gastos es improcedente cualquier medio de resolución de discrepancias interpretativas, es decir, no procede ni el Decreto de Insistencia, como tampoco hay competencia del TC. A su vez en el caso de los DFL y los promulgatorios, existe otra regla de competencia de conocimiento del TC, que es la señala en el art. 93 Nros 4 y 8.

⁶⁵ Dictamen N° 47.148, de 1998.

⁶⁶ Art. 10 LOCCGR.

2.5 Efectos de la toma de razón.

La toma de razón acarrea tradicionalmente⁶⁷, tres efectos:

1. Permite que pueda continuar con su tramitación dentro de la etapa de ejecución del acto administrativo. Después de la toma de razón viene otra etapa: la publicación del acto; solo después de ésta, el acto produce efectos. Por esta razón la LBPA, establece que una vez publicado o notificado el acto este constituye un título de intervención material que tiene ejecutoriedad⁶⁸ y es exigible frente a los particulares⁶⁹.
2. Origina la presunción de legalidad. Esta consiste en la suposición que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales y constitucionales, que es perfecto, y que tiene, por tanto, valor y eficacia jurídica⁷⁰.

No obstante lo anterior, esta conclusión debe ser matizada. En efecto, los actos administrativos tiene una presunción de legalidad, pero no por efecto de la toma de razón, sino por hecho de provenir de autoridad pública que ejerce poder público de conformidad a las exigencias impuestas por la CPR (Art. 6 y 7), de manera que parcialmente actualiza la soberanía (Art. 5.2). Por esta razón, entonces, el artículo 3º de la LBPA otorga dicha presunción al acto [conjuntamente con la de imperio], con indiferencia de la condición del trámite (afecto o exento).

Por otra parte es necesario considerar el marco de restricciones que debemos reconocer a la autotutela administrativa⁷¹. La presunción de legalidad, cuyo

⁶⁷ ARÓSTICA I., “El trámite de toma de razón de los actos administrativos”, *RDP* N° 49, 1991, p. 161 a 167.

⁶⁸ Vid. Artículos 50 y 51 LBPA.

⁶⁹ Art. 3º LBPA.

⁷⁰ Vid. STC ROL N° 116, C 2 a 7.

⁷¹ Vid. entre otros GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1995; LÓPEZ RAMÓN, F., “Límites constitucionales de la autotutela

origen corresponde al derecho italiano, tiene efectos *iuris tantum*, no definitivos o *iuris de iure*, puesto que opera hasta que los interesados la destruyan, admitiendo por lo tanto prueba en contrario en todo tipo de procedimientos en lo que se discuta su validez. Ello significa asimismo que esta presunción de legalidad desplaza al ciudadano la carga de la prueba de entablar la pertinente acción para evitar que el acto pueda considerarse consentido, e impidiendo así la presunción que beneficia a la Administración y la eficacia inmediata de aquél⁷². Sin embargo, tal como se afirma esta expresión que pretendía explicar las causas jurídicas de la autotutela declarativa es técnicamente incorrecta: el que el acto se presuma válido no supone, necesariamente, que pueda modificar por sí sólo, de modo autoritario, situaciones jurídicas de otros sujetos. La presunción, sólo expresa de modo bastante críptico, la imposición al destinatario del acto de la carga de recurrirlo si desea privarle de eficacia⁷³.

74

administrativa”, *RAP* N° 115, 1988. Entre nosotros aunque radicalizando el argumento y expandiéndolo desde el origen regaliano [que no compartimos como punto de análisis], ARÓSTICA, I., “¿Qué queda de la presunción de legalidad?”, *GJ* N° 134, 1991, pp. 7 y sgts.

⁷² GARCÍA MACHO, R., y BLASCO DÍAZ, J.L., “Autotutela Administrativa”, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, T. I., (Dir. Santiago Muñoz Machado), Iustel, Madrid, 2005, p. 297.

⁷³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, T.II., Iustel, Madrid, 2004, p. 146.

⁷⁴ En el derecho chileno se entiende con habitualidad que la presunción de legalidad es equivalente a la presunción de validez. Si bien la LBPA se refiere a la primera, la doctrina y la jurisprudencia se refiere a ambas como sinónimos, lo que tiene efectos en el debate sobre la nulidad de derecho público y la invalidación. En este sentido ver JARA SCHNETTLER, J., *La nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Libromar, Santiago de Chile, 2004, pp. 125 a 139.

