

ACTUALIDAD
JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año VIII, N° 16 - Julio 2007

La Contraloría hoy

Iván Aróstica Maldonado

Director del Departamento de Derecho Público

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Noticiado estuvo el Instituto Contralor en el último tiempo, no sólo por la designación de una nueva autoridad. También, por la polémica sobre el "lugar exacto" de la Contraloría General, atinente a la amplitud de sus atribuciones cuando le toca emprender el examen de juridicidad de los actos de la Administración. Si esta revisión –en cuanto no podría erigirse como sustituto de la actividad jurisdiccional– comprende únicamente aspectos "de forma",¹ o –siendo una instancia de control completo de juridicidad– puede extenderse también sobre cuestiones "de fondo".²

Al paso, se cuestiona la utilidad misma del trámite de toma de razón, como mecanismo de control jurídico preventivo (que para eso estarían mejor los tribunales, actuando con posterioridad) y generalizado (por el imposible número de actos a revisar), lo que aconsejaría reemplazarlo por un mero control contable, posterior y selectivo.³

¹ Polémica abierta por Arturo Fermandois, en *El exacto lugar de la Contraloría*, El Mercurio (Santiago) 14.8.2006 cuerpo A página 2. Comenta allí favorablemente la sentencia recaída en el caso *Club Deportivo Universidad Católica*, protección acogida contra el Dictamen 56.977 de 2005, y en el cual la Contraloría ordenaba invalidar un acto administrativo favorable a particulares, porque –en concepto del tribunal– a la Contraloría sólo le correspondería revisar su "forma" y no el fondo: Corte de Apelaciones de Santiago 25.4.2006 (rol 8.344-05: especialmente considerandos 5º y 10º), Corte Suprema (confirma) 27.7.2006 (rol 2.224-06).

Igual es los recursos de protección *Valparaíso Sporting Cristal Club* y *Congregación de los Sagrados Corazones* (ambos deducidos contra el Dictamen 1.477 de 2006, donde la Contraloría también ordenaba invalidar actos administrativos favorables a particulares), acogidos por la Corte de Santiago el 8.8.2006 (roles 531-2006 y 811-2006: considerandos 11º, 14º y 18º). Otro caso análogo (contra el Dictamen 26.252 de 2006, por igual motivo) es *Inmobiliaria Altair*, acogido por la misma Corte el 25.8.2006 (rol 3.137-2006: considerandos 8º y 11º).

² Respuesta al artículo del profesor Fermandois, de la Contralora (S) doña Noemí Rojas Llanos, *El lugar de la Contraloría*, en El Mercurio (Santiago) 21.8.2006 cuerpo A pág. 2. Más ampliamente esta postura, en Dictamen 24.343 de 2006.

Los informes de la Contraloría en los recursos de protección indicados en nota 1 anterior se encuentran, respectivamente, en los Dictámenes 1.201, 9.655 y 33.451, todos de 2006.

³ Enrique Rajevic M., *Contraloría y función de control: una necesaria revisión*, La Semana Jurídica N° 316 (27 noviembre-3 diciembre 2006) 6-7.

Porque la conocemos y la Contraloría General ha sido materia de nuestro estudio durante años, es que creemos estar en condiciones de aportar algunos datos y meditaciones personales para clarificar su situación.

La Contraloría y los tribunales

1. La historia es conocida y dice que, aunque nacida en 1927 sólo para fiscalizar la legalidad-contable, la regularidad financiera solamente de los actos de la Administración, desde el punto de vista únicamente presupuestario o hacendista (de allí su vinculación con el Ejecutivo a través del Ministerio del ramo), no obstante, hacia comienzos de la década de los '50 del siglo pasado, la Contraloría General –tras una interpretación extensiva de sus facultades– pasó a profundizar su control a fin de asegurar que los actos de la Administración se conformen al ordenamiento jurídico en su integridad.⁴

Bien sabemos que esto obedeció al encomiable propósito de afianzar efectivamente la vigencia del imperio del Derecho y para, de algún modo, reemplazar la inexistencia de aquellos "Tribunales Administrativos" anunciados –pero nunca creados– por la norma programática del artículo 87 de la Carta de 1925.

Como asimismo sabemos que –no sin dudas– la Constitución de 1980 terminó por reconocer, en definitiva, esa tarea insustituible que le corresponde a la Contraloría General de ejercer "el control de la legalidad de los actos de la Administración", en –curiosa coincidencia– su artículo 87 (actual art. 98).⁵

2. Lo concreto entonces es que la Constitución vigente zanjó cualquier duda al respecto, al insertar la función fiscalizadora que le compete a la Contraloría dentro de un sistema de control jurídico de los actos de la Administración,⁶

⁴ Eduardo Soto Kloss, *El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?*, Revista de Derecho Público (Universidad de Chile) 15 (1974) 58-80; Jorge Precht Pizarro, *Gobierno y Administración en la Constitución de 1980*, Gaceta Jurídica 67 (1986) 13-27 (especialmente 23-26), y Lautaro Ríos Álvarez, *La Contraloría General en el Estado de Derecho*, GJ 69 (1986) 6-7.

De nuestra autoría: *Notas sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República*, Colección Jornadas Académicas (Universidad de Valparaíso) 14 (1990) 531-552. *El trámite de toma de razón de los actos administrativos*, RDP (U. de Chile) 49 (1991) 131-168. *Sobre el recurso de protección y la representación del Contralor (Reflexiones acerca de una contienda de competencia)*, Revista Chilena de Derecho (Universidad Católica de Chile) vol. 20 N° 2/3 (1993) 745-757. *El gobierno de la Unidad Popular y la Contraloría General de la República*, RDP (U. de Chile) 53/54 (1997) 97-116.

