



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**POTESTAD DICTAMINADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA
REPÚBLICA**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

IGNACIO ANDRÉS GEPP MURILLO

ALFONSO JOSÉ MUÑOZ BALHARRY

Profesor Guía: Julio Pallavicini Magnere

Santiago, Chile 2013

Índice

GLOSARIO	4
INTRODUCCIÓN.....	5
Estado de Derecho y lo contencioso – administrativo	5
Estructura de la memoria.....	23
Metodología y objetivos generales de la memoria	27
CAPÍTULO PRIMERO: HISTORIA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN CHILE	29
1.1. Nacimiento de una competencia especial.....	29
1.2. El régimen contencioso – administrativo bajo la Constitución de 1925.....	37
1.3. Orígenes de Contraloría General de la República	39
1.4. La Constitución Política de la República de 1980.....	44
1.5. El contencioso administrativo hoy	46
CAPÍTULO SEGUNDO: POTESTAD DICTAMINADORA DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	48
2.1. Normativa aplicable.....	48
2.2. Competencia dictaminante de la CGR en cuanto al fondo del asunto	63
2.2.1. El alcance de la prohibición de dictaminar	72
2.2.1.1. Asuntos de competencia del Consejo de Defensa del Estado	73
2.2.1.2. Asuntos que por su naturaleza sean contenciosos	76
2.3. Alcance de los dictámenes de la CGR	93
2.4. Procedimiento	96
2.4.1. Inicio del Procedimiento.....	96
2.4.2. Instrucción del procedimiento	98
2.4.3. Conclusión del procedimiento.....	98
2.4.4. Publicidad y ejecutividad de los dictámenes de la CGR	100
2.5. Sobre la obligatoriedad de los dictámenes	100
2.5.1. Planteamiento del problema.....	100
2.5.2. Postura de la CGR.....	104
2.5.3. La obligatoriedad de los dictámenes - contrapunto	109
2.5.4. El defecto hermenéutico literal en la interpretación de la CGR.....	111
2.5.5. Sentido de la obligatoriedad de los dictámenes para los funcionarios delimitados por el sentido literal de la LOCCGR.....	114
2.5.6. Contexto en que debe ser aplicada la jurisprudencia administrativa.	116
2.5.7. El sentido de la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa	120
2.5.8. La jurisprudencia administrativa y los dictámenes en concreto	123
2.5.9. Fuerza relativa de los dictámenes y la jurisprudencia administrativa....	128
2.5.10. El imperio de los dictámenes.....	130
2.5.11. El principio de supremacía constitucional como fundamento de la obligatoriedad de los dictámenes emanados de la CGR.....	132
2.6. Impugnación de los dictámenes emanados de la CGR	137
2.6.1. Por vía administrativa.....	137
2.6.2. Por vía del Recurso de Protección.....	139
2.6.2.1. “Impugnación” de un dictamen por vía del recurso de protección	141

2.6.2.2. Doctrina de la impugnación de los dictámenes por vía del recurso de protección.....	145
2.6.2.3. Legitimidad activa de los órganos sujetos a la dependencia técnica de la CGR para recurrir de protección en contra de los dictámenes que los rigen.....	148
2.6.3. Nulidad de Derecho Público de los Dictámenes de la CGR.....	155
2.7. Ejecutividad de los dictámenes emanados de la Contraloría General de la República.....	159
2.7.1. Problemática.....	159
2.7.2. Posible solución normativa.....	160
2.7.3. Posibles medidas de apremio para hacer exigible la ejecución de un dictamen	161

CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA POTESTAD DICTAMINADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SU INTERACCIÓN CON LOS RECURSOS PROCESALES QUE PROCEDEN EN CONTRA DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO....166

3.1. Problemática	166
3.2. Recursos consagrados en la Ley Nº 19.880.....	170
3.2.1. Recurso de Reposición	170
3.2.2. El recurso jerárquico.....	172
3.2.3. Interacción entre los recursos contemplados en la LPA y la potestad dictaminadora de la CGR.....	173
3.3. Recursos consagrados en la Ley Nº 18.695 (Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades).....	176
3.3.1. Reclamo de Ilegalidad	176
3.4. Recursos consagrados en la Constitución Política de la República.....	185
3.4.1. Recurso de Protección	186
3.4.2. Nulidad de Derecho Público	188

CONCLUSIÓN190

Alcances del contencioso – administrativo	191
Terceros independientes como mediadores y/o resolutores en el contencioso administrativo.....	193
Litigación ante la CGR	195
Impugnación de los dictámenes de la CGR	197
Racionalización del Estado: eficacia y eficiencia.....	199

Bibliografía.....202

GLOSARIO

Con el fin de facilitar el entendimiento de este trabajo, hemos abreviado los términos, nombres, o denominaciones que a continuación se describen, conforme al siguiente detalle:

1. Art.: Artículo
2. CDE: Consejo de Defensa del Estado
3. CPE: Constitución Política del Estado
4. CGR: Contraloría General de la Republica
5. CPR: Constitución Política de la República
6. LCDE: D.F.L. 1 de fecha 28 de julio de 1993, Ley del Consejo de Defensa del Estado
7. LOC: Ley Orgánica Constitucional
8. LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575.
9. LOCCGR: Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, N° 10.336
10. LPA: Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, N° 19.880

INTRODUCCIÓN

Estado de Derecho y lo contencioso – administrativo

El 18 de septiembre del año 2010 nuestro país celebró doscientos años desde que comenzara el proceso de independencia que conduciría al establecimiento de la República de Chile. Como enseña la historiografía actual, los movimientos americanos que conllevaron el colapso del sistema imperial español se enmarcan dentro de los procesos históricos mayores que configuran la era de las revoluciones.

Hasta finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, el poder político dimanaba directamente de la persona del soberano – rey o emperador en su caso – y los habitantes de los reinos fueron durante el *ancien régime* llamados súbditos. Fue recién el 14 de julio de 1789, cuando las barriadas parisinas se amotinaron contra el poder despótico de su monarca, que los súbditos pasaron a llamarse ciudadanos.

El sistema que surgiría de las cenizas del parto sangriento de la modernidad se caracterizaría por promover una radical separación de los poderes y el establecimiento de la ley como baluarte supremo de las libertades individuales del ciudadano. Esta idea de que la ley es el origen, fundamento y

límite del actuar del poder público es lo que en Derecho se ha denominado principio de legalidad.

Así, el destacado administrativista español García de Enterría nos enseña:

“Una vez que esa nueva concepción de Derecho (en su fuente; en su manifestación, en su fin) se ha consolidado, el concepto de Estado de Derecho se identifica con su realización y se erige en un modelo de Derecho Natural que va a presidir toda la evolución política de Occidente hasta nuestros días. Hoy se mantiene, y aun se acendra, la misma convicción común sobre el origen y el fin del Derecho; la radical igualdad de los hombres, a la que la conciencia actual es especialmente sensible, la impone, de modo que cualquier otro sistema básico de Derecho que parte necesariamente de la negación de esa igualdad (en beneficio de un hombre, o de un grupo, o de una clase, o de un partido, o de una iglesia), y del sometimiento de los ciudadanos a fines y a mitos transpersonales, que exceden siempre necesariamente de su propio bien y lo instrumentalizan. El segundo elemento estructural, referente a la necesaria producción del Derecho por medio de leyes generales, ha sido, sin embargo, erosionando, quizás paralelamente a la transformación de la ley natural en la concepción del propio mundo físicos y biológico y, como ya hemos visto más atrás, no hay ningún inconveniente de principio en la admisión de leyes singulares, que hoy son, además, perfectamente normales en todos los

ordenamientos (sin perjuicio de que no sean ya, o al menos no deban ser, los rescriptos singulares o *lettres de cachet* del absolutismo, excepciones arbitrarias al sistema general de los derechos)¹.

El principio de legalidad es precisamente lo que dota de contenido a la expresión “Estado de Derecho”. Innumerables definiciones se han dado de este concepto tantas veces invocado, pero en general nos refiere a la idea de racionalización del ejercicio del poder político por medio del principio de legalidad. En este sentido, el propio García de Enterría señala:

“Por lo que a nuestra materia interesa, lo sustancial del mecanismo que permanece no es que la ley sea general o singular, sino que toda acción singular del poder esté justificada en una ley previa. Esta exigencia parte de dos claras justificaciones. Una más general y de base, la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica, como ya hemos estudiado, es la ley; ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo el poder es de la Ley, toda autoridad que puede ejercitarse es la propia de la ley. Sólo en <<nombre de la ley>> puede imponerse obediencia. Los textos revolucionarios son categóricos. Así, la Constitución de 1791 (Art. 3 de la Secc. 1ª, Cap. II), afirma, precisamente

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. 2004. Curso de derecho administrativo I. 12º ed. Madrid. Civitas. Pp. 440-441.

porque es una Constitución monárquica y para excluir cualquier similitud respecto del pasado inmediato, que: <<No hay en Francia autoridad superior a la de la ley. El rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia >>. Antes, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 había dicho en su Art. 5: << Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena>>; de lo que concluye su Art. 7: << Los que soliciten, dicten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias [por arbitrarias ha de entenderse en el pensamiento ilustrado – revolucionario las órdenes no justificadas en una ley o contradictorias con el tenor de ésta] serán castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley debe obedecer al instante; se hace culpable de la resistencia>>^{2.3}

La construcción histórica – jurídica del Estado de Derecho ha atravesado por una serie de fases. En su formulación más primitiva, cabe recordar, se entendía que la separación de los poderes y su sujeción a la ley era absoluta. Cabe recordar que respecto de los jueces, Montesquieu declarara que son:

“La boca que pronuncia las palabras de la ley; ser inanimado que no puede morigerar ni su fuerza ni su rigor.”

² Ibid.

³ V.gr. Arts. 5º y 6º de la Constitución Política de la República.

Sin embargo, esta radical separación de poderes generó algunos problemas. En la época se pensaba que a través de un riguroso proceso de estudio, sería posible crear leyes cuya claridad hiciera innecesaria su interpretación; en su infinita justicia ningún interés podría ser afectado, porque nada sería discutible.

La historia empero, nos enseña que esto fue exactamente lo que no sucedió. La actividad de las administraciones –poder ejecutivo, que en teoría sólo aplicaría leyes prístinas y perfectas– conculcaba y conculcó derechos de los ciudadanos. De este modo surgió una controversia que todavía hoy no se encuentra plenamente resuelta y que trata sobre cómo controlar la efectiva sujeción de la administración a la ley. En otros términos, cómo dotar de eficacia al principio de legalidad.

De esta manera, las controversias que se suscitaron entre los ciudadanos y el Estado y su forma de solución es lo que se ha venido en denominar “contencioso – administrativo”.

El profesor uruguayo Rubén Flores Dapkevicius nos explica:

“El contencioso administrativo, en general y preliminarmente puede definirse, en forma amplia, como el conjunto de normas que regulan los procesos jurisdiccionales donde el Estado es actor o demandado. Es, por definición, una contienda o conflicto de intereses (contencioso) y es administrativo en tanto se regla por normas esencialmente de Derecho Público.

Es una especie de contencioso donde el Estado, necesariamente, es parte, en virtud de la existencia de otros tipos de contenciosos como el amparo, *hábeas corpus*, *habeas data*, inconstitucionalidad de la leyes (sic), expropiatorio, etc.”⁴

Sin embargo, el profesor –también uruguayo– Julio Prat nos plantea ya que:

“En principio, para muchos autores, **contencioso administrativo es el conjunto de litigios o controversias**. Hasta aquí existe acuerdo, pero se vacila en cuanto a su precisión y amplitud. Algunos autores consideran que son los litigios o controversias que se originan en la actividad administrativa, otros que se refieren a los actos administrativos, excluyendo los hechos de la administración, finalmente para otros, son los litigios o controversias en los cuales se debaten cuestiones de derecho administrativo. Los criterios manejados son materiales. También dentro de este criterio, algunos autores estiman que no se trata de litigios o controversias, sino de reglas, sería pues, el conjunto de reglas, normas jurídicas que regulan o se refieren a los litigios o controversias que suscita la actividad administrativa. Forzando un poco el concepto, estaríamos en lo que algunos autores denominan el derecho procesal administrativo. Con un criterio orgánico, la competencia de los tribunales administrativos o que competen a la jurisdicción administrativa. Finalmente con un criterio subjetivo, atenderíamos a las personas que protagonizan la

⁴ FLORES, R. 2010. Tratado de derecho constitucional, T. I. Montevideo. La Ley Uruguay, Pp. 576-577.

contienda y sería contencioso administrativo aquel en que la administración es parte de la controversia”. (Énfasis agregado)

En la cita se observa, en definitiva, la dificultad de dar un concepto general sobre el tema. Por ello deberá estarse, en principio, a las particularidades de la legislación correspondiente y a su regulación de lo concreto⁵.

Ahora bien, sabemos que lo contencioso – administrativo dice relación con las controversias suscitadas entre particulares y el Estado⁶. En este sentido, el profesor Juan Antonio Iribarren decía en 1936 que las reclamaciones de contenido contencioso – administrativo serían procedentes:

“1º Cuando **se viola un derecho subjetivo** de un particular o un funcionario. Ejemplos: Se deniega una merced de agua que se debió conceder, por reunir los requisitos legales, al agricultor que la solicita en forma. El Presidente de la República no reconoce el derecho a jubilación a un funcionario público que tiene todos los requisitos cumplidos;

2º Cuando hay infracción de las leyes que rigen la **competencia**, es decir, cuando el funcionario ejecuta el acto fuera de los límites de sus atribuciones, “ultra vires” (más allá de la competencia);

⁵ PRAT, J. 1982. Derecho administrativo, T. V, (3). Montevideo. Acalí, Pp. 578-579.

