

CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS REALIZADO POR LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA¹

INTRODUCCIÓN:

El paradigma clásico de la separación de poderes de Montesquieu, planteada así como una protección del ciudadano al soberano absolutista omnímodo, se ha transformado en una disgregación jurídica del Estado. En la actualidad, más de hablar de una independiente entre los poderes se utiliza el término “interdependencia”, donde un poder participa en el otro, es en esta posibilidad de contacto que los poderes además se controlan entre sí, a fin evitar los excesos que se buscaron evitar con la separación de los mismos. Es de esta suerte se establecen también órganos autónomos como la Contraloría General de la República (en adelante CGR) a fin de velar por la legalidad de los actos de uno de los poderes estatales, a saber, la Administración del Estado.

Con fines pedagógicos conviene, previo a entrar en el análisis del control de legalidad realizado por la CGR, revisar lo dispuesto por el artículo 98 de la Constitución Política de la República (CPR) que define a la CGR como un órgano autónomo (pues goza de autonomía constitucional) y que además trata las cuatro funciones esenciales que encomienda el constituyente al ente contralor, a saber:

- i. Ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración.
- ii. Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos que determinen las leyes.
- iii. Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades y,
- iv. Llevar la contabilidad general de la Nación.

Finalmente la CPR indica que competará a la CGR desempeñar las demás funciones que la encomiende la Ley Orgánica Constitucional respectiva, mandato constitucional que se materializa en la Ley 10.336 (LOCCGR).

El objeto de la presente ayudantía es poner atención en cómo la CGR desarrolla el control de legalidad de los actos de la Administración, que mecanismos emplea para desempeñar dicha función, los alcances del control, los efectos que generan las diversas formas de pronunciamientos que la CGR emita con ocasión de

¹ Apunte realizado por Álvaro Núñez para la cátedra de Derecho Constitucional III de Víctor Manuel Avilés y Ana María García.

aquellos controles, en definitiva, cómo garantiza la CGR el principio de primacía de la Supremacía Constitucional con ocasión de los actos de la Administración.

Así, *grosso modo* se puede indicar que el control de legalidad que lleva a cabo la CGR se realiza a través de dos mecanismos esenciales. El primero de ellos corresponde a la **toma de razón** de los decretos, resoluciones, y decretos con fuerza de ley. Este primer mecanismo de control se encuentra estatuido expresamente en la CPR en el artículo 99 y es conforme al mismo, y su positiva conclusión, que ingresan al ordenamiento jurídico los actos administrativos antedichos. Además, cabe agregar que el mecanismo en comento se perfila como una herramienta de control preventivo de los actos de la Administración pues es sólo después de un pronunciamiento en conformidad que se podrá proseguir con la tramitación de un acto administrativo que deba ser instruido de conformidad a la toma de razón.

Por otro vía, y operando de forma *ex post*, o con posterioridad al nacimiento del acto administrativo a la vida del derecho, el control de legalidad encargado a la CGR se practica mediante la **emisión de dictámenes**, que son vinculantes para la Administración y los particulares y que constituyen la así llamada jurisprudencia administrativa según dispone el inciso final del art. 6 de la LOCCGR².

TOMA DE RAZÓN:

La toma de razón ha sido definida por SOTO KLOSS como un juicio de conformidad a Derecho que emite el contralor general de la República (o su subrogante legal o su delegado) respecto de un decreto o resolución de una autoridad en ejercicio de potestades administrativas que, en conformidad a lo dispuesto por la ley, debe someterse a este control preventivo de juricidad. En este entendido, la toma de razón constituye un examen preventivo que realiza la CGR sobre la legalidad de un acto administrativo, examen que no se limita a contrastar el decreto o resolución con la normativa legal vigente, sino también con la CPR y otras disposiciones administrativas de aplicación general (como los reglamentos, entendiendo por tal aquel acto administrativo que afectan a una generalidad o un número indeterminados de individuos), de tal modo que se contrasta el acto con el bloque de legalidad.

² Reza la disposición "De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1°."