⁵ Para el encuadre de la Contraloría General dentro del Estado, y su deber de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas que regulan los actos de la Administración, véase la sentencia del Tribunal Constitucional (rol 78) 20.9.1989 (cons. 7°), en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 86 (1989) 2.6, 138-152.

⁶ Las expresiones "controlar" y "fiscalizar" se ocupan acá indistintamente, por no haber diferencias entre ellas y ser términos sinónimos, según el Diccionario de la Lengua Española (21ª edición, 1992).

materia en que también se le reconoció su rol a los tribunales, dando la última (que no la única) palabra.

El que ahora –con la Carta de 1980– los tribunales del Poder Judicial tengan jurisdicción y competencia para revisar la juridicidad de los actos de la autoridad, no puede entenderse, entonces, en desmedro de las plenas atribuciones que le asisten a la Contraloría General, desde que la Constitución debe ser interpretada de modo que todas sus normas produzcan resultados, en concordancia práctica, desechando cualquier hipótesis que conduzca a la reducción o menoscabo de alguna de sus disposiciones, más allá de los términos previstos por el constituyente.

De ahí que establecer el "lugar exacto" de la Contraloría y de los tribunales, pertinente al control sobre los actos de la Administración, obliga a conciliar y hacer eficaces las atribuciones constitucionales de una y otros.

¿Superposición de controles?

Siendo de precisar, a este propósito, que dos medios le fueron confiados a esa casa fiscalizadora para satisfacer el referido cometido de ejercer "el control de la legalidad de los actos de la Administración": pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones en grado de toma de razón, y emitir dictámenes interpretativos para la correcta inteligencia y aplicación de las leyes y reglamentos que rigen a la Administración.

1. El primero, con cobertura constitucional (en los artículos 99 y 93 N° 9) y legal (en los artículos 1º, 10 y 154 de la Ley 10.336), aparece concebido como un trámite destinado a revisar preventivamente la validez jurídica de los actos decisivos de la autoridad, sin perjuicio de las atribuciones de control represivo que les corresponden al Tribunal Constitucional y a los tribunales del Poder Judicial.

1.1) Mientras la Contraloría aquí debe ejercer un control ante-facto (previo al nacimiento del acto en examen) en abstracto y generalizado (masivo sobre los decretos y resoluciones), los tribunales pueden ejercer un control post-facto (posterior a la tramitación del acto, no obstante su toma de razón),⁷ en concreto y eventual (en la medida naturalmente que el acto de la autoridad sea

⁷ Este es un punto pacífico en la doctrina y la práctica. Sobre la revisión jurisdiccional a posteriori de un acto de la Administración, aun si ha sido cursado sin reparos por la Contraloría, puede consultarse la jurisprudencia citada en nuestro *¿Qué queda de la "presunción de legalidad"?*, en RDJ 88 (1991), 1ª parte, sección Derecho, 1-7, y en GJ 134 (1991), 7-15.

impugnado en sede jurisdiccional), por manera que a este respecto no cabría hablar de una superposición de controles o aducir que la Contraloría estaría sustituyendo a dichos órganos jurisdiccionales.

Este esquema, típicamente chileno e inédito en el mundo entero, ha funcionado razonablemente bien durante años de práctica continua, y no se divisan motivos de peso para innovar al respecto.

1.2) ¿Ha llegado la hora de cambiar este control ex ante, por alguna nueva fórmula de control ex post?

La prudencia aconseja no experimentar en la materia y mantener esta primera barrera del Estado de Derecho. Porque si bien la toma de razón afecta la inmediatez en el actuar de la Administración (por un tiempo razonable), es de toda evidencia que los bajos índices de corrupción que el país lució durante años se deben –en gran medida– a esta vigilancia preventiva que ejerce la Contraloría. La verdadera utilidad del trámite de toma de razón no se mide por los casos donde se vio incapaz para detener sonadas irregularidades, sino por los muchos más en que operó como disuasivo o evitó la consumación de actos irregulares.

2. El segundo cometido de la Contraloría General, el poder dictaminante, está tratado en su ley orgánica constitucional N° 10.336 (artículos 5º, 6º, 9º y 19), a que se remite la Constitución (art. 98), y su ejercicio demanda dos precisiones a fin de que no colisione con las prerrogativas que son propias o inherentes a la jurisdicción.

2.1) Un punto a aclarar en lo inmediato viene exigido por la redacción del artículo 6º inciso 3º: “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

Es esta una prohibición, cuyo acto contraventor es nulo y de ningún valor, derivada directamente del artículo 76 de la Constitución, el cual –a su turno– impide al Presidente de la República (y por lógica extensión al resto de la Administración del Estado), entre otras conductas, “avocarse causas pendientes” y “ejercer funciones judiciales”.

a) Se entiende nítidamente que si el asunto ya está radicado en sede jurisdiccional, la Contraloría no puede emitir parecer alguno, por configurarse la susodicha prohibición que le impide dictaminar en asuntos “que estén sometidos

al conocimiento de los Tribunales de Justicia”, en correspondencia con aquel impedimento general de “avocarse causas pendientes”.⁸

b) Más dificultoso parecería deslindar aquellos “asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso”, y respecto de los cuales tampoco la Contraloría puede entrar a informar. La cuestión precisa es la siguiente: si la Contraloría puede o no pronunciarse acerca de la validez de un acto administrativo, en circunstancias que hoy –potencialmente– todos los actos de la Administración son susceptibles de impugnación ante los tribunales del Poder Judicial.