⁶ Siguiendo el consejo del profesor Flores, cabe destacar que en Chile jamás ha habido discusión de que los actos del Fisco son justiciables, son conocidos por los tribunales ordinarios y se ajustan a las reglas de derecho privado, porque se entiende que el Fisco es la forma iusprivatista del Estado y por tanto se ciñe a las reglas del derecho común.

3º Cuando el acto ha sido expedido con violación de los requisitos de **forma**, que en materia administrativa son esenciales, debido, tanto a la naturaleza del acto y a las consecuencias que éste va a producir, como al papel de guardadores de la legitimidad del acto, que tales requisitos desempeñan;

4º Cuando el acto se expide con violación de la **ritualidad del procedimiento**, según el cual el acto debe cumplirse o ejecutarse;

5º Cuando el acto ha sido expedido con violación del **derecho objetivo** a que debe ceñirse;

6º Cuando se expide el acto con manifiesta **desviación de poder, usurpación de atribuciones o funciones, o con exceso de poder**. La usurpación de **funciones** consiste en que un funcionario se atribuye las que no tiene y que corresponden a otro órgano. Ejemplo: un funcionario judicial se atribuye funciones administrativas. La usurpación de **atribuciones** supone que un funcionario tiene las que regularmente corresponden a su cargo, y las rebasa, ejerciendo las que son de la competencia de otro funcionario del mismo ramo. Ejemplo: un juez de distrito que conoce de un asunto de sesenta pesos. En este caso, el indicado funcionario rebalsaría su competencia, pues, como sabemos, sólo puede conocer de asuntos hasta cincuenta pesos. En los dos ejemplos expuestos cabría el llamado “recurso por exceso de poder”⁷.

⁷ IRIBARREN, J. 1936. Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases revisados por el profesor. Santiago. Nascimento. En: Los tribunales contencioso administrativos: antecedentes para su estudio;

Como resulta de lo que venimos diciendo, lo contencioso – administrativo comprende una multitud de pretensiones de distinto carácter. Así por ejemplo, se ve que lo contencioso – administrativo incluye los juicios de validez del actuar de la administración (contencioso de anulabilidad), los de responsabilidad del Estado y con mayores vacilaciones lo que en Francia se denominó *excès de pouvoir*.

Por su parte, cabe destacar que la norma de nuestro ordenamiento fundamental que sienta el principio de justiciabilidad de los actos de la administración del Estado es el Art. 38 de la Constitución Política de la República, que dispone:

“Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración del Estado, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la

Junta de Gobierno de la república de Chile, primera comisión legislativa, Instituto Hidrográfico de la Armada de Chile Pp. 29-30, 51-56 y 73.

responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Como es posible advertir, el inciso 2º del Art. 38 de la CPR está diseñado en un sentido muy amplio. En efecto, la fórmula que emplea “lesionada en sus derechos” aparentemente confiere a los tribunales de justicia una competencia casi indeterminada para conocer de los asuntos contencioso – administrativos. Empero su aparente claridad, no existe unanimidad en la doctrina sobre qué tipo de lesiones son justiciables. Así, el profesor Rolando Pantoja nos dice:

“2. De la simple lectura de este precepto se desprende que su alcance es extraordinariamente amplio: no limita la causa de pedir, la cosa pedida, ni el régimen jurídico de las actuaciones u omisiones fundantes de la demanda, limitándose a exigir solamente, como requisito ineludible para la prosecución de la acción, que la pretensión procesal se origine en una actuación u omisión lesiva de la Administración Pública, entendida ésta, naturalmente, como un complejo orgánico, que para todos los efectos está caracterizado como tal por el Art. 1º inciso 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

De aquí que pueda afirmarse que la competencia que ha de ejercer el tribunal determinado por el Legislador para conocer de los asuntos contencioso – administrativos no tiene restricciones y abarca consecuentemente tanto competencias de carácter subjetivo como objetivo. ‘Evidentemente que el

tribunal verdaderamente contencioso administrativo – ha dicho el profesor Pitto Dalmazzo – tendrá jurisdicción plena, en el sentido que ante él se podrán ejercer todas las acciones que la ley haya establecido a favor del particular’.

3. Claro está que quienes sostienen que el Art. 38 inciso 2º del Código Político establece sólo la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, no podrán menos que afirmar que esa competencia se encuentra ya predefinida por el constituyente, de modo que al Legislador sólo le correspondería “determinar los tribunales” que han conocer de ella, ya que la causa de pedir en el proceso administrativo se hallaría restringida constitucionalmente sólo a la lesión de derechos por parte de la Administración, asignando a la palabra lesión el sentido que le atribuye el Derecho español: sinónima de perjuicio o daño indemnizable.

En este sentido se pronuncian los profesores Caldera Delgado, Fiamma Olivares y Soto Kloss. ‘El sentido específico de esa norma – señala Caldera – comprende a todas las causas que originaren perjuicios a consecuencia de acciones o de omisiones provenientes de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades’. Luego de exponer su punto de vista, el profesor Fiamma acota: ‘Hemos querido dejar claramente establecido el contenido reparatorio del Art. 38 citado, porque esta norma es la piedra angular del sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado, es decir, ella contiene los perfiles básicos que lo estructuran,

condicionan y limitan'. 'En efecto, añade el profesor Soto, este artículo prevé la acción que toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado (lato sensu), tiene para reclamar del daño sufrido"⁸.

De todo lo que venimos diciendo se desprende que el Estado de Derecho – aspiración fundamental del ordenamiento republicano revolucionario – hoy en día exige la sumisión efectiva del Estado a la ley. Como aparece evidente, es la efectiva tutela del principio de legalidad lo que en definitiva garantiza ante los ciudadanos esta sumisión que constituye el Estado de Derecho.

Sin embargo, **la tutela de los intereses del ciudadano no sólo se provee por vía judicial**. La superación del rígido esquema de la perfecta división de los poderes por la concepción del Estado como un sistema de balances y contrapesos⁹ ha provocado que la defensa del Estado de Derecho se haya dispersado en una plétora de procedimientos y órganos competentes.

Ahora bien, no obstante que a lo largo de la historia del estudio del derecho administrativo en Chile se observa una tendencia a restringir el concepto de lo contencioso-administrativo a la intervención de un tribunal (posiblemente debido al anhelo programático contenido en la Constitución de

⁸ PANTOJA, R. 2001. La jurisdicción Contencioso – Administrativa – Decisiones legislativas al año 2001. En: LA JURISDICCIÓN Contencioso – Administrativa: Decisiones legislativas al año 2001. Santiago. LOM. Universidad de Chile. Pp. 50-51.

⁹ *Check and balance*. Actualmente se supone que todos los órganos que componen el poder del Estado se fiscalizan mutuamente, acotando en la esfera de su atribuciones la capacidad de actuar de unos y otros.

1925), en la especie la solución de las controversias detectadas por el profesor Iribarren ha estado encargada en Chile a una multiplicidad de entidades, incluso de naturaleza administrativa.

Por este motivo, para los efectos de este trabajo se entenderá por “controversias contencioso–administrativas” toda controversia de relevancia jurídica cuya solución requiera del pronunciamiento de una autoridad, suscitada entre sujetos de derecho público y sujetos de derecho privado o entre sujetos de derecho público, con independencia del órgano llamado a resolverla. Por cierto que cuando se hable de sistema de solución de controversias contencioso–administrativas nos referimos a todos los órganos que clausuran el debate de tal naturaleza.

En este orden de ideas, la presente memoria se aboca al estudio del rol de uno de los órganos llamados más preeminentemente a la defensa del principio de supremacía constitucional y legalidad –la Contraloría General de la República– en el aseguramiento del Estado de Derecho.

Como es de público conocimiento, la Contraloría General de la República es uno de los organismos de la Administración del Estado más importantes de nuestro ordenamiento jurídico. Originalmente incorporada a la vida jurídica nacional por vía del Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, de fecha 26 de marzo de 1927, goza actualmente de rango constitucional¹⁰.

La conformación actual de nuestra Contraloría General de la República arranca primordialmente de las conclusiones que entregara la Misión Kemmerer

¹⁰ Capítulo X de la Constitución Política de la República de Chile, Arts. 98, 99 y 100.

al gobierno del Presidente Arturo Alessandri Palma, y en parte de los aportes de la comisión especial presidida por el entonces Superintendente de Bancos, Sr. Julio Phillippi, que “introdujo las modificaciones que estimó necesarias para adaptar dicho proyecto a nuestra legislación y prácticas administrativas”¹¹.

Dentro de las modificaciones que se estimaron necesarias en la conformación del nuevo organismo contralor, se introdujo una importante atribución: la potestad que asiste al Contralor de emitir informes en distintas materias. Al respecto, el profesor Enrique Silva Cyma, en su clásica obra “Contraloría General de la República” señala:

“Cabe anotar el hecho interesante de que en el Presupuesto Kemmerer no se hablaba para nada de Asesores Jurídicos. Nos atrevemos a pensar que el objetivo de la Misión Kemmerer fue el de concretarse a crear un Organismo de carácter contable y no jurídico contable como actualmente existe, diferenciándose en esto de la estructura de otras Contralorías americanas como luego estudiaremos.”¹²

Es así como la doctrina administrativista nacional se ha encargado de destacar que la CGR es un órgano cuyas particulares atribuciones la convierten en un caso singular en el mundo. En efecto, de conformidad con su actual Ley

¹¹ SILVA, E. 1945. La Contraloría General de la República. Santiago. Nacimiento. Pp. 88 y 89.

¹² Íbid. P. 92.

Orgánica Constitucional¹³, la CGR posee una serie de potestades que ciertamente se alejan de su propósito original de ser una oficina de contaduría general.

De este modo, para efectos de este trabajo, en general podemos afirmar que, a nivel constitucional en virtud de lo dispuesto en el Art. 98 de la CPR, la CGR posee las siguientes atribuciones:

- 1) Controlar la legalidad de los actos de la Administración y;
- 2) Examinar las cuentas, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y demás órganos de la Administración del Estado sujetos a su control¹⁴.

Lo anterior, sin perjuicio de su facultad de tomar razón de decretos y resoluciones que conforme a la ley lo requieran conforme lo dispone el Art. 99 de la CPR, informar sobre las materias enumeradas en el Art. 6 de la Ley N° 10.336, y examinar los ítems descritos en el Art. 7 de la Ley N° 10.336, entre otras contenidas en su ley orgánica y otras leyes especiales.

El trabajo que venimos en presentar tiene como objetivo el estudio pormenorizado de las potestades de control de legalidad que nuestro Legislador ha entregado a la CGR, en cuanto medios establecidos en nuestro orden

¹³ Ley 10.336 de 29 de mayo de 1952.

¹⁴ Art. 98 de la CPR.

constitucional para cautelar el principio de legalidad y, por extensión, el Estado de Derecho.

Sin embargo, esta tesis no se avoca al estudio de la “Toma de razón”, principal mecanismo de control de legalidad entregado a la CGR. Esto por cuanto estimamos que las importantes discusiones sobre su alcance, interpretación e interrelación con otras esferas de lo público han preocupado tradicionalmente a la doctrina especializada y se han discutido suficientemente.

Por el contrario, nuestra tesis se preocupa *in extenso* de analizar la que nosotros llamamos “Potestad interpretativa de la Contraloría General de la República” o “Potestad dictaminadora” y su utilización como mecanismo de solución de controversias de tipo contencioso – administrativas¹⁵.

En este sentido, es necesario recordar que el propósito de los informes del Contralor, por vía de los dictámenes, es interpretar, en principio, las normas sometidas a su competencia con el fin de uniformar el actuar de los órganos de la administración sujetos a su dependencia técnica. En el fondo, la CGR determina cómo debe interpretarse una norma para que el actuar de la entidad que debe aplicarla se ajuste a Derecho, interpretación que muchas veces se solicita en virtud de un pronunciamiento específico, pero que puede resultar tanto en una solución abstracta como efectivamente concreta.

¹⁵ De este modo, en principio nos avocamos a estudiar el ejercicio de la potestad dictaminadora cuando es fruto de la iniciativa de un particular.

Así, se desprende con algún grado de nitidez que la emisión de dictámenes a petición de particulares, típicamente busca que la CGR determine exactamente cómo debe interpretarse una norma administrativa a efectos de que se respete el principio de legalidad. Ello normalmente presupone una discrepancia de criterios entre un particular y un Órgano de la Administración que la CGR viene en resolver y ello implica solucionar un tipo particular de contencioso – administrativo, en el sentido amplio que se le ha dado en este trabajo a dicho concepto.

De este modo, aparece que el propósito general de este estudio es analizar el rol de la CGR dentro de nuestro sistema de solución de controversias contencioso – administrativas, en el entendido que este tipo de controversias son múltiples y su solución está entregada a una multitud de organismos de distinta naturaleza. En este sentido, cabe recordar lo que dijera el profesor Enrique Silva Cimma el año de 1959:

“En suma, conviene dejar establecido que los Tribunales Administrativos a que se refiere el Art. 87 de la Constitución política¹⁶ no implican ni pueden implicar desmedro de la Contraloría General. Son órganos distintos, cuyas funciones son por naturaleza diferentes y cuya existencia paralela no sólo es posible sino necesaria. Así están reconocidos en diferentes reuniones internacionales en donde, a la vez que se ha propiciado el establecimiento del

¹⁶ Se refiere a la Constitución de 1925.

control jurisdiccional, como base fundamental de un Estado de Derecho, se ha mirado con admiración y marcado interés la experiencia chilena sobre la Contraloría General. Y así lo reconoce en forma explícita la Constitución Política del Estado al consagrar a ésta en su Art. 21 ya a aquellos en su Art. 87.