CARACTERÍSTICAS DE LA TOMA DE RAZÓN

1.- Recae exclusivamente sobre decretos, resoluciones y decretos con fuerza de ley:

La presente ayudantía pondrá énfasis en las primeras categorías de actos administrativos, es decir, los decretos y las resoluciones.

Primero que todo, debemos entender que los decretos y resoluciones dictados por la Administración corresponden a una especie de acción resolutive de la administración que a nivel genérico deben encasillarse en los actos administrativos. Para entender que corresponde un acto administrativo nos dirigimos al artículo 3 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA) que dispone que son aquellas “decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.”

Continúa el precepto distinguiendo entre:

- **Decreto supremo:** Es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia. Un ejemplo de lo último sería el caso de que el Ministro del Medio Ambiente, por orden del presidente y dentro de su ámbito de competencias, dicte una norma de emisión de contaminantes para centrales termoeléctricas.
- **Resoluciones:** Son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. Por ejemplo, la resolución de la SEREMI de Salud respecto de un Sumario Sanitario.

Lo anterior nos llevaría a concluir que la mayoría de los actos de la Administración deben ser sometidos al trámite de razón, sin embargo la praxis jurídica, que se estructura en función a las competencias dadas al contralor, determina lo contrario³. Se ha justificado esta exención pues de otro modo sería imposible llevar

³ Dispone el artículo 10 de la LOCCGR los casos en que se considerará no esencial el trámite de toma de razón (licencias, montepíos o en general materias que no se consideren esenciales).

Por su parte la Resolución N° 1600 de 2008 adopta la norma contraria, señalando taxativamente cuáles serán las materias esenciales en que se deberá realizar el trámite de toma de razón (v. gr. Nombramientos, Medidas Disciplinarias, Obras Públicas, Reglamentos, etc.)

No es poco común que los organismos busquen desentenderse de los supuestos de hecho contenidos en la Resolución de Decretos y Resoluciones Exentas con el objeto de evadir el control de la CGR.

a cabo las competencias de control sin afectar seriamente la eficiencia administrativa si se procediera de una manera diferente.

2.- Es un control de juricidad:

Cuando hablamos de que es un control de juricidad nos estamos refiriendo a los alcances del control ejercido por la CGR. Se contrasta la declaración de voluntad de la Administración con la legislación vigente. Si bien el tenor literal del artículo 98 señala que se tratará de un control de legalidad, este término debe ser entendido en un sentido amplio, como comprensivo tanto de la ley, de la CPR y de los reglamentos que dicte la administración (Siendo estas normas que se da la propia Administración del Estado con carácter de general y permanente).

Respecto de los últimos, hablamos del **principio de inderogabilidad singular de los reglamentos**, principio que consiste en que la autoridad que ha dictado un Reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular excepcionar para un caso concreto la aplicación de un Reglamento, a menos que el mismo Reglamento autorice la excepción. De lo contrario la Administración estaría vulnerando el principio de igualdad art. 19 N° 2 pues podría estar excepcionando o imponiendo cargas adicionales a las establecidas en un cuerpo reglamentario. Por otro lado, GARCÍA DE ENTERRÍA señala más bien que se trataría de una vulneración al principio de legalidad pues la Administración del Estado está sujeta a todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la llamada derogación singular sería en rigor una infracción al ordenamiento mismo, ya que el reglamento desde que es incorporado a la vida jurídica tiene carácter general y obligatorio, a los casos concretos que contempla y aplica.

En cuanto al tipo de sujeción que debe el acto administrativo, esta debe ser:

- ***Sujeción de forma:*** el acto debe ser conforme al artículo 7 de la CPR, es decir, por funcionario competente, dentro de su ámbito de competencias y conforme al procedimiento y solemnidades legales dispuestas.
- ***Sujeción de fondo:*** la declaración de voluntad de la Administración debe respetar los mandatos sustantivos de la CPR, vinculándose normativamente a los principios y valores que reconoce la misma.