No nos parece que la solución esté en eliminar dicho impedimento,⁹ ni en entender que el solo hecho que un acto administrativo pueda, eventualmente, ser reclamado ante tribunales, inhibe automáticamente a la entidad fiscalizadora para dictaminar en la materia.¹⁰

En nuestro criterio, cuando la Ley 10.336 le veda a la Contraloría intervenir en los “asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso” (art. 6º inc. 3º), no está haciendo más que particularizar y concretar la citada prohibición de rango constitucional (art. 76), que proscribiera a la Administración “ejercer funciones judiciales”. En el sentido que la Contraloría no puede dictaminar sobre la legalidad de un acto administrativo, a instancias de un particular, si de su invalidez pudieran derivarse perjuicios para los derechos de terceros, porque zanjar el *quid juris*, cual es el límite de un derecho y del ajeno, comporta un asunto eminentemente litigioso, de exclusivo conocimiento judicial.¹¹

⁸ Para la contradictoria jurisprudencia judicial en torno a este impedimento, hágase el contrapunto entre la sentencia publicada en RDJ 98 (2001) 2.S, 40-50, por una parte, con el fallo publicado en LSJ N° 294, Jurisprudencia al Día N° 13 (26 junio-2 julio 2006) 146-148, por otra.

⁹ Como lo quiso hacer el nonato proyecto de nueva LOC de la Contraloría, enviado al Senado por el ex Presidente Patricio Aylwin (Mensaje N° 542-323, de 8.5.1992), cuyo artículo 16 inciso 4º acotaba que “La Contraloría General no dictaminará sobre los asuntos de que estén conociendo los Tribunales de Justicia” (iniciativa conjunta con el Mensaje N° 687-07 de 6.5.1992, que proponía crear tribunales de lo contencioso-administrativo dentro del Poder Judicial).

Solución igual de incompleta a la incluida en el art. 54 inciso 3º de la Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, en cuya virtud “Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”.

¹⁰ La Contraloría, por su lado, parece entender que allí donde existe un tribunal “especial” destinado a revisar determinados actos administrativos, ello solo la enerva para pronunciarse sobre la materia específica en que particulares le han requerido su intervención. Así para el caso del Tribunal de Contratación Pública creado por la Ley 19.886, se desprende de sus Dictámenes 18.740, 41.552, 53.271 y 55.887, todos de 2004, y 35.749 de 2005.

¹¹ En ese entendido vamos a coincidir con la opinión de E. Soto Kloss, *Urbanismo, Contraloría General de la República, Tribunales de Justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile*, en “Sentencias Destacadas” 2006, del Instituto Libertad y Desarrollo, 131-144. Igualmente, Pedro Aguerrea Mella, *La Contraloría General de la República y el control de los organismos administrativos con competencia en materia urbanística*, IV Jornadas Constitucionales (octubre 2006) Fac. Derecho Universidad Mayor (Temuco), en “Derecho Mayor” vol. 5/2006 (en prensas).

2.2) Otro aspecto a esclarecer –más delicado– obedece al hecho que gran parte de las veces los dictámenes de la Contraloría General no se limitan sólo a “interpretar” en abstracto la ley, esto es, a esclarecer su sentido y alcance para el único objeto de que los órganos de la Administración le den correcta aplicación, sino que –adquiriendo tales dictámenes los ribetes de un verdadero acto decisorio– concluyen resolviendo situaciones particulares y ordenando la invalidación de sendos actos administrativos, en circunstancias que el asunto tendría que trasladarse a residencia jurisdiccional,¹² supuesto el monopolio de los tribunales en materia contencioso-administrativa.

a) El caso es que ya en el seno de la Comisión Ortúzar fue el profesor Raúl Bertelsen quien –una y otra vez– insistió que la Contraloría no debería tener la facultad para interpretar la ley de manera general y obligatoria (por pertenecerle al Parlamento) ni competencia contencioso-administrativa alguna para mandar invalidar actos administrativos (por ser ello de resorte exclusivo de los tribunales).¹³

Pensando en aquella práctica asumida por el ente contralor desde la época en que no existían “tribunales administrativos”, conociendo de reclamos de particulares contra actos de la Administración y a fin de no relegarlos a una situación de indefensión, pero que continúa aplicando hasta el día de hoy, cuando ya es reconocida la jurisdicción de los tribunales para pronunciarse sobre la nulidad de derecho público de cualquier acto administrativo.

b) Es nuestra opinión, sin embargo, que el referido modo de proceder de la Contraloría no merece reparos de constitucionalidad.

Porque como el constituyente de 1980 –conociéndolas en su aplicación–¹⁴ no restringió las potestades de la Contraloría y mantuvo su situación, le es permitido seguir pronunciándose –a través de un dictamen– sobre la validez de todo acto administrativo reclamado ante ella por un particular afectado. Esto es, si los redactores de la Carta, a sabiendas de esta manera particular que tiene la Contraloría para conocer de impugnaciones en ejercicio de su

¹² Este cuestionamiento, para el resto de los órganos administrativos dotados de potestades “interpretativas”, lo hemos planteado en *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) 14 (2006) 149-160.

¹³ Sesiones 309 (8.11.1977) pág. 1436; 322 (28.10.77) págs. 1701, 1706-1709, y 325 (8.11.77) págs. 1751 y 1760 (con opinión compartida aquí por don Enrique Ortúzar).