Toca al Legislador –que seguramente habrá de considerar la experiencia de la Contraloría– estudiar el sistema que interrelacione la actividad de todos los órganos de control, tal como tan acertadamente lo ha planteado "El Mercurio" en las dos editoriales antes referidas"¹⁷.

Las opiniones del ex – Contralor demuestran que esta preocupación existe desde hace algún tiempo en nuestra doctrina. Precisamente esta memoria pretende hacerse cargo de aquellas discusiones que aún no han sido abordadas con algún grado de profundidad, con especial énfasis en la integración de la CGR en el mecanismo de solución de controversias existente entre los entes de la Administración del Estado y los particulares.

¹⁷ SILVA, E. 1959. Los tribunales administrativos y la contraloría. El Mercurio. Santiago. Chile. 19 de noviembre. En: Los tribunales contencioso administrativos: antecedentes para su estudio; Junta de Gobierno de la República de Chile, primera comisión legislativa, Instituto Hidrográfico de la Armada de Chile, p. 273.

Estructura de la memoria

La primera parte de esta memoria presenta un estudio pormenorizado de la historia institucional del órgano contralor superior, desde su establecimiento hasta nuestros días. Especial énfasis se pone en esta parte en explicar cómo la CGR, por vía del ejercicio de su potestad interpretativa, entró a suplir la falta de tutela judicial de lo contencioso – administrativo durante la vigencia de la Constitución de 1925.

El objetivo de la segunda parte a su turno, es presentar a jueces, abogados y al público general un análisis sistemático de la potestad dictaminadora de la CGR. Para ello se efectuará un estudio procesal y de fondo de la forma en que opera la CGR cuando emite dictámenes a petición de particulares o por requerimiento de los mismos órganos de la Administración del Estado. En concreto, se busca comprender exactamente, en relación a los dictámenes: su tramitación, alcance y utilidad como mecanismo de solución de controversias.

En esta parte se estudiará:

- a) Cómo se inicia el procedimiento;
- b) La normativa procesal y de fondo aplicable a su tramitación;

- c) Las materias respecto de las cuales es competente para conocer la CGR;
- d) El alcance de los pronunciamientos de la CGR en cuanto a su contenido, y
- e) El alcance de los pronunciamientos de la CGR en cuanto a sus efectos.

En esta segunda parte de la memoria, amén la presentación procedimental – administrativa de la potestad interpretativa, se presentarán y discutirán algunas de las dificultades detectadas por la práctica forense, en relación a la potestad dictaminadora. En concreto se abordan las siguientes discusiones:

- a) ¿Es realmente obligatoria la jurisprudencia administrativa¹⁸ para los organismos sujetos a la dependencia técnica de la CGR?
- b) ¿Cuál es el alcance de la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa y cómo se “hace valer” frente a los órganos que están vinculados por ésta?

¹⁸ De conformidad con el Art. 8 inciso final de la LOCCGR: “De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en los casos a que se refiere el Art. 1.o.”

Mención aparte tiene la introducción en este acápite de la memoria, del eventual conflicto detectado a propósito del alcance de la interdicción de dictaminar que entabla el Art. 8 inciso 2º de la LOCCGR, en relación al contencioso – administrativo nacional, que dispone:

“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, que son de la competencia del Consejo de Defensa Fiscal, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta Ley al Contralor.”

En efecto, se aprecia por los autores un eventual conflicto entre la potestad interpretativa de la CGR y el ámbito de competencia de los tribunales llamados a conocer del contencioso – administrativo nacional.

Un último objetivo del segundo capítulo de la tesis es presentar la discusión sobre el alcance de las competencias de los tribunales de justicia en relación a los dictámenes de la CGR. En particular, se discurrirá sobre la competencia que poseen los tribunales ordinarios, conociendo de recursos de protección, para avocarse a resolver asuntos en que ha intervenido la Contraloría por vía de un dictamen. En este punto resulta especialmente relevante discutir sobre la titularidad que tienen los miembros de órganos sometidos al control técnico de la CGR de acudir a tribunales por vía de las

acciones constitucionales a impugnar las decisiones que haya evacuado ésta por vía de sus dictámenes.

Ahora bien, en el entendido que la potestad interpretativa se enmarca – conforme la legislación actual– dentro del esquema general del contencioso – administrativo en Chile, en la tercera parte de la tesis se abordará la relación entre la potestad dictaminadora de la CGR y los otros mecanismos de solución de controversias entre la Administración y los particulares.

De este modo, el objetivo del capítulo tercero es elaborar un esquema conceptual sobre las distintas formas de impugnación contemplados por la legislación actual para resolver conflictos de carácter contencioso – administrativo.

El capítulo tercero tiene también por objetivo, que el público adquiera una noción de la atomización existente en nuestra legislación respecto de los mecanismos para conocer y resolver del contencioso – administrativo en nuestro país. El propósito final entonces es crear una plataforma que de coherencia al sistema en los términos en que se encuentra actualmente, de modo que los ciudadanos adquieran nociones de cómo obtener una tutela efectiva de sus derechos.

En la última parte de la memoria se consignan las conclusiones generales del trabajo, de modo que permita al público entender el propósito de esta serie de estudios y su utilidad práctica, como asimismo discurrir sobre

cómo la multiplicidad de procedimientos y órganos competentes conculca algunos derechos del ciudadano.

Metodología y objetivos generales de la memoria

En cuanto a la metodología empleada en la producción de esta investigación, cabe hacer un par de precisiones. En primer término, que como se verá, la CGR –en su formulación nacional– es única en el mundo, pues comprende funciones tanto contables, como de control de legalidad de la administración. En segundo término, que la presente investigación se avoca a un tema escasamente tratado en la doctrina nacional, única auténticamente útil por las características de nuestra CGR.

De este modo, el presente trabajo ha contado con un esfuerzo de recopilación de dictámenes, jurisprudencia judicial aplicable, de estudio de casos emblemáticos de tensión del sistema y de revisión de la mayor cantidad de doctrina aplicable al asunto.

Por último, cabe consignar que para los autores, el estudio de la potestad interpretativa de la CGR obedece a la eminente intención de comprender un sistema que siempre se ha intuido complejo y a veces engorroso, pero de capital importancia para la vida práctica.

Es la opinión de los autores que este estudio será de utilidad para jueces, profesores, abogados, público especializado y general para enfrentar en general el problema del contencioso – administrativo en Chile.

Adicionalmente, los autores son de la opinión que las discusiones abordadas en la tesis tendrán la virtud de interesar la intervención doctrinaria sobre algunas oscuridades detectadas en el interior del sistema, para un análisis más detallado y completo en el futuro.

CAPÍTULO PRIMERO: HISTORIA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN CHILE

1.1. Nacimiento de una competencia especial

El nacimiento del proceso contencioso– administrativo está ligado a la organización del Estado de Chile. En efecto, durante el siglo XIX vieron su génesis una serie de instituciones ligadas al asunto, tales como el Tribunal de Cuentas, la Dirección del Tesoro, la Dirección de Contabilidad y la Inspección de Bienes Nacional. Con independencia que la profusión de instituciones evidencia un crecimiento inorgánico¹⁹ y en algunos casos con competencias confusas, también dan cuenta de un intento de organización y orden para la República de Chile.

Precisamente, con ese espíritu fue creado el Consejo de Estado, en virtud de lo dispuesto en el Art. 28 de la Constitución de 1823, entidad con un fin consultivo y de apoyo a la labor del Director Supremo. Tal como lo señala el profesor Juan Carlos Ferrada, el Consejo de Estado “fue organizado en siete

¹⁹ LARA, J. [200-]. Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile. Litigación Pública. Colección de Estudios de Derecho Público. Universidad de Los Andes. P. 69.

secciones, una de las cuales, la primera, era la de Gobierno interior, justicia, legislación y elecciones”²⁰.

Si bien el Consejo de Estado no fue revestido inicialmente con la potestad expresa para dirimir los conflictos que se pudiesen originar entre los particulares y el Estado, situación que, tal como evidenciaremos a continuación, cambió con el paso del tiempo, la Constitución de 1828 no dejó sin regular esta materia, dotando de competencia expresa a la Corte Suprema para conocer de materias contencioso administrativas. En ese sentido, el Art. 96 de la Constitución Política del Estado de 1828, señala como parte de las atribuciones de la Corte Suprema, su facultad para conocer de materias de naturaleza contencioso administrativas, saber:

“**3º.** De los [juicios contenciosos] que resulten de contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo i sus agentes”

Esta consagración normativa, en opinión de la doctrina administrativista en Chile, constituye el origen del tratamiento del contencioso administrativo en la República de Chile. En este sentido, don Juan Antonio Iribarren señala que “el contencioso-administrativo empieza en Chile con la Constitución de 1828. El régimen español de coloniaje no admitía recursos contra los actos de la Administración, dado el carácter patrimonial de los dominios indianos,

²⁰FERRADA, J. [200-]. Los tribunales que ejercen la jurisdicción administrativa en el derecho chileno. Litigación Pública – Colección de Estudios de Derecho Público. Universidad de los Andes. P. 121

dependientes de la corona de Castilla. La Constitución mencionada, en su Art. 96, colocado en el Capítulo IX, intitulado “del Poder Judicial”, otorgaba a la Corte Suprema, entre otras atribuciones, la de “conocer y juzgar de los juicios contenciosos que resulten de los contratos celebrados por el Gobierno o por los agente de éste”²¹. En ese sentido también se pronunció en su oportunidad Guillermo Varas Contreras, quien señala que “la primera referencia a la materia que nos ocupa la encontramos en el número 3 del Art. 96 de la Constitución de 1828”²².

Resulta interesante destacar el tenor literal de lo dispuesto en el numeral 3 del Art. 96 de la Constitución Política de la República de 1828, puesto que otorga una competencia específica a la Corte Suprema para conocer de asuntos que se originen por los contratos celebrados por el Estado de Chile. Lo anterior, era de toda lógica en un contexto económico e histórico en el cual el Estado representaba el mayor actor económico de la vida nacional. Consecuencia de ello es que se trataba del interviniente con mayor nivel de exposición y riesgo, entre otras, por la cuantía de los negocios en que intervenía. La atribución de competencia a la Corte Suprema obedece, entonces, en parte tanto a la relevancia de estos asuntos para el erario nacional, como un reconocimiento de la posición jurídicamente preferencial del Estado respecto de otros actores como los particulares.

²¹ IRIBARREN, J. Op. Cit. P. 48.

²² VARAS, G. 1940. Derecho Administrativo. Santiago. Nacimiento. P. 379.

Dicha atribución de competencia otorgada a la Corte Suprema llegaría a su fin con la llegada de la Constitución Política de 1833, primera constitución que ordenó realmente la República y que en opinión del profesor, don Rolando Pantoja Bauzá, “estuvo presidida por la idea de organizar al país conforme a su realidad”²³. Así, el proyecto de orden constitucional perseguía ajustar las bases de nuestra República, no como un espejo de otras legislaciones, sino que incorporando al mismo la esencia de la realidad nacional de aquella época²⁴. Tal espíritu fue prístinamente reflejada por el redactor de la Constitución Política de 1833 y primer Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Mariano Egaña, quien con ocasión de su permanencia en Inglaterra y Francia, señalaría a su padre en una carta con fecha 16 de febrero de 1928, que la “comparación –entre estas dos grandes naciones– penetra a uno práctica de ciertas grandes verdades políticas, cuyo conocimiento es indispensable para servir a la Patria con provecho, llevándolo a la certeza de aquel importantísimo principio que **nada valen las instituciones si no están apoyadas sobre el carácter nacional, o lo que es lo mismo, que las leyes nada son sin las costumbres**”²⁵.(Énfasis agregado).

²³ PANTOJA, R. Op. Cit. P. 20

²⁴ BORDALÍ, A. 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. Revista Chilena de Derecho, V. 33 (1).P. 26.

²⁵ EYZAGUIRRE, J. 1964. Historia de Chile. Santiago. Zig-Zag.Pág. P. 537.

En consecuencia, la Constitución Política del Estado de 1833 dispuso como una atribución privativa del Consejo de Estado, institución creada 10 años atrás, el conocimiento del contencioso administrativo, que dispone en su Art. 104:

“7º. Resolver las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo i sus ajentes”.

Lo anterior, en opinión del profesor Pantoja, se debería a que “no era aconsejable que juicios tan cuantioso e incluso delicados quedaran entregadas solo al criterio jurídico privado, desprovisto de la formación que tiene quien se ocupa de las cosas de interés público”²⁶.

De este modo, como señalara José Rojas González, “la Constitución de 1833 dio esta atribución al Consejo de Estado, instituyéndolo en consecuencia, como Tribunal Contencioso Administrativo”²⁷. En ese mismo sentido, el profesor Ferrada comprende que dichas atribuciones, “asignaban a este Consejo un papel de tribunal en estas materias, que excedían el carácter generalmente consultivo que tenía en otras, constituyéndose en una excepción calificada a la

²⁶ PANTOJA R. Op. Cit. P. 20

²⁷ ROJAS, J. 1934. Tribunales Contencioso – Administrativos. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. P. 51.

competencia de los tribunales de justicia para conocer las controversias jurídicas”²⁸.