Es menester mencionar los casos de la llamada “Ley Pantalla” que ocurre en los casos en que los actos administrativos se ajustan estrictamente a la ley vigente pero esta última contiene un vicio de inconstitucionalidad. En este tipo de casos la CGR ha optado por tomar razón del acto administrativo, pues ha entendido que sólo le corresponde ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, por lo

que no puede entrar a enjuiciar directamente los actos del legislador. Sin perjuicio de lo anterior, en algunas ocasiones la CGR ha admitido diversas interpretaciones, pues han existido casos en que el ente contralor representa el acto por inconstitucional pero no por ilegalidad.

Para concluir, debemos señalar que el acto de toma de razón está concentrado exclusivamente en la legalidad del acto examinado, de modo que **no comprende un análisis del mérito, oportunidad o conveniencia** de la decisión formal adoptada por la Administración del Estado. La CGR ha entendido que la función de la CGR no es sustituirse en las decisiones que le corresponde adoptar a los Órganos de la Administración del Estado, sino que sólo verificar la legalidad de sus actos. Sin perjuicio de lo anterior, existe doctrina que entiende que, conforme a los artículos 3, 11 y 62 N° 8 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), el principio de legalidad contempla a la eficiencia y la eficacia, de manera que dichos aspectos deben ser contemplados en la supervisión de la CGR.

Otra doctrina indica que la toma de razón no debe limitarse a la fórmula sacramental “tomado de razón”, sino que deben mencionarse las motivaciones que llevan al contralor a tomar de razón al acto administrativo, lo anterior no es sino una materialización del Derecho a la Buena Administración. Un ejemplo que evidencia la necesidad de lo anterior ocurre con ocasión de la aprobación del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las comunidades indígenas dieron razones a la CGR –durante el trámite de toma de razón- de como el reglamento no se ajustaba al Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de lo anterior el Reglamento fue tomado de razón sin mencionar las motivaciones ni pronunciarse sobre las reclamaciones de la comunidad, lo que finalmente derivó en reclamaciones judiciales ante los tribunales superiores de justicia.

3.- Es una atribución excluyente de la CGR:

La doctrina señala que corresponde a la CGR pronunciarse acerca de la legalidad de los actos administrativos sometidos a toma de razón, sin que sea procedente que con ocasión de éste trámite intervengan órganos distintos de aquellos que la CPR expresamente contempla, estos son, el Presidente de la República por la vía del decreto de insistencia y el Tribunal Constitucional, el caso de que el Presidente reclame la inconstitucionalidad representada.

En cuanto a la procedencia del Recurso de Protección a propósito de la toma de razón, la jurisprudencia no ha sido unánime. Por un lado se niega la procedencia del RP arguyendo lo anteriormente señalado, es decir, que el ordenamiento jurídico sólo contempla la participación de la CGR. Se indica por otro lado que la CPR estableció un régimen jurídico de toma de razón, determinando su naturaleza, ámbito de aplicación, reglas de procedimiento, etc. De lo contrario se configuraría una manifiesta extralimitación de las funciones que a cada uno de los órganos les confiere la CPR, existiendo una grave infracción al principio de juricidad de los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, además de violentar el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos.

Existe por otro lado doctrina y jurisprudencia de indica que la procedencia del recurso de protección en el caso de la toma de razón es una consecuencia lógica de la amplitud de los términos en que está consagrada esta acción constitucional en el artículo 20 de la CPR, que no excluye su aplicación a ninguna persona, autoridad política o administrativa u órgano del Estado. Ésta consagración no importa en caso alguno una alteración de su autonomía ni de su función de control previo de la legalidad de los actos administrativos, porque la finalidad del Recurso de Protección es independiente a la función propia de la CGR, **y sólo procede cuando se trata de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que conculcan garantías constitucionales a que se refiere el artículo 20 de la CPR.**

Es dable destacar que la cuestión ya ha sido así planteada al Senado conforme al artículo 53 N° 3, cuestión que fue resuelta favorablemente para la CGR⁴. Sin perjuicio de lo anterior, con posterioridad otro fallo indicó que las resoluciones del Senado tuvieron un efecto particular (aplicable sólo al caso concreto), recogiendo la tesis de la procedencia de la protección.