¹⁴ Especialmente entre las sesiones 306 (19.7.1977) y 329 (22.11.1977) de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Además, esa forma de actuar de la Contraloría siempre ha sido pública y explicitada en sus Memorias Anuales: son de particular interés las de los años 1970-73, relativas al número de decretos y resoluciones representados por “defectos de fondo” (19.764, 26.909, 30.316 y 28.600, respectivamente), con la advertencia que los que presentan defectos de forma habitualmente son salvados mediante oficios de alcance.

potestad dictaminadora, no la rechazaron explícitamente y su voluntad fue conservar el régimen de la entidad fiscalizadora tal cual se había consolidado hasta el momento, ello implica que ésta puede seguir operando hoy de la misma forma que antes.¹⁵

Eso sí en el bien entendido que, merced al artículo 76 de la Carta, la Contraloría debe abstenerse inmediatamente y no emitir pronunciamiento alguno, cuando la materia ya está cuestionada ante los tribunales (porque eso implicaría “avocarse causas pendientes”) o cuando el asunto puede comprometer derechos de terceros (porque ello significaría entrar a “ejercer funciones judiciales”, erigiéndose en una suerte de comisión especial que asimismo rechaza la Carta, en su art. 19 N° 3).¹⁶

c) Pretender que los tribunales habrían de monopolizar en exclusiva la totalidad de las impugnaciones contra actos administrativos, negándoles la opción contralora a los particulares, carece de asidero constitucional, desborda sus reales posibilidades de actuación,¹⁷ y no se compadece con la realidad de las nuevas trabas de acceso a la justicia que se les siguen poniendo a los privados, especialmente cuando se obstaculiza la procedencia de ese remedio judicial pronto y expedito en que consiste el recurso de protección.¹⁸

Aquellos tres o cuatro veredictos que reivindicán la competencia “excluyente” de los tribunales para pronunciarse sobre la regularidad de los actos administrativos, pues, pudieron ser más prolijos, en el sentido que la Constitución (art. 76) les reserva el conocimiento y resolución de estas materias en definitiva con

¹⁵ Ni una palabra puede informar la Contraloría General si el asunto ya es judicial o concierne a un conflicto entre derechos que sólo un tribunal puede dirimir. Ejemplos en contrario –a discutir en la cátedra– son el Dictamen 25.027 de 2002 (una arista del caso “Ralco”) y el Dictamen 53.137 de 2006 (en el caso de la “Píldora del día después”). Ni tampoco en sus informes al Tribunal Constitucional, cuestionado que sea un decreto por inconstitucional, puede extenderse a artículos previos u objeciones de admisibilidad respecto de una impugnación parlamentaria, que no digan directa relación con los motivos que la condujeron a tomar razón del mismo, sin poner en entredicho la Contraloría su propia neutralidad.

¹⁷ Según sus Memorias Anuales, el año 2003 la Contraloría recibió 21.748 solicitudes de dictámenes, el 2004 fueron 21.709 y subieron a 25.214 el año 2005. Convéngase que gran parte de estas solicitudes son reclamos de particulares, y al cabo se tendrá una idea aproximada de lo que tendrían que absorber los tribunales.

¹⁸ Nuevas trabas reforzadas por el Auto Acordado de 1998, que permite declarar inadmisibles de plano protecciones por extemporáneas o falta de fundamentos. La esperada reacción del decano Soto Kloss puede verse resumida en *La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia 1977/2002)*, *Ius Publicum* 10 (2003) 71-88.

Con más sensibilidad ante los reclamos de particulares, la Contraloría ha informado que ella puede pronunciarse respecto de materias que han sido objeto de recursos de protección declarados extemporáneos por resolución inimpugnable de las Cortes, sin que tales tribunales hayan decidido sobre el fondo del asunto (Dictámenes varios, entre el 42.035 de 1996, el 61.817 de 2006 y ahora el 674 de 2007).

imperio de última voz, pero sin que esto obste los recursos o reclamaciones administrativas previas.¹⁹

Toma de razón: ¿hasta dónde su control?

Vuelta ahora al trámite de toma de razón, para preguntarnos sobre su profundidad. Si abarca solo cuestiones "de forma" o también "de fondo".

1. Incómodo será recordar que el gobierno de la Unidad Popular y sus partidarios (1970-73) fueron los primeros en plantear que la Contraloría debía restringirse a fiscalizar únicamente lo formal o simplemente procedimental, pues los asuntos de fondo de los actos de la autoridad sólo podrían ser analizados por los tribunales.²⁰

Tan incómodo como recordar que después, en la discusión parlamentaria de leyes que sustraen de la órbita fiscalizadora de la Contraloría a empresas y servicios públicos, no pocas veces se le ha dejado caer la crítica de realizar un control meramente formalista, apegado a las ritualidades, de modo que la toma de razón poco o nada agregaría a la juridicidad de fondo del acto cursado.²¹

Algo hay ahí de eso: "palos porque bogas, palos porque no bogas".²²

¹⁹ Si la persona afectada no ha ejercido efectivamente el derecho a la acción y el asunto no es "causa pendiente" ante los tribunales, no procede impedirle el derecho constitucional de petición (art. 19 N° 14), en que se sustenta la posibilidad de reclamo ante la Contraloría General. Es que la solución no pasa por negarle facultades a la Contraloría ni restarle la opción a los privados para acudir ante ella, como lo hace el fallo del caso *Club Deportivo Universidad Católica* (cons. 12° y 14°). Ponderando la práctica chilena y la experiencia acumulada en la materia, no queda sino reconocerles esta posibilidad, sin perjuicio —claro está— de que la última palabra siempre quede reservada a los tribunales.