Cabe destacar que la habilitación del Consejo de Estado como tribunal encargado de conocer lo contencioso – administrativo, fue objeto de debate en el entorno jurídico chileno. Así, se sostuvo que en virtud del numeral 7 del Art. 104 de la Constitución Política de la República, el Consejo de Estado sólo estaba habilitado para conocer de lo “contencioso – contractual”, y que todo lo que no pudiera entrar en dicha calificación sería materia de competencia común, sometida al conocimiento de los Tribunales Ordinarios de Justicia²⁹. Sin perjuicio de lo anterior, quienes apoyan la delegación total del contencioso administrativo al Consejo de Estado, sostienen que con prescindencia de lo dispuesto en el numeral 7 del Art. 104, el numeral 4 del mismo Art. constituye una normal residual³⁰, a saber, será una atribución del Consejo de Estado:

“4º. Conocer en todas las materias de patronato y protección que se redujeran a contenciosas, oyendo el dictamen del Tribunal superior de justicia que señale la ley”.

²⁸ FERRADA, J. 2012. El sistema de justicia administrativa en el derecho chileno: ¿control de legalidad al acto administrativo o tutela de derechos y/o intereses legítimos? - Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, V. XXV (1), Pp. 103 - 126.

²⁹ SOTO, E. 1977. Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia. Revista de Derecho Público, Vol. I. (21, 22). Pp. 233-235.

³⁰ CÁRDENAS, D. 2004. El consejo de estado como tribunal contencioso – administrativo bajo la vigencia de la constitución de 1833. Valdivia. Universidad Austral de Chile. P. 86

Producto de lo anterior, se ha señalado que el sistema creado en 1833 originó un periodo en que no existiría una “jurisdicción contencioso – administrativa semejante al modelo francés e inglés, sino que se entremezclaban elementos de ambos con órganos cuasi judiciales que carecían de una adecuada independencia”³¹.

En ese sentido, el profesor Jorge Huneeus, se opuso firmemente a la instauración de un tribunal que conociera de materias contencioso administrativa de forma privativa, señalando que es necesario borrar “por completo y con mano firme, todo aquello que aún se conserva en nuestras instituciones del sistema francés, y encomendar, a los Tribunales Ordinarios el conocimiento exclusivo de todos los asuntos judiciales que en el orden temporal se promuevan en el territorio de la República, sea cual fuere su naturaleza y la condición de las personas que en ellos intervengan”³².

La atribución a un órgano de carácter administrativo como el Consejo de Estado, de la competencia para el conocimiento del contencioso – administrativo, tuvo su ocaso con la reforma de 1874. Dicha reforma modificó el Art. 104 de la Constitución Política del Estado de 1833, eliminándose el numeral 7º relativo a la facultad de conocer y juzgar las disputas suscitadas con ocasión de los contratos y negociaciones celebradas por el Supremo Gobierno y sus

³¹ HUNEEUS, J. 1891. La constitución ante el congreso. T. II. 2ª ed. Santiago. Cervantes. P. 210.

³² HUNEEUS, J. Op. Cit, Pp. 213, 226 - 228.

agentes, “reafirmandose así el principio de la Jurisdicción única”³³. Dicha modificación fue aplaudida por el profesor Huneeus, quien la calificó como “una reacción saludable frente a lo que se ha bautizado con el curioso nombre de administrativo–contencioso, remedo en nuestras instituciones del sistema francés”.³⁴

Con todo, existen autores que no ven en dicha modificación legal el término del contencioso administrativo, sino que sólo del denominado “contencioso –contractual”³⁵. A mayor abundamiento, el Consejo de Estado, aún después de la modificación de 1874, habría seguido teniendo competencia en los asuntos administrativos, confirmando su carácter de tribunal administrativo. Así, a modo de ejemplo, en materia municipal habría mantenido el conocimiento del reclamo de ilegalidad³⁶.

³³ ROJAS, J. Op. Cit., Pp. 51 - 52.

³⁴ HUNEEUS, J. Op. Cit., Pp. 213 - 229.

³⁵ FERRADA, J. Op. Cit., P. 122.

³⁶ VARAS, G. Op. Cit., P. 380.

1.2. El régimen contencioso –administrativo bajo la Constitución de 1925.

Con la Constitución presidencialista de Arturo Alessandri Palma, se consagra en Chile “la separación e independencia de los poderes públicos, excluyendo la revisión del Poder Judicial sobre los Actos de la Administración”³⁷. Así el nuevo Art. 80 de la Constitución Política de 1925 señalaba:

“**Art. 80.** La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos”.

Lo anterior, se complementaba con el ya existente Código Orgánico de Tribunales, el cual establecía a través de su Art. 4 lo siguiente:

“**Art. 4.** Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de los otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

Tales funciones, comprenden las de conocer las causas civiles y criminales, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado, intervenir en los actos no

³⁷ VERGARA, A. [200-]. Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto. Litigación Pública – Colección de Estudios de Derecho Público. Universidad de los Andes. P. 42

contenciones en que una ley requiera su intervención y ejercer las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que les confiere la ley.

Por su parte, la Constitución Política del Estado de 1925 hacía referencia a través de su Art. 87, a los denominados tribunales administrativos. Como se puede apreciar, dicha Constitución sienta las bases de una jurisdicción contenciosa– administrativo en Chile, radicada en tribunales, formados por miembros permanentes, facultados para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de la autoridad administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otro tribunal por la Constitución o las leyes. Lamentablemente, la Constitución de 1925 entregó a una ley la organización y atribución de dichos tribunales administrativos, ley que nunca se dictó³⁸.

Consecuentemente, en virtud del principio de separación de poderes, la doctrina y jurisprudencia de la época entendió que los tribunales ordinarios no tenían competencia para conocer de causas contencioso –administrativas. Así, se produjo un vacío legal que llevó a los particulares a una situación de indefensión respecto de sus derechos con el Estado³⁹. Cabe destacar, sin embargo, que a pesar de este vacío orgánico, durante la vigencia de la Constitución Política del Estado de 1925 existieron mecanismos jurisdiccionales

³⁸ VERGARA, A. Op. Cit. P. 43.

³⁹ LARA, J. Op. Cit. P. 71.

para exigir y hacer valer la responsabilidad pecuniaria del Estado como el Juicio de Hacienda, consagrado en el Código de Procedimiento Civil de 1902.

Sin embargo, debe destacarse que el Juicio de Hacienda no se estructuró en definitiva como una forma de cautelar los derechos patrimoniales de los ciudadanos frente al Estado, sino que como una estructura de protección y privilegios procesales a favor del Estado en desmedro de los ciudadanos. Con todo, no es posible denegar que aún cuando el Estado y el ciudadano se colocan procesalmente en posiciones desiguales, el Juicio de Hacienda constituye un esfuerzo de seriedad con el fin de poder perseguir la responsabilidad pecuniaria del Estado, el cual sin duda alguna hasta el día de hoy es susceptible de ser sustancialmente mejorado.

1.3. Orígenes de Contraloría General de la República

Paralelamente al desarrollo institucional a la luz de la Constitución de 1925, la Misión Kemmerer⁴⁰ efectuaba sus recomendaciones, con miras a refundir en un solo organismo aquellos servicios que eran de mayor relevancia

⁴⁰ Conformada por Edwin W. Kemmerer, Howard M. Jefferson, Harley L. Lutz, Joseph I. Bryne, William W. Renwick, Henry H. West, Frank W. Fetter y G. Van Zandt, tuvo como objetivo la actualización y optimización de los sistemas monetarios, bancarios y fiscales de Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia dentro de América Latina. Su mayor logro en cada uno de aquellos países, fue sentar las bases para una organización moderna de lo que hoy conocemos como Banco Central. Ello, ya que sería parte de sus políticas la creación de una estructura que permitiese la estabilidad bancaria y atraer, en consecuencia, una mayor inversión extranjera.

para la hacienda pública. Sobre la base de dicha recomendación se creó la Contraloría General de la República, en virtud de lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, de fecha 26 de marzo de 1927. Dicho proyecto fue sometido a la revisión de don Julio Philippi, Superintendente de Bancos, para adaptar dicho proyecto a nuestra legislación y prácticas administrativas⁴¹.

Cabe destacar que la Contraloría General de la República, a diferencia de lo que ocurre con el Consejo de Estado, no fue concebido como un tribunal u órgano consultor, sino como una entidad pública encargada de actuar como el “perro guardián de la responsabilidad gubernamental”⁴². En ese orden de ideas, la función primordial del ente contralor, era velar por la contabilidad de la nación, y ejercer un control de legalidad a través de la toma de razón. Cabe destacar que en su concepción original, la toma de razón no dotaba al acto administrativo de la presunción de legalidad que se le asigna hoy, puesto que entonces consistía en la mera incorporación a un registro llevado por el órgano de control.

Para ilustrar la misión de Contraloría General de la República, cabe recordar los fundamentos originales del proyecto que le da origen:

“Núm. 400 bis - Santiago, 26 de marzo de 1927.- Teniendo presente:

⁴¹ SILVA E. Op. Cit. P. 89.

⁴² ALDUNATE, E. 2005. La evolución de la función de control de la contraloría general de la república. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, V. XXVI. P. 22

Que la desorganización que existe en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los dineros fiscales, ha producido una situación que ha causado una verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en dichos servicios;

Que esto proviene de la falta de cumplimiento de las leyes y disposiciones administrativas que reglan la percepción de las rentas y la correcta aplicación de ella a los gastos nacionales;

Que esta fiscalización corresponde hoy da a diversas oficinas que obran, en sus atribuciones legales, sin una organización única que la haga eficaz, desempeñándose cada una de ellas con independencia, que es perjudicial para el buen servicio;

Que es indispensable refundir estos servicios en una oficina especial, cuyo jefe tenga amplias facultades, para que pueda responder al Presidente de la República de la eficiencia de los servicios que se le encargan;

Que la Misión de Consejeros Financieros, presidida por Mr. Edwin W. Kemmerer, propuso con este objeto la creación de la Contraloría General de la República;

Que este proyecto ha sido revisado por una comisión presidida por el Superintendente de Bancos, don Julio Philippi, que ha presentado su informe en

que, conversado toda la estructura del proyecto de la Misión Financiera presidida por Mr. Kemmerer, lo ha ajustado a nuestra legislación y prácticas administrativas;

Que el Art. 11 de la Ley número 4.113, de 25 de Enero último, concede al Ejecutivo facultades extraordinarias para “organizar la recaudación de las contribuciones fiscales”; y

Que es indispensable, junto con esa organización, proveer a la fiscalización en forma eficiente, he acordado y decreto”.

De este modo, por medio del Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, del 26 de marzo de 1927, se creó la Contraloría General de la República, siguiendo las recomendaciones de Edwin Kemmerer, para quien, “era fundamental que la Contraloría produjera informes estadísticos y financieros que permitieran al gobierno planificar y ejercer sus políticas económicas y otorgaran la información necesaria para atraer a los inversionistas extranjeros.”⁴³

Se ha señalado que la Contraloría General de la República, fue transformada por don Carlos Ibáñez del Campo, en un cuarto poder del estado, “al otorgarle atribuciones para pronunciarse no sólo sobre los gastos fiscales, sino también sobre su constitucionalidad”⁴⁴, centralizando su poder. Tal opinión del profesor Ruiz-Tagle, no hace sino hacer eco de la evolución histórica que ha

⁴³ RUIZ-TAGLE, P. 2003. Una Contraloría General de la República que sirva a todos los chilenos. Estudios de Derecho Administrativos. Revista de Derecho Público, V. 70 P. 243

⁴⁴ Ibid. P. 244.

tenido Contraloría General de la República, y en particular el rol que ésta ha tenido de asignar derechos a quienes recurran a ella.

En ese sentido, es necesario considerar que la normativa establecida en las Constituciones de 1833 y 1925, relativas al procedimiento contencioso administrativo llevaron a un vacío orgánico en virtud del cual, no existiría órgano competente, con exclusión de los Tribunales Ordinario de Justicia respecto de cierto tipo de materias, que pudieran constituir una instancia para que los particulares resolvieran sus conflictos con el Estado. Fue este vacío, acompañado de la inoperatividad del Legislador de la época, en particular aquel posterior a la Constitución de 1925, el que importó que no existiera un canal de impugnación frente a los actos de la Administración, lo que empujó a Contraloría General de la República a hacerse cargo de innumerables solicitudes de pronunciamiento, por cuanto si bien no revestía la autoridad de un tribunal, poseía las atribuciones necesarias, en opinión de los recurrentes a ella, para calificar la legalidad o ilegalidad de los actos de la Administración del Estado.

Consecuentemente, y como bien lo recoge el profesor Ruiz-Tagle, la Contraloría General de la República, sin ser un tribunal, fue utilizada como un tribunal por los particulares quienes, al no poder recurrir por un vacío legal a los Tribunales Ordinarios de Justicia⁴⁵, acudieron a ella para que, a través del

⁴⁵ Que a su vez se declaraban incompetentes.

ejercicio de su potestad dictaminadora, resolviera contiendas con los órganos de la Administración del Estado, asignando derechos en buena medida. Lo anterior, no hace sino colocar al ente contralor en una posición, desde una perspectiva funcional, similar al del Poder Judicial, dirimiendo situaciones entre partes con pretensiones contrapuestas, asignando derechos y determinando la legalidad aplicable en la pretensión de cada una.

1.4. La Constitución Política de la República de 1980

Cabe señalar, que en su formulación original, la Constitución Política de la República de 1980 mantuvo la misma estructura que la de 1925 en relación a la solución de controversias de naturaleza contenciosa–administrativa, radicando su conocimiento en tribunales especiales que habrían de crearse.