EFFECTOS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA CGR

El primero de los efectos, y un efecto lógico del mismo, es que el pronunciamiento que toma de razón el decreto o resolución permite continuar con los restantes decretos y resoluciones.

En segundo lugar, la toma de razón permite que estos instrumentos, sean notificados o publicados, estén imbuidos de la presunción de legalidad que reserva

⁴ En aquella oportunidad se indicó que no se puede impugnar por la vía de protección el modo en que la CGR ejercer su función de control de legalidad o el razonamiento que sirve a su decisión. Sólo se podría tolerar una impugnación cuando la CGR actuare al margen de sus atribuciones.

el artículo 3 inc. final de la LBPA, que importa que deben ser acatados por las autoridades y particulares que afecte. Entendemos que esta presunción es *iuris tantum* pues, siendo una presunción establecida por el legislador en beneficio de la Administración, admite prueba en contrario, lo que podría eventualmente derivar en una declaración de **nulidad del acto administrativo**, en caso que el órgano que pronuncie la contrariedad a derecho sea uno jurisdiccional (art. 7 inc. Final de la CPR), o la **invalidación del mismo**, caso último en que es la Administración, mediante la dictación de un acto administrativo de contrario imperio que elimina de la vida jurídica al primero transgresor (artículo 53 de la LBPA).

También podría la CGR, con ocasión del segundo mecanismo de control –emisión de dictámenes-, hacer presente posteriormente a la Administración su facultad y obligación de invalidar el acto jurídico anómalo para regularizar el orden jurídico quebrantado por una medida contraria a derecho, en virtud del principio de legalidad.

El tercer efecto de la toma de razón es el **desasimiento de la CGR**, la que no puede retirar, modificar o dejar sin efecto su toma de razón. Ello, como decíamos, sin perjuicio de su facultad para solicitar a la Administración la invalidación de aquellos instrumentos contrarios a derecho.

ALTERNATIVAS FRENTE A LA REPRESENTACIÓN

La alternativa a seguir dependerá si el vicio reprochado se trata de uno de legalidad o constitucionalidad.

1.- Vicio de legalidad: Decreto de insistencia.

En caso de que el vicio representado sea uno de ilegalidad del decreto o resolución, el Presidente podrá emitir un decreto de insistencia o su firma y la de todos sus ministros de Estado, este decreto ordena a la CGR a que tome razón respecto de un acto administrativo que ha sido previamente representado por no ajustarse a la ley (entendemos que también procede en casos de que la representación se deba a la disconformidad con un reglamento o dictamen anterior de la CGR).

El fundamento que se ha enarbolado para esta atribución es que el funcionamiento del Estado de Derecho chileno corresponde al Presidente de la República, por lo que esta autoridad conserva, como regla general, la facultad de decidir sobre aquellos actos administrativos que la CGR ha objetado por contravenir el ordenamiento jurídico.

Este mecanismo no debe ser entendido como un instrumento que autorice al Poder Ejecutivo para actuar indiscriminadamente en forma arbitraria. A la par, se ha previsto en la CPR y la LOCCGR la obligación de que estos decretos junto con sus antecedentes, aprobados en función a ese aparataje, sean informados por la CGR a la Cámara de Diputados, lo que tiene por objeto asegurar la responsabilidad política.

Con todo, existen casos en que **no es posible insistir**:

- i. Decretos con fuerza de ley (por contravenir la ley delegatoria),
- ii. Decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución
- iii. Decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional, por apartarse del texto aprobado por el Congreso y,
- iv. Decreto o resolución por ser contrarios a la Constitución.

2.- Vicio de Constitucionalidad: Recurso ante el TC.

En caso de decidir persistir en el decreto o resolución el Presidente de la República podrá plantear la situación al TC. Lo anterior se extrae de la lectura del artículo 88, inciso tercero y 82 n° 6 de la CPR.