Máxime cuando en los casos concretos citados en nota 1, las protecciones podrían haberse acogido acudiendo los tribunales al argumento más simple de que no puede la Administración ni la Contraloría invalidar por sí y ante sí actos administrativos que han generado derechos adquiridos. O sea, no es que la Contraloría no se pueda pronunciar sobre el fondo de un asunto (bien o mal); el problema es que allí se pronunció sin respetar dos derechos asegurados por la Constitución: sin darle audiencia o derecho a participar a los afectados (art. 1° inc. 5°) y sin importar los derechos adquiridos por éstos (art. 19 N° 24). En vez de ordenar invalidar a petición de unos supuestos terceros perjudicados, debió abstenerse y sugerirles remitir el caso a los tribunales, por estar comprometidos los derechos de otros.

²⁰ Eduardo Novoa Monreal, *El difícil camino de la legalidad*, Revista de la Universidad Técnica del Estado N° 7 (abril 1972) 9-34 (especialmente 26-29). Raúl Espinoza Fuentes, *La Contraloría General y el proceso de cambios*, misma revista N° 8 (marzo-junio 1972) 15-35.

²¹ Véase nuestro *Derecho Administrativo Económico*, Universidad Santo Tomás (2001), apéndice "Las empresas estatales y la Contraloría General de la República", 120-133.

²² Tómese de ejemplo el editorial de *El Mercurio* (Santiago) de 22.4.2003, cuerpo A pág. 3, *Contraloría y caso MOP-GATE*, donde se apunta que irregularidades generalizadas como aquella se explican por "un problema de la fiscalización que ejerce la Contraloría", cual "es su excesivo apego a los aspectos formales de la actuación de los funcionarios públicos".

2. Pero lo cierto es que ninguna norma constitucional hace el susodicho distinguo entre revisión de forma y fondo, para efectos de encauzar o restringir a la Contraloría actuando en trámite de toma de razón. De modo que el control completo de legalidad de los actos de la Administración, para la Contraloría supone hacerse cargo en plenitud de su adecuación a Derecho.

En verdad, el tema quedó superado con la Ley 19.817 (27.7.2002), modificatoria de la Ley 10.336, cuya gestación concitó el convencimiento general en el Congreso, en orden a que el examen de legalidad que efectúa la Contraloría General no se circunscribe sólo a lo formal.²³

2.1) Se explica de ahí que, dejando de lado añejos criterios restrictivos del pasado,²⁴ ahora acertadamente entiende la Contraloría que el principio de juridicidad por el que le compete velar en su integridad lleva implícitas la racionalidad y proporcionalidad en el actuar de los órganos de la Administración del Estado, conforme consagra el ordenamiento constitucional vigente, especialmente en sus artículos 6° y 7°, en relación con el artículo 2° de la Ley 18.575.²⁵

2.2) Conviniendo la Contraloría que las meras afirmaciones son de suyo arbitrarias, en esa línea ya en algún caso ha ido encima de los "conceptos jurídicos indeterminados", un campo generalmente exento de control.²⁶ La concurrencia de "cambios de significación" que según un reglamento habilitan a la Administración para decidir en cierto sentido, es una cuestión que a ésta corresponde determinar, pero —actualmente ha precisado— sobre la base de antecedentes objetivos y fundados que a la Contraloría toca revisar.²⁷

2.3) Ha avanzado asimismo la Contraloría en el último tiempo, en lo que hace a la "discrecionalidad administrativa", acotando que la posibilidad de elegir entre dos o más cursos de acción, cuando la ley así se lo permite a una autoridad, no escapa al control de los órganos jurisdiccionales y administrativos, en

²³ Para la historia fidedigna de su establecimiento (Boletín N° 2.610-07 de 2.11.2000), en este punto, especialmente el 2° Informe de la Comisión de Constitución del Senado (acordado en sesiones de 8, 15 y 22 de enero y 5 de marzo de 2002) y las clarificadoras opiniones vertidas en Sesión 16ª (15.5.2002) del mismo cuerpo legislativo.

²⁴ En Dictámenes 51.405 de 1968, 74.721 de 1966, 34.087 de 1972, 7.858 de 1979, 679 de 1992.

²⁵ Nueva y mejor tendencia explicitada en sus Dictámenes 14.886 y 16.973 de 1999; 3.744 de 2000 y 10.219 de 2002.

²⁶ Dictámenes 30.692 de 1952; 17.785 y 43.315 de 1971; 70.768 de 1972; 13.481 y 58.643 de 1973; 40.756 de 1976; 23.377 de 1985; 9.269 de 1994, y 27.856 de 2005. Al punto, siguen siendo válidas las críticas de Gustavo Fiamma, en *¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?*, incluida en "La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)", Departamento de Derecho Público-Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1977) 191-202.

²⁷ Dictamen 27.856 de 2005. Se mantiene, sin embargo, la común resistencia de la Contraloría para pronunciarse sobre las materias técnicas o científicas involucradas en un acto administrativo (Dictámenes 11.735 de 1987, 23.348 de 1991, 49.303 de 2000, 18.388 y 36.758 de 2002).

la verificación de los fundamentos de la decisión tomada y el cumplimiento de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico.²⁸

2.4) Yendo más allá, se vincula la legalidad con la eficiencia, por constituir ésta una exigencia normativa puesta a la Administración, principalmente por los artículos 3º y 53 de la Ley 18.575.²⁹ Efectividad que, por lo demás, dice relación con la proporcionalidad en los medios empleados para la consecución del interés general, lo que al venir requerido por el artículo 1º inciso 4º de la Constitución, como un imperativo jurídico de derecho público, obliga a la Contraloría a objetar cualquier abuso en el ejercicio de las potestades administrativas, así como todo exceso en el empleo de los recursos públicos.

Son logros, todos, que una vez enunciados deben traducirse –ya– en actos de efectivo control, para la mejor preservación del Estado de Derecho.