A la sazón, el texto original del Art. 38 de la Constitución de 1980 disponía:

“Artículo 38.- Una ley orgánica constitucional determinara la organización básica de la Administración Pública, garantizara la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurara tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso–administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Ahora bien, toda vez que a la fecha en que se discutieron las primeras reformas constitucionales no se habían cread aún los tribunales contencioso–administrativos, teniendo presente la experiencia del régimen constitucional anterior y con la intención de solucionar la evidente inoperatividad de una disposición como la transcrita, se introdujo la modificación al inciso segundo del Art. 38 de la Constitución Política de la República de 1980 por el siguiente:

“Art. 38. Inciso Segundo. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Como lo destacara don Arturo Marín Vicuña, asesor del Ministro del Interior, en su informe de fecha 5 de junio de 1989, “con esta modificación – que eliminó la frase “tribunales contencioso – administrativos” del inciso 2º del Art. 38 – se persigue aclarar que el constituyente no ha pretendido exigir que se creen tribunales especiales para lo contencioso– administrativo. Para ese fin, la

ley (...) podrá asignar competencia a los tribunales ordinarios, en todo el país o sólo en algunos casos, y crear tribunales especiales, si así lo estima conveniente para la pronta y cumplida administración de justicia.”

Resulta evidente que la solución constitucional ha sido evitar la delegación al Legislador de la responsabilidad de regular la creación y organizaciones de tribunales con competencia privativa sobre lo contencioso administrativo. Por esta razón ha consagrado expresamente que los tribunales, sean los existentes o por existir, son competente para conocer de los litigios que puedan existir entre el Estado de Chile y los particulares.

1.5. El contencioso administrativo hoy

Sin perjuicio de analizar la posición actual con mayor profundidad en el desarrollo de este trabajo, cabe destacar un hecho innegable, cual es el rol que ha tenido Contraloría General de la República como mecanismo de control de los actos administrativos. A saber, y a través de su potestad interpretativa, vinculante para los funcionarios de las Administración del Estado, la Contraloría General de la República ha logrado ejercer un control de legalidad fuera del acto de Toma de Razón, en virtud del cual ha dirimido conflictos entre particulares y el Estado, asignando derechos a las partes.

Conforme a lo anterior, el actuar de la Contraloría General de la República hoy se ha integrado con otros mecanismos de solución de controversias con la Administración del Estado, los cuales tienen entre sus más claros exponentes hoy a los Tribunales Tributarios y Aduaneros, Tribunales Medioambientales, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, entre otros.

Así, el contencioso administrativo hoy, **entendido como ya se ha señalado en una instancia de solución de controversias entre los particulares y la Administración del Estado o entre los propios actores que forman parte de la administración de la nación, ya sea a nivel centralizado o descentralizado (como por ejemplos las municipalidades)**, ha derivado en el empoderamiento de “terceros independientes” capaces de resolver conflictos con la Administración conforme a derecho, generándose mecanismos de impugnación y revisión con estándares de independencia, objetividad y apego a la legalidad vigente más estrictos.

Dicho fenómeno, aparejado al del actuar propio de los Tribunales Ordinarios de Justicia, ha generado un sistema complejo de impugnación de los actos de la Administración del Estado, aún en proceso de maduración y donde ciertamente aún resta mucho trabajo en cuanto a la delimitación precisa de las competencias de cada actor del sistema.

CAPÍTULO SEGUNDO: POTESTAD DICTAMINADORA DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La posibilidad de impugnar los actos de la Administración del Estado constituye un pilar básico del funcionamiento ordinario del Estado de Derecho. En ese sentido, la normativa vigente faculta, en la forma que a continuación se explicará, tanto a miembros de la administración fiscal como a los ciudadanos y particulares en general, para requerir la intervención de la CGR mediante el ejercicio de sus potestades de control.

2.1. Normativa aplicable

La potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República está regulada por una serie de conjuntos normativos dispersos. Entre ellas, su fuente primaria se encuentra consagrada en la Constitución Política de la República en el Art. 98 inciso primero, el cual señala:

“Art. 98.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República **ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración**, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las

leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.” (Énfasis agregado)

Como puede apreciarse, es en virtud del mandato constitucional expreso, que la Contraloría General de la República tiene la potestad y el deber de conocer y fiscalizar el estricto apego a derecho de los actos de la Administración del Estado.

Complementariamente, la CGR está facultada para solicitar a los entes sometidos a su fiscalización, informes que den respaldo y cuenta de los gastos por dichas entidades incurridos, en virtud de lo dispuesto en el Art. 53 del Decreto Ley 1.263 de 1975, a saber:

“**Art. 53°** La Contraloría General de la República, podrá exigir a los servicios públicos sujetos a su fiscalización los informes necesarios que le permitan la comprobación de los ingresos y gastos correspondientes a su gestión.”

Por otra parte, el Art. 7° de la LOCCGR⁴⁶, que rige el actuar de la Contraloría General de la República determina la forma en que el Contralor General de la República ejercerá su potestad interpretativa:

⁴⁶ Orgánica constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo cuarto transitorio de la CPR.

“**Art. 7.** El Contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten.

El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que sean de su incumbencia y que él determine en forma definitiva.

En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de Jefaturas de Servicios o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes.”

Finalmente, el actuar interpretativo de Contraloría General de la República está sujeto a las prerrogativas y limitaciones que respecto del mismo establece el Art. 8º de la LOCCGR que dispone:

“**Art. 8º.** Sólo la Contraloría tendrá competencia para informar en derecho sobre las materias indicadas en el inciso 5º del Art. 10 y, en especial, sobre los asuntos que se relacionen con la aplicación del Estatuto Administrativo y con el funcionamiento de los servicios públicos que constituyen la Administración Civil del Estado, para los efectos de la correcta aplicación de las Leyes y reglamentos que los rigen.

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, que son de la competencia del

Consejo de Defensa Fiscal, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.

De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en los casos a que se refiere el Art. 1º.”

Ahora bien, la regulación que faculta, y obliga en ciertos casos el pronunciamiento por parte de Contraloría General de la República sobre ciertas materias de su competencia, no determina en forma expresa el procedimiento en virtud del cual se ejerce la potestad dictaminadora. Ahora bien, la Corte Suprema, ha resuelto que dependiendo de la forma en que se materialice la potestad dictaminadora, dependerá la normativa aplicable al procedimiento de dictación e impugnación del mismo, conforme a la siguiente distinción:

“Que con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: **dictámenes constitutivos de “decisiones”**, que son verdaderos actos terminales; **aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores**, que constituyen actos de trámites; y por últimos, **dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal**, tipo de dictámenes que no cabe

dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de “dictámenes o declaraciones de juicio”, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza⁴⁷.” (Énfasis agregado)

Esta interpretación, cuyo análisis retomaremos más adelante, busca precisar la normativa que supletoriamente resulta aplicable al ejercicio de la potestad dictaminadora. Siguiendo esta interpretación, y de un análisis de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.880 de 29 de mayo de 2003, dado su carácter general y supletorio, consideramos que dicho conjunto normativo se integra con la LOCCGR en lo que respecta a los dictámenes en cuanto actos trámite como asimismo a aquellos que constituyen “decisiones”.

Ahora bien, por el momento y para efectos de simplificar el análisis que se hace a continuación, se considerará que todos los dictámenes son actos administrativos.

⁴⁷ Considerando sexto en fallo de fecha 12 de enero de 2012 dictada por la Corte Suprema de Justicia, causa rol 10.499-2011, caratulada Guillermo Encina Eade y otra contra Contraloría Regional de Tarapacá y Dirección Del Servicio de Salud de Iquique.

En este orden de ideas, la LPA establece las reglas generales aplicables a los procedimientos administrativos de los actos de la Administración del Estado⁴⁸ y que en virtud de lo dispuesto en su Art. 1º resulta aplicable a la tramitación de los actos por la CGR, con exclusión de la Toma de Razón. Así, el Art. 2º de dicho conjunto normativo indica:

“**Art. 2º.** **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades.

Las referencias que esta ley haga a la Administración o a la Administración del Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el inciso precedente.”

Consecuentemente, en virtud del Art. 2º de la Ley 19.880, en cuanto los dictámenes son actos administrativos, la potestad dictaminadora del Contralor General de la República sería susceptible de ser regulada por las disposiciones de dicho conjunto normativo. Este postulado arranca de las definiciones contenidas en el Art. 3º de la Ley 19.880 que señala:

⁴⁸ En el entendido que en virtud de lo dispuesto en el Art. 1º de la LOCBGAE la CGR integra la Administración del Estado.

“**Art. 3º.** Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El 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.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.” (Énfasis agregado)

Es de especial importancia considerar que al regirse el ejercicio de la potestad dictaminadora⁴⁹ por las disposiciones de la Ley 19.880, resultan también aplicables los principios contenidos en ésta, consagrados en sus Arts. 5º y siguientes. En este orden de ideas, los principios que inspiran y regulan el procedimiento administrativo son los siguientes:

- a) Principio de escrituración (Art. 5º Ley Nº 19.880): El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión;
- b) Principio de gratuidad (Art. 6º Ley Nº 19.880): En el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán

⁴⁹ En lo que respecta a los dictámenes de trámite o constitutivos de decisiones.

gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario;

- c) Principio de celeridad (Art 7º Ley N° 19.880): El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites;

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

- d) Principio conclusivo (Art. 8º Ley N° 19.880): Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad.

e) Principio de economía procesal (Art. 9º Ley N° 19.880): La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.

Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.

f) Principio de contradictoriedad (Art. 10º Ley N° 19.880): Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan

paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

g) Principio de imparcialidad (Art. 11º Ley N° 19.880): La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de

ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

- h) Principio de abstención (Art. 12º Ley Nº 19.880): Las autoridades y los funcionarios de la Administración en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en ese precepto, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.
- i) Principio de no formalización (Art. 13º Ley Nº 19.880): El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

j) Principio de inexcusabilidad (Art. 14º Ley N° 19.880): La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación.

Requerido un órgano de la Administración para intervenir en un asunto que no sea de su competencia, enviará de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocer según el ordenamiento jurídico, informando de ello al interesado.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, abandono del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

k) Principio de impugnabilidad (Art. 15º Ley N° 19.880): Todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.

- l) Principio de transparencia y publicidad (Art. 16º Ley Nº 19.880): El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.

No obstante ser todos los principios igualmente relevantes, consideramos particularmente importantes para efectos del análisis del ejercicio

de la potestad dictaminadora, los principios de conclusividad, contradictoriedad, imparcialidad, inexcusabilidad e impugnabilidad. Ello, por cuanto aplicados a la tramitación de la solicitud de dictamen elevada al Contralor General de la República, y por cierto al dictamen mismo es posible, en principio, colegir las siguientes reglas:

- a) El dictamen deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido al conocimiento de la CGR, en la medida en que tenga todos los elementos de juicio necesarios para ellos;
- b) Los interesados en la solicitud de dictamen efectuada a la CGR podrán aportar documentos y efectuar, añadir o interponer alegaciones;
- c) Los dictámenes deberán contener fundamentos de hechos y derecho que justifiquen la decisión del órgano de control;
- d) Requerida para emitir un dictamen, la CGR estará obligada a pronunciarse al respecto, salvo que la materia no fuere de su competencia, en cuyo caso deberá remitir los antecedentes a la autoridad o tribunal que fuere competente; y,

- e) Los dictámenes de la CGR son impugnables a través del recurso de reconsideración, aclaración o complementación, no obstante otros que fueren de aplicación común.

2.2. Competencia dictaminante de la CGR en cuanto al fondo del asunto

De acuerdo al tenor literal de la LOCCGR y del Art. 12 de la CPR, la CGR es competente para pronunciarse respecto de las siguientes materias:

- a) Materias indicadas en el inciso 5° del Art. 10 de la LOCCGR;
- b) Asuntos que se relacionen con la aplicación del Estatuto Administrativo y en general, respecto a todas las personas que prestan servicios laborales para el Estado;
- c) Asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos que constituyen la Administración del Estado, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.

Cabe considerar que el inciso 5° del Art. 10 de la LOCCGR señala que “el Contralor General podrá 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. 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 petición del Presidente de la República, según sea el uso que se haga de tal liberalidad”.

En cuanto a los asuntos relativos al Estatuto Administrativo, cabe señalar que la CGR es garante de los derechos y obligaciones que en virtud de la LeyN° 18.834 de 16 de junio de 2004, emanan para el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa. De tal forma, y sólo para efectos pedagógicos, cabe señalar que el Art. 160 de LeyN° 18.834, dispone:

“Art. 160.- Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos

relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días.

Igual derecho tendrán las personas que postulen a un concurso público para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior.

La Contraloría General de la República deberá resolver el reclamo, previo informe del Jefe Superior, Secretario Regional Ministerial o Director Regional de Servicios Nacionales desconcentrados, según el caso. El informe deberá ser emitido dentro de los diez días hábiles siguientes a la solicitud que le formule la Contraloría. Vencido este plazo, con o sin el informe, la Contraloría procederá a resolver el reclamo, para lo cual dispondrá de veinte días hábiles.”

De la norma transcrita, resulta interesante destacar que para efectos de la aplicación del Estatuto Administrativo, y en general de los diversos estatutos que rigen la Administración Pública, la CGR actúa como un auténtico tribunal, resolviendo conflictos en un proceso contradictorio mediante la emisión de un dictamen.