LA POTESTAD DICTAMINANTE DE LA CGR:

Conforme al artículo 19 n° 14 de la CPR se entiende que cualquier afectado por un acto ilegal dictado por un servicio público puede solicitar un dictamen a la CGR para que determine si el acto se conforma o no con el derecho. Lo anterior encuentra reflejo en el artículo 5 de la LOCCGR que otorga la posibilidad de emitir dictámenes “a petición de parte o de jefaturas de servicios o de otras autoridades”.

La potestad Dictaminante es otro medio de fiscalización que tiene la CGR, estas atribuciones se encuentran amparadas en el artículo 6, 9 y 19 de la LOCCGR. En este caso se aprueba o tacha un acto administrativo una vez ejercitado el mismo, por lo que en este último evento lo que se procura es su anulación o la reparación de los daños que el acto ilegal causó a terceros.

Definido por la doctrina, el **dictamen** se conceptualiza como aquel acto de consulta formulado por los Ministerios o Jefaturas de Servicios en materias de competencia de la CGR, o de un acto de respuesta a peticiones de particulares o funcionarios que reclamen el reconocimiento de derechos que les sean desconocidos por la Administración, y siempre que las situaciones que los afecten importen una violación de normas cuyo cumplimiento corresponda fiscalizar al mismo órgano contralor.

Estos dictámenes, conforme al artículo 6 de la LOCCGR, constituyen la llamada jurisprudencia administrativa, por lo cual tienen carácter vinculante para la Administración. Entendemos que estos dictámenes vinculan a quienes los solicitan y son llamados a aplicarlos, pero también a aquellos que siendo particulares se relacionan con la Administración.

En cuanto a las **limitaciones de la potestad Dictaminante**, el legislador prevé dos limitaciones en el artículo 6 citado. Reza la disposición que “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso⁵, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

En cuanto a la vinculatoriedad de los dictámenes en sede judicial, se ha señalado que estos no tienen tal carácter para los tribunales y sólo pueden ser considerados como antecedentes ilustrativos.

IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS DICTÁMENES

En general se ha estimado que los dictámenes pueden ser impugnados por la vía de protección. En efecto, aunque, al emitir un dictamen, la CGR lo hace dentro de sus atribuciones y aun de sus obligaciones, en la forma no puede considerar este acto arbitrario e ilegal, pero **su contenido puede serlo** y, al igual que una resolución pronunciada por un juez competente, pero contrariando una disposición legal, puede y debe ser enmendada por la autoridad superior, así un dictamen de la CGR por la autoridad judicial competente.

Se reitera en definitiva que los dictámenes de la CGR obligan a la Administración, por ello al afectado no le cabe ya actuar ante la autoridad administrativa, sino ante los órganos jurisdiccionales por medio de las acciones procesales pertinentes. En cuanto a la acción de protección, la disposición es amplísima, y la CGR no está excluida como un eventual sujeto pasivo de dicho recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, existe jurisprudencia que ha establecido limitaciones en cuanto a la procedencia del recurso, señalando que el conocimiento del mismo corresponde a un juicio de lato conocimiento (procedimiento ordinario), o que el

⁵ Por carácter litigioso debemos entender que se trata de aquellos casos en que el particular afectado puede dar a conocer la situación contraria a derecho a los tribunales de justicia. Por ejemplo, en el caso de que se decreta la invalidación de un acto administrativo conforme al artículo 53 de la LBPA, se podrá reclamar del mismo ante los tribunales de justicia, reclamación que se substanciará mediante un procedimiento breve y sumario.

control de legalidad se limita simplemente a un control de legalidad, es decir, meramente formal o si ha actuado o no en el ámbito de sus competencias.

BIBLIOGRAFÍA:

1. ISRAEL, R. y OÑATE, E. "La Función Contralora, Políticas Públicas y Calidad de la Democracia". Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927 - 2012).
2. NAVARRO, E. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría General de la República. Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927 - 2012).
3. PALLAVICINI, J. Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho Público. Vol. 72.
4. SOTO, E. Acerca de la Obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado. Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 N° 2.