3. Existe un único campo al que a la Contraloría le está vedado entrar: “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”, dice el artículo 21 B de la Ley 10.336, agregado por la Ley 19.817 a proposición y siguiendo la tradicional posición de esa misma entidad fiscalizadora.³⁰

3.1) El problema es que el legislador no define ni ofrece parámetros de claridad para saber, realmente, cuáles serían esos “aspectos de mérito o de conveniencia” en los que la Contraloría no puede entrar.

O sea, la cuestión no es solo que el legislador haya terminado por introducir una figura (el “mérito”) extraña y perturbadora para nuestro ordenamiento.³¹

²⁸ Dictámenes 30.307 de 2004, y 30.516 y 38.859 de 2006. También en sentencia del Tribunal de Cuentas de 19.4.2005 (rol 39), voto de minoría del Presidente (S) del Tribunal don Jorge Correa Fontecilla (considerandos 25º-28º). Para la opinión favorable que concitó este veredicto minoritario en contraposición al de mayoría, v. los editoriales de El Mercurio (Santiago) de 6.5.2005, *Prestigio de la Contraloría en riesgo*, y de 13.5.2005, *Solvencia del Tribunal de Cuentas*, ambos en cuerpo A pág. 3.

Una acotación: en la discrecionalidad, si bien todas las soluciones abiertas por el legislador se presentan –en abstracto– como “igualmente justas”, en el plano su ejercicio, cuando son llevadas al caso concreto para ser escrutadas a la luz de los hechos y con criterios de proporcionalidad, no puede admitirse sino una sola decisión como válida.

²⁹ *El control de legalidad lleva implícito el de la eficiencia*, entrevista al entonces contralor Aylwin en LSJ N° 45 (17-23 septiembre 2001) 8-9. Otras semejantes en El Mercurio (Santiago) de 15.8.1993 cuerpo C pág. 5 y de 12.11.1995 sección “Enfoques” pág. 6.

³⁰ Entre innumerables pronunciamientos suyos en tal sentido, está su declaración pública –con redacción de documento definitivo cuando arreciaban las críticas– *La Contraloría General de la República y la Fiscalización*, en El Mercurio (Santiago) 4.3.1984.

³¹ E. Soto Kloss, *Acercas del llamado control de mérito de los actos administrativos (Notas para un mejor entendimiento del problema)*, RDP (U. de Chile) N° 43/44 (1988) 117-130.

El tema inmediato es que los límites entre la “legalidad” (afecta a control) y el “mérito” de un acto (inmune a la fiscalización) siguen siendo absolutamente difusos.³²

Puestos a exigir algo más que los balbuceos de algunos ejemplos burdos de clase, ¿qué es el “mérito”, entonces? ¿Una de esas fórmulas dúctiles que mutan y se malean con la más completa elasticidad, con el más amplio transformismo acomodaticio? ¿Una grieta abierta en la muralla del control, por donde se han filtrado gruesos decretos causantes de daños sociales masivos? ¿Un inhibidor que opera sobre el subconsciente del contralor, cuya sola representación va minando su labor?

Varias razones aconsejan terminar con esta indefinición. La confianza en las instituciones; salvar a la Contraloría de porosidades políticas; el peligro de comprimir el control al amaño de las contorsiones; la transparencia y la certeza jurídica, son algunas de ellas.

3.2) Lo que pasa por interpretar el ambiguo artículo 21 B de la Ley 10.336, con alcance general y resultante en una nómina taxativa de aquellos tópicos “de mérito o de conveniencia” que escapan al control.³³

Interpretación condicionada a la observancia de dos presupuestos indiscutidos.

Primero: que en ningún caso una ley orgánica constitucional puede modificar conceptos fundamentales de la Constitución,³⁴ de suerte que a esa ley (art. 21 B) no puede atribuírsele el alcance de limitar –eliminar o restringir severamente– el “control de legalidad” que la Carta (art. 98) manda realizar a la Contraloría General.³⁵

³² Fíjese lo mudable que puede resultar este concepto: mientras aquella declaración pública de 1984 citada en nota 30 ponía como ejemplos de mérito “comprar o vender una especie por el Estado, o construir una obra para él, o contratar a un empleado o profesional a honorarios”, el año 2002 el contralor Aylwin –en el 2º Informe de la Comisión de Constitución del Senado, al discutirse la Ley 19.817– mantenía que “Hay que evitar por todos los medios que la Contraloría se transforme en co-administrador”, que a ella “no le corresponde evaluar ni las políticas ni los programas de Gobierno”, pero agregando que “esto no la inhabilita para, por ejemplo, cuestionar la desproporción en el pago de unas indemnizaciones, los créditos dados por la Administración a personas insolventes, o un contrato para realizar una tarea minúscula y al que se le fija un valor de millones de pesos”.

³³ De hecho, como esto puede hacerlo la propia Contraloría General en ejercicio de su potestad para dictaminar, el punto debiera transparentarlo ella misma, como aspecto central dentro de sus directivas de actuación.

³⁴ Tribunal Constitucional (rol 78) 20.9.1989 (cons. 7º, 11º, 13º, 24º y 25º), en RDJ 86 (1989) 2.6, 138.153.

³⁵ Tribunal Constitucional (rol 92) 5.1.1990 (cons. 6º-9º), en RDJ 87 (1990) 2.6, 3-7.

Segundo: que no siendo la ley quien condiciona a la Constitución, sino al revés, por una cuestión de simple jerarquía normativa, entonces esta prohibición legal (art. 21 B) no puede servir de base o punto de partida para decantar qué aspectos restan o caen dentro de dicha obligación constitucional (art. 98).