Finalmente, y en lo que respecta a los asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los organismos públicos que constituyen la Administración del Estado, el espectro de actuación que tendría la CGR es amplio. Lo anterior, por cuanto la normativa legal le permite pronunciarse sobre el funcionamiento de los servicios públicos, al amparo de las leyes y reglamentos aplicables.

Consecuentemente, es posible señalar que la CGR ejerce un control de legalidad ex ante (a través de la Toma de Razón) y, generalmente ex post (a través de la emisión de dictámenes y de auditorías) respecto del apego al marco normativo vigente, de la actuación de los servicios públicos.

Pues bien, en cuanto al alcance de las materias respecto de las cuales la CGR tiene competencia para intervenir, cabe señalar que en principio, tiene un alcance amplísimo y se extiende a tantas situaciones como normas sean aplicables al funcionamiento de los órganos de la administración del Estado.

Del análisis de la jurisprudencia administrativa emanada de la CGR, es posible concluir que ésta se ha estimado competente respecto de un vasto espectro de asuntos, pudiendo pronunciarse respecto de todos y cada unos de los requerimientos asociados a la legalidad de los actos vigentes, en tramitación o aún en proyección, de todos los servicios públicos sometidos a su tutela.

Sin perjuicio de lo anterior, la CGR no podrá pronunciarse, como de forma expresa lo señala el Art. 8º de la LOCCGR, respecto de las siguientes materias:

- a)** Asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso;
- b)** Asuntos que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia; y,

- c) En general respecto de aquellas materias que sean de competencia exclusiva del Congreso, Poder Judicial o relativas a la constitucionalidad de las leyes, entre otras.

Respecto al primer punto, cabe señalar que la CGR ha interpretado que son asuntos de carácter litigioso, aquellos que deban ser necesariamente sometidos al conocimiento de un tribunal de justicia. Así a través del Dictamen N° 38.186 de fecha 27 de junio de 2012, la CGR se negó a resolver una solicitud relativa a la indemnización que le correspondería a un trabajador de la Universidad Tecnológica Metropolitana, por cuanto el monto de esa indemnización aún no habría sido determinado por la partes y por tanto, correspondería a los Tribunales de Justicia su determinación. En este sentido la CGR interpretó que el asunto era de naturaleza litigiosa y se abstuvo de resolverlo en conformidad al Art. 6° de la LOCCGR. De lo anterior es posible colegir que el criterio empleado por la CGR para abstenerse no fue que la determinación del derecho a indemnización fuera un asunto de carácter litigioso, sino por cuanto la determinación de la cuantía de la misma estaba entregada a los Tribunales de Justicia.

En otra línea, a través del Dictamen N° 59.891 de fecha 02 de diciembre de 2004, la CGR se abstuvo de interpretar contratos entre un órgano de la

Administración del Estado y un particular, al señalar que tal tarea es propia de los Tribunales de Justicia⁵⁰.

Adicionalmente, y probablemente en una de sus interpretaciones más interesantes, la CGR ha sostenido que no puede intervenir en un acto administrativo susceptible de ulteriores recursos por la vía judicial. Así el Dictamen N° 27.910 de fecha 04 de agosto de 1998 señala:

“Por el documento de la suma, se solicita que esta Contraloría General revise lo actuado y resuelto en el sumario sanitario, Rol 2871-98-50, instruido por el Servicio de Salud del Ambiente, SESMA, por no ajustarse la normativa que rige a dicho Servicio.

Sobre el particular se hace presente que el Servicio dictó sentencia en contra de la aludida empresa, aplicando, además de una multa, la pena de "Prohibición de funcionamiento", en razón de existir en su interior una bodega que "no es independiente ni cuenta con muros de resistencia al fuego tipo A", fundado en el artículo 40, del D.S. N° 745-92, de Salud, que establece que las condiciones de construcción deberán atenerse a las exigencias de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

Señala que el Órgano Administrativo los ha sancionado por no dar cumplimiento a una norma de la citada Ordenanza, lo que constituye un acto que escapa a la esfera de competencia de ese Servicio, vulnerando, entre

⁵⁰ Ver Dictámenes N°s 14.218, de 1985, 25.190, de 1989, 17.660, de 1997 y 31.822, de 1998

otros, el artículo 70 de la Constitución Política, y el artículo 13, letra c) de la ley N° 15.231.

Al efecto cabe expresar que este Organismo Fiscalizador, de acuerdo con su Ley Orgánica N° 10.336, artículo 6, inciso 30, y al tenor de su reiterada jurisprudencia no puede pronunciarse respecto a la legalidad de una resolución exenta del SESMA, que resuelve un sumario sanitario instruido por esa Entidad conforme con los artículos 161 y siguientes del Código Sanitario y en uso de las facultades previstas en el artículo 17 del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y demás disposiciones que se citan en la sentencia, por incidir en un asunto de carácter litigioso, toda vez que en contra de las medidas dispuestas en estos procesos, sólo proceden los recursos de reconsideración y de reclamación contemplados en los artículos 170 y 171 del referido Código, el último de los cuales debe interponerse ante la Justicia Ordinaria Civil” (Énfasis agregado)

Cabe destacar que, tal como será analizado posteriormente, este criterio no ha sido aplicado en caso alguno respecto de las decisiones de las municipalidades, susceptibles por regla general del Reclamo de Ilegalidad conocido por la Corte de Apelaciones competente.

Finalmente, y previo al análisis que en profundidad se hará sobre el tema, resulta interesante de todas formas ver cómo, pronunciándose respecto

de la mencionada prohibición la Corte Suprema ha flexibilizado el que pudiera entenderse como una fuerte restricción a las facultades de la contraría, a saber:

“Undécimo: Que, por ultimo es necesario dejar establecido que la prohibición contenida en el artículo 6 inciso tercero de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de intervenir o informar en asuntos “que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia,” no afecta a la situación material del presente recurso de protección por cuanto dicha prohibición debe entenderse necesariamente que se refiere solo a materias específicas que están siendo discutidas en un juicio determinado y a aquellas en que deben ser resueltas únicamente por los tribunales como por ejemplo en material de reclamo del monto provisional de una expropiación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Ley N° 2.186 que entrega a los tribunales la determinación definitiva del monto y en que la Contraloría no podría informar frente a un reclamo de un expropiado, por ser un asunto “propiamente de carácter litigioso”, sin perjuicio incluso en este caso de las facultades de fiscalización que no corresponden a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría: interpretación que se aviene con el estado actual del contencioso administrativo en que los tribunales de justicia se han reconocido amplia jurisdicción para el conocimiento de todo asunto de esta naturaleza, a diferencia de la situación al momento de establecerse la prohibición. Una interpretación contraria pondría en contradicción la norma señalada del artículo

sexto de la Ley Orgánica de la Contraloría con gran parte de las facultades que la misma ley le entrega, lo que carecería de toda lógica y de la necesaria interpretación armónica de sus preceptos”⁵¹.

Así, no obstante se podría pensar que la Corte Suprema sería estricta al momento de definir la prohibición del Art. 6 de la LOCCGR, del considerando citado sería posible concluir lo siguiente:

- a) La CGR no puede intervenir ni informar en asuntos que se estén conociendo, en particular, de forma activa por un Tribunal de Justicia. Respecto de este punto es necesario destacar que la Corte Suprema usa el vocablo “materias específicas que están siendo discutidas en un juicio determinado”, de lo cual podría desprender que la litis debe encontrarse trabada; y,
- b) La CGR no puede intervenir en asuntos que deban ser resueltos de forma única y exclusiva por los Tribunales de Justicia. Así la Corte Suprema utiliza la expresión “(...) aquellas en que deben ser resueltas únicamente por los tribunales”. Por ende, se podría entender que solo cuando la competencia sobre un asunto sea entregada mediante

⁵¹ Considerando undécimo en fallo de fecha 06 de noviembre de 2012 dictado por la Corte Suprema de Justicia en causa rol 5984-2012.

una ley a los Tribunales de Justicia, de forma exclusiva, la CGR no podrá intervenir.

2.2.1. El alcance de la prohibición de dictaminar

Sin perjuicio de lo anterior, y de lo que hasta el momento se ha visto, la prohibición de dictaminar contemplada en el Art. 6, inciso 3° de la LOCCGR, por su redacción, resulta al menos problemática. En efecto, a lo largo de la jurisprudencia administrativa de la CGR, nunca ha habido discusión respecto de la prohibición de dictaminar cuando el asunto ha entrado en conocimiento por parte de un tribunal.

Sin embargo, la prohibición que analizamos es la que se formula en los siguientes términos:

“La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente litigiosos, (...), que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, (...).

Cabe desde ya destacar que dada la redacción de esta norma, una hipótesis posible es que la prohibición de dictaminar solo entre en funcionamiento cuando concurren copulativamente dos elementos:

- a) Que el asunto sea por su naturaleza propiamente litigioso y
- b) Que deba intervenir el Consejo de Defensa del Estado.

Para simplificar nuestro análisis, comenzaremos con estudiar el segundo requisito contemplado en la norma.

2.2.1.1. Asuntos de competencia del Consejo de Defensa del Estado

Un primer elemento a tener en consideración, viene dado por el Art. 2° del D.F.L. 1 de fecha 28 de julio de 1993 que dispone lo siguiente:

“El Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado.”

Cabe agregar que el Art. 3° de la LCDE establece una serie de asuntos de incumbencia del CDE. Del análisis de ellos se pueden establecer las siguientes categorías:

- a) Intervención en juicios en que se vean involucrados intereses patrimoniales del fisco, por regla general, y de servicios públicos descentralizados que no puedan asumir su defensa judicial;
- b) Defensa del Estado en contra de acciones constitucionales;

- c) Ejercer las acciones penales en el caso de delitos contra el patrimonio fiscal;
- d) Fiscalizar el actuar de la defensa de los intereses fiscales por parte de los demás servicios de defensa judicial (con independencia de la naturaleza del órgano en cuestión); y,
- e) Eventualmente intervenir en asuntos de contratación pública.

Hay una categoría particular de asuntos en que debe intervenir el CDE, que por la formulación que emplea la ley parece particularmente interesante traer a colación:

Art. 3º, N° 8 de la LCDE:

“Las funciones del Consejo de Defensa del Estado son, sin perjuicio de las otras que le señalen las leyes, las siguientes:

(...)

8.- La representación del Estado en todos **los asuntos judiciales de naturaleza contencioso administrativa** en que la acción entablada tenga por objeto la anulación de un acto administrativo, cuando así lo acuerde el Consejo.” (Énfasis agregado)

Ciertamente la redacción de la ley es similar a la que emplea la LOCCGR, que a su vez determina la abstención de dictaminar en relación a la intervención del CDE cuando se trate de asuntos de naturaleza litigiosa.

Por cierto que además, resulta evidente que la función del CDE es representar los intereses patrimoniales del Fisco, lo que de alguna manera aporta ciertas luces respecto de la interpretación que debe dársele a la prohibición de dictaminar contenida en la LOCCGR.

Y es que en principio, bien podríamos comprender que dada la remisión que efectúa la LOCCGR a las disposiciones que regulan la intervención del CDE, la amplitud del alcance de los dictámenes de la CGR quedaría limitada a todos los asuntos que no comprometan, o no puedan llegar a comprometer intereses fiscales.

Sin embargo, no debe perderse de vista el hecho que la norma de la LOCCGR, bajo esta hipótesis, exigiría la concurrencia copulativa de dos factores: que el asunto sea de naturaleza contenciosa y sea de aquellos asuntos en que interviene el CDE.

2.2.1.2. Asuntos que por su naturaleza sean contenciosos

De lo que venimos diciendo, resulta que el elemento crucial para determinar cuál es el alcance normativo que tienen los dictámenes de la CGR, viene dado por la fórmula que emplea la LOCCGR.

Un primer punto de análisis viene dado por el hecho que las técnicas de hermenéutica legal presuponen que los textos del Legislador son susceptibles de ser interpretados de forma tal que permitan su aplicación práctica, o lo que es lo mismo, que el Legislador no hace formulaciones o repeticiones inútiles o innecesarias.

Sentado lo anterior, cabe abocarse a la inteligencia de la frase: “la Contraloría no intervendrá ni informará en aquellos asuntos que por su naturaleza sean propiamente litigiosos...”.

El Código Civil, en su Libro I establece las reglas sobre interpretación de la ley. Conforme su Art. 19, el primer criterio de interpretación legal es el denominado elemento gramatical. En ese orden de ideas, comenzaremos nuestro análisis mediante la utilización de un expediente, que si bien no es legalmente el más apropiado, debe intentarse en nuestro esfuerzo de comprender esta norma.

El Diccionario de la Real Academia Española señala que la expresión “litigioso” es un adjetivo que tiene 3 entradas, a saber:

- a) Que está en pleito;
- b) Que está en duda y se disputa;
- c) Propenso a mover pleitos y litigios.

Resulta interesante destacar que la definición que nos otorga el diccionario de la expresión “litigioso” da una idea de temporalidad bien definida, en el sentido que algo se entiende litigioso cuando se encuentra *actualmente* en disputa. En otros términos, según la definición del diccionario, para que algo se entienda litigioso no puede tratarse de una potencialidad, sino que debe tratarse de algo respecto de lo cual actualmente se ha trabado un litigio. Lo anterior se ve reforzado porque la entrada sobre la palabra “pleito” dice relación con una disputa judicial actualmente en curso.

De este modo, una primera interpretación, según el elemento gramatical de la hermenéutica legal, sería que la CGR no puede intervenir ni dictaminar respecto de aquellos asuntos que por su naturaleza ya se encuentra trabada una litis.