Sin embargo, como afirma REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, *REDA* 128, 2005, pp. 596 y 600, “legalidad y validez son conceptos distintos, como distintos son la ilegalidad y la invalidez. Aunque la invalidez es consecuencia de la ilegalidad, no sólo son distintas sino que tienen alguna autonomía. Y es que, mientras que la ilegalidad entraña una simple confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, la invalidez es una consecuencia que el mismo ordenamiento prevé teniendo en cuenta muchos factores, intereses y valores jurídicos y que por ello no anuda siempre a toda ilegalidad, ni siquiera a

Lo anterior no supone siquiera que la carga de la prueba deba ser siempre del ciudadano que impugna. Ello dependerá de la naturaleza del procedimiento administrativo que da origen al acto (de oficio o a petición de interesado), de las condiciones técnicas de los hechos (colaboración probatoria), de los indicios de arbitrariedad, entre otros. Por eso esta presunción despliega una eficacia meramente extraprocesal, siendo obligación de la Administración siempre acreditar los presupuestos fácticos que invoca para actuar, correspondiéndole siempre un rol activo en la prueba del acto impugnado, sin que sea de exclusividad del ciudadano afectado la prueba de todas las condiciones invocadas. La exigencia de motivación del acto exige siempre, para que no sea arbitrario, no sólo invocar las razones y hechos en los que se basa, sino también probarlos adecuadamente. Por esta sencilla razón, cualquiera sea la impugnación del acto el juez deberá solicitar siempre el expediente del procedimiento que sirve de base al acto.

Así, entonces, esta presunción no toca a los tribunales, quienes pueden, en ejercicio de sus potestades, declarar la nulidad o dejar sin efecto los actos cursados por la Contraloría si son contrarios a derecho⁷⁵. De este modo, no

las ilegalidades más graves. Sólo a algunas y en algunas condiciones formales y materiales. La invalidez es un régimen que el ordenamiento establece sólo para ciertas ilegalidades en ciertas circunstancias y condiciones”. Más adelante señal que esto significa que si se constata la ilegalidad de un acto en una resolución administrativa (o, incluso judicial) para declarar una consecuencia jurídica distinta de la invalidez: ni es necesario para esa otra consecuencia que la invalidez esté declarada antes ni que se declare simultáneamente y es posible, incluso, que no se declare después. El acto en cuestión seguirá siendo presumido válido. Se habrá destruido la presunción de legalidad pero no la presunción de validez. Debe afirmarse, en suma, que los cauces para apreciar la ilegalidad de un acto – o sea, para destruir la presunción de legalidad – son más amplios y diversos que los que se admiten para destruir la presunción de validez; y que la presunción de validez es más fuerte o resistente que la presunción de legalidad”.

⁷⁵El Tribunal Constitucional señala, STC Rol 116, C° 3 y 7°, que “el cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 (98) y 88 (99) de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina, una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales”. De manera que “de aceptarse la tesis de suficiencia de constitucionalidad de los decretos que la Contraloría haya tomado razón para no poder ser

existen actos administrativos fuera de la órbita de control de los tribunales por el hecho de haber sido tomados razón; todas las decisiones administrativas son revisables en sede jurisdiccional y en todos sus aspectos, a pesar que hubiesen ido a control de legalidad de la CGR.

Además, para la jurisprudencia administrativa si bien la toma de razón otorga una presunción de legalidad del acto que permite su ejecución, no impide que el mismo sea invalidado si posteriormente se comprueba que contenía vicios o se fundaba en supuestos irregulares⁷⁶, a su vez esto no significa que dicho trámite agote la potestad fiscalizadora de la máxima entidad de control⁷⁷.

3. Provoca el desasimiento de la Contraloría. Ello significa, por una parte, que carece de la disponibilidad de su propio acto, es decir, no puede retirar, ni dejar sin efecto, ni alterar o modificar su toma de razón⁷⁸. Por la otra, que no puede hacer un "segundo juicio" sobre su juridicidad, sin perjuicio de las facultades que tiene la Administración activa para invalidar sus propios actos⁷⁹.

impugnados a posteriori, implicaría además un desconocimiento y una limitación a las facultades” que establece la Constitución al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial.

⁷⁶ Dictamen N° 32.350, de 2003. En este sentido también 71415/68, 21409/84, 16211/79, 917/90,, 17799/90, 25517/92, 2781/93, 19920/93, 18168/96, 46234/2001, 11676/2002.

⁷⁷ Dictamen N° 17.799/90.

⁷⁸ Vid. 9205, de 2005.

⁷⁹ Dictámenes Nros. 11.724, de 2004; 25.768, de 1995; 30.117, de 1993; 8.099, de 1973; 92.080, de 1971; 14.058, de 1969.