Luego, cualesquiera sean los contornos que se den al "mérito", es lo cierto que este indeterminado campo carece de título y altura para erigirse en referente, desde donde se pueda modelar –por eliminación o descarte– lo que comprende la "legalidad" y queda bajo control. Por lo que nunca razones subalternas "de mérito o conveniencia" podrán evitar un pronunciamiento cabal sobre la juridicidad de fondo del acto examinado (incluida su razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia y recta finalidad), sea que se haya sido dictado en ejercicio de competencias regladas o discrecionales.³⁶

De ahí nuestra permanente posición en la cátedra, en orden a que la prohibición legal que le impide a la Contraloría "evaluar aspectos de mérito o de conveniencia" ha de leerse –mejor– como un modo de afianzar su autonomía constitucional, en cuanto la pone a salvo de tener que atender razones políticas o gubernamentales para aprobar o rechazar la juridicidad de un acto de la Administración. La responsabilidad consecuente es que nunca el Contralor puede apelar a tal impedimento para eludir su función irrenunciable de examinar la legalidad completa de los decretos o resoluciones de la Administración, sin caer en un "notable abandono de sus deberes" sancionado por la Constitución (art. 52 N° 2 letra c).

Toma de razón: ¿tantos actos bajo control?

Otro tema –cuantitativo ahora– es el relativo a la extensión de los actos afectos a toma de razón.

1. Cuestión a la que responde sin ambigüedad la Constitución (artículo 99) al aludir a "los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría", cuyo evidente significado es que –por regla general– todos los actos decisivos de la Administración (conforme define el art. 3° de la Ley 19.880) deben cumplir con este trámite previo, salvo que –por excepción– una ley orgánica constitucional exima del mismo a ciertos específicos y puntuales decretos o resoluciones.

Mas, este orden se ve completamente alterado por el artículo 10 inciso 5° de la Ley 10.336, cuando dice con licencia que "el Contralor General podrá

³⁶ En ese entendido, v. las intervenciones de los senadores Novoa, Silva Cimma y Viera Gallo, en la antes referida sesión 16ª del Senado (15.5.2002), donde se aprobó definitivamente la Ley 19.817.

eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales".

2. Norma esta última que consideramos inconstitucional en sí misma, porque siendo la materia de exclusiva reserva legal, y de ley orgánica constitucional nada menos, no procede remitirla para que la ejercite y disponga dicha "liberalidad" un órgano de la Administración (la Contraloría General) merced a una simple resolución (que es la forma en que decide el Contralor).

Y a la que se le ha dado, además, una aplicación que contraviene sus propios términos, puesto que aun pudiendo el Contralor eximir a ciertos decretos o resoluciones que no estime esenciales, en realidad lo que viene haciendo desde 1968 en sucesivas resoluciones es invertir la regla, al indicar taxativamente cuáles actos deben cumplir con esta formalidad, quedando automáticamente eximidos los que no enumera en sus cada vez más reducidos listados.

3. Que estas no son solamente opiniones de algunos profesores. Fue recientemente el Senado con ocasión de discutirse la Ley 19.817, quien se negó a modificar ese inciso 5° del artículo 10 recién copiado (como proponía el proyecto del Ejecutivo), precisamente por presentar visos de inconstitucionalidad.³⁸

Es por esta distorsión que la regla general en Chile ha pasado a ser la exención y no la toma de razón, lo que está dejando al margen del examen preventivo de juridicidad unos muchos actos de singular trascendencia y significación.³⁹

Las exenciones debieran quedar reservadas para casos verdaderamente de excepción, considerando los antecedentes de cada organismo público por separado, y no como hasta ahora se hace en que tales eximentes se donan gratuitamente, sin considerar el comportamiento jurídico previo de los servicios liberados. Amén de no contemplarse mecanismos expeditos de reincorporación, para cuando de los controles de reemplazo aplicados no aparezca que el organismo favorecido ha sabido responder a tal acto de confianza.⁴⁰

³⁸ En el tantas veces citado 2° Informe de la Comisión de Constitución.

³⁹ Vaya también nuestra crítica al mismo legislador orgánico constitucional, que ha hecho de estilo excluir de la órbita de la Contraloría a un sinnúmero de servicios fiscalizadores y superintendencias, no obstante estar apertrechados con extensos poderes discrecionales –administrativos, legislativos y jurisdiccionales– de regulación, cuyo ejercicio no se ve moderado o equilibrado con un control de regularidad preventivo.

⁴⁰ El DL 1.141 de 1975, dictado por la Junta de Gobierno en ejercicio de su potestad constituyente, de entenderse vigente después de la Carta de 1980, con rango ahora de ley orgánica constitucional, sólo permite al Presidente de la República (y no directamente al Contralor) ordenar la reinserción al régimen ordinario de toma de razón.

4. No nos es desconocida la alegación de que sería materialmente imposible para la Contraloría revisar, con prontitud y suficiente acuciosidad, el enorme tráfico de decretos y resoluciones que prodiga a raudales la Administración.

El censo arroja cifras crecientes que son de considerar. El año 2001: 158.263 decretos y resoluciones pasaron por el trámite de toma de razón; el 2002: 177.700; el 2003: 177.804; el 2004: 200.534, y el 2005: 226.385.

Los números no caen –se mantienen o crecen– a pesar de sucesivas exenciones por ley o acto del Contralor. Y a igual o superior ritmo deben ir aumentando los decretos o resoluciones que no cumplen con el trámite, gracias precisamente a tales exenciones.

5. La estadística sin embargo está dando cuenta de otro fenómeno, más profundo que el concerniente a la imposibilidad física de control: que el ascenso de decretos y resoluciones –sin un mayor crecimiento de la población o de la economía u otras variables– es revelador de una cada vez mayor presencia e intervención administrativa.