Ahora bien, resulta evidente que una interpretación en tal sentido resulta inaceptable, básicamente por dos razones:

- a) Porque la norma establece claramente que la CGR no intervendrá en dos grupos de casos, según el empleo de la conjunción disyuntiva “o” y esta interpretación implica que esta causal es exactamente idéntica a la segunda;
- b) Porque la frase empleada por el Legislador no es “asuntos que sean litigiosos”, sino “asuntos que por su *naturaleza* sean de *carácter* litigioso”.

De esta forma, por aplicación del elemento gramatical, no podemos sino concluir, que la inteligencia de la norma en cuestión debe intentarse en términos potenciales. En otros términos, para distinguir una causal de la otra, debemos buscar una interpretación que se refiera a una eventualidad. En este orden de ideas, esta frase podría reescribirse, sólo como parte del ejercicio teórico, de la siguiente forma:

“La Contraloría no intervendrá ni dictaminará en aquellos asuntos de naturaleza contenciosa.”

Resulta evidente que el siguiente paso en nuestro análisis consiste en abocarnos a determinar cuál es la interpretación que debe dársele a la expresión “asunto de naturaleza contenciosa”.

Como resulta claro, una primera fuente de análisis viene dada por lo que la propia CGR ha dictaminado al respecto.

En este sentido, el Dictamen N° 54.886 de 15 de septiembre de 2010 señala, dentro de sus conclusiones, lo siguiente:

“Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del Art. 6° de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Entidad Fiscalizadora, la Contraloría no puede intervenir ni informar en asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso.

Pues bien, según aparece de los antecedentes tenidos la vista, la materia de que se trata reviste el carácter de litigiosa, por cuanto la recurrente pretende que la empresa que indica y/o la Municipalidad de La Reina, asuman la responsabilidad que les asistiría a consecuencia del accidente que habría sufrido a la salida del edificio en el que reside, con ocasión de los trabajos que ahí realiza esa empresa, en el carácter de contratada por la municipalidad respectiva para la ejecución de una obra, materia esencialmente controvertida.”

En este caso, resulta que la CGR resuelve que no puede dictaminar porque en definitiva lo que se buscaba mediante la consulta era que se establecieran responsabilidades civiles en un caso que claramente se encuadra dentro de las hipótesis de falta de servicio que regula la LOCBGAE.

En otro Dictamen, bajo el N° 42.319 de fecha 5 de agosto de 2009, el Contralor estimó que no podía pronunciarse cuando se tratase de asuntos contencioso administrativos cuya resolución estaba encargada a un tribunal mediante un procedimiento especial. Al efecto:

“(…) Luego, respecto de las distintas etapas del proceso por infracción a la normativa aduanera, corresponde manifestar que tanto la denuncia como las actuaciones posteriores y hasta su conclusión final forman parte de un mismo procedimiento, el cual, como ya se expresó en los mencionados dictámenes, es de carácter especial regulado por los Arts. 184 y siguientes de la Ordenanza de Aduanas en el que interviene la Junta General de Aduanas con atribuciones jurisdiccionales, de manera, entonces, que se desprende que reviste una clara naturaleza contenciosa administrativa, por lo que es menester reiterar que atendido lo dispuesto en el Art. 6° de la Ley N° 10.336, no procede que esta Entidad Fiscalizadora se pronuncie sobre la decisión emitida por ese órgano colegiado, toda vez que no se trata de actos administrativos sino que, como ha quedado precisado, de actos de carácter jurisdiccional.”

Por último el Dictamen N° 75.336 de 15 de diciembre de 2010, en que la CGR también se abstuvo de dictaminar señala en la parte pertinente que:

“Finalmente, resulta pertinente añadir que conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del Art. 6° de la Ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, este Organismo no puede intervenir ni informar los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.

Pues bien, según aparece de los antecedentes tenidos a la vista, **la materia de que se trata reviste el carácter de litigiosa por cuanto la**

solicitud de la peticionaria se relaciona con la determinación del precio del contrato de uso de licencia suscrito en el año 1998, ya que, por una parte, consulta acerca de la intervención de la Subsecretaría en la fijación del mismo y, por la otra, indica que la mencionada Cámara modificó unilateral y abusivamente, las condiciones de la tarifa de dicho acuerdo de voluntades.” (Énfasis agregado)

Desde ya resulta interesante que el rasgo común entre estos tres casos, más allá de las razones formalmente explicitadas en los dictámenes para justificar la abstención de dictaminar, es que la razón subyacente para abstenerse es la no asignación de derechos en materias que sólo pueden ser asignados por un tribunal.

En otros términos, al parecer el criterio rector de la CGR para no dictaminar es cuando de acogerse la solicitud, entonces el solicitante adquiriría un derecho en contra de otra persona, derecho que sólo podría ser establecido por los Tribunales de Justicia.

Pero este criterio que apuntáramos tiene sus limitaciones. Quizás el caso más conocido es el de las sociedades de inversión pasivas⁵². Transcribiremos el Dictamen N° 2.446 de fecha 12 de enero de 2012 porque nos parece reproduce adecuadamente el meollo del asunto:

⁵² Ver dictámenes 24.128 de 2011 y 27.677 de 2010, entre otros.

“Se ha dirigido, a esta Contraloría General el señor Juan Francisco Riveros Otárola, en representación de la Sociedad Inversiones y Rentas Las Dalias Limitada, reclamando en contra de la Municipalidad de Providencia por el cobro de patente municipal, el cual se habría fundado en el objeto social de dicha persona jurídica y no en el ejercicio efectivo de una actividad afecta a dicho gravamen por parte de esta. Agrega el recurrente, que esa sociedad realiza únicamente inversiones en capitales mobiliarios.

Requerido al efecto, el citado municipio, mediante Oficio N° 9.177, de 2011, informó, en síntesis, que de la revisión del objeto social de la empresa en cuestión y del informe técnico de su Departamento de Rentas, se desprende que aquella sería una sociedad de inversión que presta servicios de carácter financiero, los que constituyen actividades terciarias afectas a patente municipal, de acuerdo con lo sostenido en el Dictamen N° 27.677, de 2010.

Sobre el particular, es del caso señalar que, de acuerdo con el Art. 23 del decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal. El Art. 24 del mismo ordenamiento, a su vez, precisa que dicha patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente, en su local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado

con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda.

Por su parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos que hacen procedente el cobro de patente municipal, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, contenida -entre otros- en el Dictamen N° 2.006, de 2009, ha precisado que tales supuestos son: a) que la actividad esté gravada con ese tributo; b) que esta sea efectivamente ejercida por el contribuyente; y c) que la misma se realice en un local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado.

Luego, en lo que atañe a la primera exigencia anotada, cabe recordar que, el aludido Dictamen N° 27.677, de 2010, señala que la inversión pasiva, que, en general, consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiera el inversionista, que no involucre la producción de bienes ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el citado Art. 23 del Decreto Ley N° 3.063, de 1979.

A su turno, en relación con el segundo de los requisitos mencionados, es del caso señalar que, tal como se ha manifestado, entre otros, en los Dictámenes N°s. 45.342, de 2008 y 75.784, de 2011, no resulta suficiente para dar por comprobada la efectividad del desarrollo de la correspondiente actividad gravada la sola consideración del objeto social especificado en los estatutos

respectivos, ni el carácter mercantil de la respectiva sociedad, sino que se requiere que tal ejercicio se encuentre debidamente acreditado, procediendo que la entidad edilicia, para tal fin, pondere los antecedentes aportados por el interesado y los que recabe por sus propios procedimientos de inspección.

Ahora bien, cabe señalar que, de los antecedentes tenidos a la vista, no se observa que la entidad edilicia en comento haya constatado fehacientemente la realización de actividades afectas a patente municipal por parte de la sociedad recurrente, toda vez que se limita a afirmar que deduce que se realizarían actividades afectas a patente comercial por el giro social de la empresa en cuestión y por sus ingentes utilidades.

En consecuencia, no encontrándose acreditado que la sociedad recurrente realice actividades gravadas con patente municipal, no ha procedido el cobro de dicho tributo efectuado por la Municipalidad de Providencia, por lo que deberá adoptar a la brevedad las medidas tendientes a regularizar la situación planteada en la especie, informando de ello a esta Contraloría General.”

El caso de las patentes municipales y las sociedades de inversión pasivas es un caso que ha adquirido notoriedad nacional. Quizás como nunca antes, se ha provocado una tensión en el sistema de solución de controversias contencioso - administrativas en nuestro país, como con este caso, especialmente a la luz de la jurisprudencia judicial que también se ha emitido.

Al efecto, reproduciremos el fallo recaído en la causa rol 9862-2010, sobre casación en el fondo por la Excm. Corte Suprema⁵³:

“Primero: Que en estos autos rol 9862-2010, reclamo de ilegalidad, se ha ordenado dar cuenta, de conformidad con lo que dispone el Art. 782 del Código de Procedimiento Civil, del recurso de casación en el fondo interpuesto por la Sociedad de Inversiones Fleetwood en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó el reclamo que interpuso en contra de la I. Municipalidad de Las Condes.

Segundo: Que la parte reclamante denuncia la vulneración de los Arts. 23 y 24 del Decreto Ley 3063, 19 N° 20, 63 N° 14 y 65 inciso 4° N° 1 de la Constitución y 1698 del Código Civil y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil. Argumenta que su parte no ha ejercido actividad alguna que reúna el supuesto de hecho que permite la aplicación del gravamen. Se trata de una sociedad civil con objeto exclusivo de inversiones, de manera que no realiza actividades secundarias o terciarias. La Ley de la Renta grava el ejercicio efectivo de las actividades lucrativas secundarias o terciarias, cuyo no es su caso, de manera que al determinar el fallo que su parte debe pagar patente municipal ha quebrantado el principio de legalidad o reserva legal en materia

⁵³ En el mismo sentido, vid las sentencias autos rol Rol N° 4538-2010 de fecha 13 de Abril de 2012, Rol N° 3636-2010 “Inversiones El Convento con Municipalidad de La Florida” de fecha 11 de Mayo de 2012, Rol N° 5814-2010 “Inversiones Newport con Municipalidad de Las Condes” de fecha 1 de Junio de 2012, Rol N° 5469-2010 “Inversiones Acces Limitada con Municipalidad de La Florida” de fecha 1 de Junio de 2012, Rol N° 7412-2010 “Inversiones La Hoyada con Municipalidad de Santiago” de fecha 1 de Junio de 2012, Rol N° 5730-2010 “Inversiones Fariza Chile con Municipalidad de Las Condes” de fecha 5 de Junio de 2012.

tributaria. Al respecto señala que el reglamento no puede ir más allá de la ley. Afirma además que se infringió el onus probandi, toda vez que era al municipio a quien le correspondía probar que su parte está afecta al pago del gravamen municipal, lo que no ocurrió, y en cambio desestimó la prueba rendida por su parte en orden a acreditar que no ha obtenido ingresos por servicios financieros.

Tercero: Que en cuanto a la vulneración de las normas a las que el recurso otorga la calidad de reguladoras de la prueba, cabe señalar que en el caso sublite se trata de una cuestión de derecho, como lo es si la actividad realizada por la reclamante constituye o no alguna de las que se encuentran gravadas con el pago de patente municipal, situación que motivó que la Corte de Apelaciones no recibiera la causa a prueba, de manera que no resulta posible la infracción denunciada.

Cuarto: Que es un hecho no controvertido que la reclamante es una sociedad colectiva civil cuyo objeto es la inversión en toda clase de bienes muebles incorporales e inmuebles corporales e incorporales, administrarlos y percibir sus frutos y rentas, pudiendo además realizar todas las operaciones o negocios que los socios acuerden, actividades que importan la obtención de lucro o ganancia, es decir, se trata de actividades lucrativas y por consiguiente configuran un hecho gravado en el citado artículo 23, como acertadamente lo consideró la sentencia que a través de este arbitrio se cuestiona, toda vez que

se trata de actividades terciarias, de acuerdo a la definición del artículo 2° del Decreto Supremo 484, Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y 24 del Decreto Ley 3063.

Quinto: Que refuerza lo anterior la circunstancia de que el artículo 27 del Decreto Ley ya citado establece que sólo están exentas del pago de patente municipal las personas jurídicas sin fines de lucro que realicen acciones de beneficencia, de culto religioso, culturales, de ayuda mutua de asociados, artísticas o deportivas no profesionales y de promoción de intereses comunitarios.

Sexto: Que en cuanto a la vulneración del principio de reserva legal que también se denuncia, cabe recordar que el Decreto Supremo 484 fue dictado por el Presidente de la República en virtud de las facultades otorgadas por la propia carta fundamental para la ejecución de las leyes (artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la república), es decir, tiene por objeto la complementación y regulación y la certeza y seguridad en su aplicación por parte de sus destinatarios. A este respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que esta forma de regulación es plenamente constitucional, en la medida que exista una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la Ley quiere alcanzar. (Sentencia Rol N° 370 de 9 de abril

de 1997). En virtud de lo anterior, el D.S. no se ha excedido en su función de complementar y desarrollar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales -D.L. N° 3063- al dar un concepto amplio y residual de la actividad terciaria, pues éste se corresponde con el sentido y espíritu que la Ley le ha dado a esta regulación a través de una separación clásica de las actividades económicas, dentro de las cuales se comprenden las actividades lucrativas realizadas por las sociedades de inversión.