El problema no es la burocracia contralora, sino la burocracia controlada.

5. 1) Está en la creación por ley de nuevos servicios estatales con funciones imprecisas o superfluas, dotados de amplísimas prerrogativas discrecionales para regular a los privados o repartir el erario nacional, con el añadido de nuevos pelotones de funcionarios y de personal contratado a honorarios.⁴¹

Debiendo ser más consciente el legislador que así como puede ser convocado para “crear” estos servicios, fondos e institutos varios, así también debe ser citado para “suprimirlos”, según la Constitución (art. 65 inciso 4º N° 2), si no acreditan la conveniencia de continuar en gestión, con apoyo en auditorias objetivas e imparciales de resultados y aplicados los mismos severos sistemas de transparencia y control que ese legislador ha exigido a las empresas e instituciones del sector privado.

5.2) Está en la complaciente aceptación por la jurisprudencia de la llamada doctrina de la esencialidad, que reduce la esfera de la ley sólo al núcleo de lo medular o fundamental de una materia y –al contrario– deja entregado todo el dilatadísimo campo de lo demás, lo supuestamente adventicio, a actos de la

⁴¹ Un dato elocuente: mientras en 1990 el gobierno central gestionaba directa o indirectamente 6.400 millones de dólares, en la actualidad esta cifra asciende a 28.300 millones de dólares. El Mercurio (Santiago) 26.3.2007 cuerpo A pág. 3, editorial *La gestión del sector público*.

Administración apenas acotados por esa concisa e insuficiente norma legal.⁴² Lo que alienta, por supuesto, la emisión de nuevos reglamentos llamados a “completar” la ley, sea para ampliar las competencias de la misma autoridad, sea para restringir los derechos de los demás.

En vez de entenderse, al fin, que según la Constitución sólo toca a la ley y nada más que a la ley conferir “expresamente”, “determinar” (fijar, precisar, limitar según el Diccionario), las atribuciones de la autoridad. Y que, en lo que hace a los particulares, todo cuanto sobrepasa el indispensable marco de la ley es –por interpretación de la Constitución a favor de la libertad– materia de exclusiva reserva personal, donde son los particulares quienes deciden al amparo de sus derechos e iniciativa individual.

5.3) El problema está en la vocación autoritaria y en la falta de coordinación y simplificación del aparato burocrático, que gusta duplicar su firma en innecesarios e incontables decretos y resoluciones.

En circunstancias que, en un ambiente donde florecen con plenitud las libertades, la mejor autoridad viene a ser la que menos se nota.

En conclusión

1. Toda concepción general, el Estado de Derecho lo es, atrae intentos de derogaciones parciales. Interrupciones, sombríos y arbitrarios eclipses que reducen su vigencia plenaria.

Pasa con la Contraloría: que más exenciones; que menos servicios públicos bajo control; que no se entrometa en el mérito, fondo o discrecionalidad de los actos administrativos, sino solo en su forma; que una reformulación completa a su demasiado vasto vigor fiscalizador.

Cortapisas que desconocen la función amplísima que la Constitución le confía a dicha institución, consistente en ejercer “el control de la legalidad de los actos de la Administración” (art. 98), sin exclusiones ni reservas, esto es, en velar porque la actuación (todos los actos) de los órganos de la Administración (de todos ellos) se someta a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad (art. 6º).

⁴² Un autor de categoría, Tomás-Ramón Fernández, había advertido los peligros que encierra tal elástica doctrina a poco de que se comenzara a calcar en Chile, en su ya clásico *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas (Madrid) 1ª edición (1991) 95 (nota 58). Mismo autor que hace poco vino a advertir el abandono en Europa de esa concepción que escinde el “mérito” de la “legalidad”, en *Alcance del control judicial de las políticas públicas*, Revista Jurídica de Buenos Aires (Universidad de Buenos Aires-LexisNexis) año 2004, 281-296.

Merzas que se tejen a pretexto de misceláneas interpretaciones reductivas, a pesar de que nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para afectar la integridad del régimen constituido.⁴³

Y que ignoran la prudencia, consejera de que los poderes de control, lejos de relajarse, deben desplegarse en la misma medida y proporción como que se tonifica a la Administración. Nada más pernicioso para las libertades de las personas y el imperio del Derecho –la historia lo demuestra– que potenciar a la autoridad sin tomar los paralelos resguardos en materia de fiscalización.

2. Lo que no quita que –son 80 años de edad– nuestra Contraloría padezca achaques de la decrepitud. Lentitud, un andar a veces parsimonioso, el gusto por ciertas añejas concepciones estatistas del pasado, algo de ostracismo o encierro en sí misma, demasiada deferencia con los controlados, sin asumir del todo que la Constitución la coloca también al servicio de la persona humana, son algunos de los síntomas.

Razón de sobra entonces para preservar y perfeccionar esta institución, cívica y jurídicamente valiosa. No para desmejorarla ni hacerla menos potente que la Administración que controla. Que a la buena autoridad no le molestan contralores.

Preservarla, como instancia de control de la regularidad íntegra de los actos de la Administración, actuando pre-facto en el trámite de toma de razón y post-facto con la emisión de dictámenes jurídicos, siempre sin mengua alguna ni invasión de las atribuciones de los Tribunales de Justicia.

Y perfeccionarla, dotándola de los mejores medios para el cumplimiento de su delicada función de primer guardián del Estado de Derecho.

⁴³ Lo explicitaba así el Acta Constitucional N° 3 (DL 1.552 de 1976), artículo 11, en beneficio del normal y eficaz funcionamiento de las instituciones.