Séptimo: Que la conclusión anterior se ve reafirmada por la modificación que introdujo la Ley N° 20.033, publicada el 1° de julio de 2005, al artículo 24 del D.L. N° 3063 en cuanto precisó la forma de determinar el domicilio de las sociedades de inversión o sociedades de profesionales para el pago de la patente que grava sus actividades, agregando a ese artículo lo siguiente: Tratándose de sociedades de inversión o sociedades de profesionales, cuando éstas no registren domicilio comercial, la patente se deberá pagar en la comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente ante el Servicio de Impuestos Internos. Para estos efectos, dicho servicio aportará esta información a las municipalidades, por medios electrónicos, durante el mes de mayo de cada año.

Tal modificación sólo adquiere sentido en cuanto las sociedades de inversión y las sociedades de profesionales se encuentran gravadas con el impuesto establecido en el artículo 23 del D.L. N° 3063, circunstancia cierta que

llevó al Legislador a precisar cuál era el domicilio a considerar cuando éstas desarrollaran sus actividades sin registrar un domicilio comercial que permitiera determinar la comuna en la cual deben pagar su patente.

Octavo: Que, por último, yerra el recurrente al estimar que si no hay ejercicio efectivo de tales actividades no debe pagar patente municipal, desde que este gravamen es semestral y lo habilita para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo 23 del Decreto Ley 3063, sin que se requiera el ejercicio efectivo. De acogerse la tesis de la reclamante, resultaría que procedería pagar una patente proporcional a la época en que realizó alguna actividad, lo que por cierto es improcedente.

Noveno: Que lo razonado resulta suficiente para concluir que el recurso en análisis adolece de manifiesta falta de fundamento. Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 107 en contra de la sentencia de veintisiete de octubre de dos mil diez, escrita a fojas 103.”

Por cierto, cabe consignar desde ya que no nos abocaremos a analizar la pertinencia o corrección de los criterios sustentados por el máximo Tribunal de la República o los de la CGR, porque ciertamente excede la finalidad de este capítulo.

Cabe destacar además, que en realidad, para efectos de lo que nos interesa, resulta absolutamente irrelevante el contenido del fallo o los dictámenes. Lo que es verdaderamente interesante es el hecho de que la Contraloría emitió un dictamen, a sabiendas que los tribunales del país han mantenido, a lo largo del tiempo, una tendencia jurisprudencial que ha rechazado todos los reclamos de ilegalidad deducidos en contra de los giros municipales que persiguen el cobro de patentes municipales en contra de sociedades de inversión pasivas.

El fallo transcrito es de 2011, en tanto el dictamen también transcrito es de 2012. Más allá de la curiosidad que nos pueda provocar lo diametralmente distinto de las respuestas otorgadas por dos poderes del Estado a una controversia contencioso – administrativa que es exactamente idéntica en uno u otro caso, la pregunta verdaderamente relevante es bajo qué criterio la CGR sigue emitiendo dictámenes sobre una materia tan controvertida como la que comentamos.

Debemos recordar que la prohibición de interdicción que contiene la LOCCGR y que analizamos es la siguiente:

“La Contraloría no intervendrá ni informará respecto de aquellos asuntos cuya naturaleza sea litigiosa”.

A primera vista podría pensarse que mediante la emisión de estos dictámenes, la Contraloría, garante de la legalidad, está actuando en abierta

contradicción con su propia Ley Orgánica Constitucional; algo al menos ligeramente inquietante.

Sin embargo, existe una buena forma de explicar las razones que justifican la emisión de estos dictámenes.

En primer término, debemos recordar que la función constitucionalmente asignada a la Contraloría es velar, en general, por el cumplimiento por parte de todas aquellas entidades que están sometidas a su dependencia técnica, de la normativa aplicable en derecho público.

En segundo término, que esta función de defensa general de la legalidad del sistema se ejerce mediante la emisión de dictámenes, los cuales constituyendo la jurisprudencia administrativa, son vinculantes para los funcionarios que deben aplicarlos. De esta forma, si bien materialmente resulta evidente que la CGR no comparte el criterio sustentado por los tribunales en cuanto al fondo del asunto, constitucionalmente está obligada a ordenar el actuar de los órganos sometidos a su dependencia, a su mejor entender.

En tercer término, porque si bien los tribunales han mantenido una jurisprudencia constante y distinta, el principio de la relatividad de las sentencias, les da un alcance excesivamente restringido e insuficiente para mantener el edificio de la legalidad en nuestro país. No obstante lo anterior, el criterio sustentado por la Corte Suprema en la ya citada sentencia de fecha 06 de noviembre de 2012, en causa rol N° 5984 – 2012, en la cual señala que sus

pronunciamientos a través de resoluciones constituyen jurisprudencia administrativa vinculante al ser, en su opinión, fuente del derecho administrativo al cual la CGR debe apegar su actuar. Consecuentemente, se podría afirmar que el criterio sustentado por la Corte Suprema en la sentencia dictada coloca a las sentencias judiciales como elementos reguladores y uniformadores de la jurisprudencia administrativa, a la cual, en opinión del máximo tribunal, la CGR se debe someter.

Es por todo lo anterior, que estimamos que no es posible dar a la expresión “asuntos cuya naturaleza sea litigiosa” una interpretación general que precise en forma rígida o inmutable las fronteras entre la competencia de uno y otro poder el Estado.

En lo que respecta al deber de abstención de la CGR frente a asuntos que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, cabe señalar que la jurisprudencia administrativa ha sido uniforme en tal respecto, absteniéndose de conocer de todo asunto que ya sea de forma directa o indirecta, se encuentre sometida al conocimiento de los Tribunales de Justicia⁵⁴.

Finalmente, cabe señalar que la CGR se ha abstenido de conocer determinadas materias que, por disposición legal, tienen su interpretación entregada a otros entes de la Administración del Estado, tales como:

⁵⁴ Ver Dictamen N° 34.594 de 2012, 34.057 de 2012, 46.168 de 2011, entre otros.

- a) **Materias Tributarias:** en conformidad al Art. 6 letra A) N° 1 del Código Tributario, la interpretación de las disposiciones tributarias está entregada al Director del Servicio de Impuestos Internos;
- b) **Entidades bajo la tutela de la Superintendencia de Valores y Seguros:** en virtud del Art. 4 letra a) del Decreto Ley N° 3.538 de 1980, corresponde a la Superintendencia de Valores y Seguros "interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, y fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento".
- c) **Materias laborales:** conforme al Art. 1 letra b) de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, le corresponderá a la Dirección del Trabajo "fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo".

2.3. Alcance de los dictámenes de la CGR

Respecto del alcance de los dictámenes de la CGR, cabe precisar que conforme ha sido el criterio sostenido por el ente contralor, sus pronunciamientos son autoejecutivos, vinculantes y contienen una presunción de legalidad para los órganos de la Administración del Estado sujetos a su dependencia técnica.

Así, el Dictamen N° 14.545 de fecha 14 de marzo de 2012, emitido a raíz de la solicitud de un particular, señala “se ha estimado pertinente hacer presente a la Municipalidad de Quilicura que, en lo sucesivo, deberá dar estricto cumplimiento a los requerimientos e instrucciones de este Organismo Fiscalizador, considerando lo dispuesto en el Art. 9° de la Ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República”.

Cabe precisar que el motivo por el cual la CGR hace mención a la sumisión de la Municipalidad de Quilicura a su tutela no dice relación con el cumplimiento de un dictamen anterior, sino con el mero hecho de que la CGR ofició a la Municipalidad de Quilicura antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, oficios que nunca fueron contestados ni reconocidos por la entidad comunal.

A más ahondar, el alcance de los dictámenes, entendiendo los mismos como informes en derecho con poder para compeler y corregir el actuar de los Órganos de la Administración del Estado, no son, por tanto meras

declaraciones, sino actos administrativos ejecutables respecto de sus destinatarios.

En este sentido, a través del Dictamen N° 15.381 de fecha 15 de marzo de 2012, la CGR señaló:

“Conforme lo precedentemente expuesto, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva en la acción judicial a que se ha hecho referencia, cabe concluir que se ha constatado que la Municipalidad de Santiago no ha dado cumplimiento a los ya citados dictámenes N°s. 26.478, de 2009 y 47.732, de 2010, debiendo considerarse que este último instruyó expresamente a esa corporación edilicia -requirente, entre otras, de ese pronunciamiento-, ajustar sus actuaciones a lo expresado en aquél; lo cual implica la infracción de los Arts. 6°, 9° y 19 de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de **esta Contraloría General de la República, por lo que corresponde dilucidar las responsabilidades consiguientes mediante la sustanciación de un proceso disciplinario, que será instruido por este Organismo de Control.**” (Énfasis agregado).

En concreto, es posible concluir que conforme al criterio del ente de control, los dictámenes no sólo representan un informe respecto de la legalidad de un acto administrativo, sino que también, en el evento de que así sean planteados, órdenes expresas en virtud del cual la CGR instruye a los entes de la Administración del Estado a apegar su actuar al criterio jurídico del órgano

contralor, so pena de incurrir en una falta disciplinaria en caso de desobediencia la cual acarreará la correspondiente responsabilidad administrativa del funcionario emplazado. Lo anterior, en el entendido de que los dictámenes se integran a la ley interpretada y son aplicables a todas las situaciones de contexto análogo y/o entidades de la Administración del Estado a las cuales les sean aplicables, aún de forma indirecta, desde el momento de su entrada en vigencia⁵⁵.

2.4. Procedimiento

En virtud de las consideraciones anteriormente expuesta, y en base a lo dispuesto en la Ley N° 19.880, el procedimiento ante la CGR puede ser descrito de la siguiente forma:

2.4.1. Inicio del Procedimiento

Conforme lo dispuesto en el Art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, éste podrá iniciarse: (i) de oficio, ya sea esto ocurra como

⁵⁵ Esto con la excepción de los dictámenes que sean aclarados, complementados o reconsiderados, situación en la cual la modificación sólo rige desde el momento en que ha sido establecida, sin tener en modo alguno efecto retroactivo.

consecuencia de una petición de otros, por propia iniciativa o denuncia; o, (ii) a requerimiento de un particular o de un órgano de la Administración del Estado, indicando en la misma las menciones que al respecto señala el Art. 30 de la Ley N° 19.880, las cuales son:

- a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de su apoderado⁵⁶, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale, para los efectos de las notificaciones.
- b) Hechos, razones y peticiones en qué consiste la solicitud.
- c) Lugar y fecha.
- d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio habilitado.
- e) Órgano administrativo al que se dirige.

Así también cabe destacar que los solicitantes podrán acompañar al proceso todos aquellos antecedentes que estimen pertinentes, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por la entidad pública que tome conocimiento de la solicitud.

⁵⁶ En términos formales, al comparecer en representación de otra persona la CGR deberá exigir aquellos documentos que constituyan un medio fehaciente para acreditar la personería del apoderado.

2.4.2. Instrucción del procedimiento

Para efectos de resolver la solicitud elevada a la CGR, esta deberá recabar o confirmar los datos que sean necesarios para pronunciarse respecto de la misma. Con tal propósito, podrán contribuir los interesados en el proceso así como de oficio.

Respecto de las reglas que regulan la prueba en el proceso administrativo, el Art. 35 de la Ley N° 19.880 indica que se admitirán todo tipo de medios de prueba, apreciándose en conciencia por la autoridad.

Si del examen de los antecedentes resultare que a la autoridad no le constan los hechos alegados, se podrá abrir un periodo de prueba el cual no podrá ser superior a 30 días ni inferior a 10, sólo pudiéndose rechazar de plano aquellas que de acuerdo al ente de control, sea estimadas como improcedentes o innecesarias.

2.4.3. Conclusión del procedimiento

El procedimiento iniciado ante la CGR deberá concluir ya sea por un acto terminal, desistimiento, declaración de abandono o renuncia del derecho en que

se funda la solicitud⁵⁷. Asimismo, y conforme lo señala el Art. 40 de la Ley N° 19.880, podrá ponerse término al procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes.

Respecto a la forma en que el órgano de control deberá decidir, conforme las disposiciones del Art. 41 de la Ley N° 19.880, se establece que la misma deberá pronunciarse respecto de todas las solicitudes formales que se le hubieren planteado, sin posibilidad de extenderse a otra materias, regla análoga a las de competencia específica que asisten los tribunales de justicia.

De hecho, si se estimare que existen puntos conexos sobre los cuales correspondiera pronunciarse, deberá poner dicho antecedente en conocimiento de los interesados dando un plazo de 15 días para que estos se manifiesten al respecto. No obstante lo anterior, ante puntos adicionales que no hubieren sido incluidos en la solicitud original y que se estimaren relevantes por la CGR, podrá esta iniciar de oficio un nuevo procedimiento para referirse a los mismos.

Finalmente, es importante destacar que, habiéndose pronunciado el ente de control, en la misma resolución deberá éste indicar cuáles son los recursos que contra la misma procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubiere de presentar y plazo para interponerlos.

⁵⁷ En la práctica la CGR nunca ha declarado el abandono de un procedimiento de solicitud de dictamen ni se han renunciado frente a ella de forma expresa derechos alegados o pretendidos.

2.4.4. Publicidad y ejecutividad de los dictámenes de la CGR

Conforme al Art. 45 y siguientes de la Ley N° 19.880, los dictámenes emanados de la CGR deberán notificarse a los interesados dentro de los cinco días siguientes a aquel en que ha quedado completamente tramitado. Si, no obstante lo anterior, el acto afectare a personas cuyo paradero se ignorare, el mismo deberá publicarse en el Diario Oficial.

En cuanto a su ejecutividad, cabe señalar que los dictámenes de la CGR son autoejecutables conforme lo dispuesto en el Art. 51 de la Ley N° 19.880. A pesar de la aparente claridad en la materia, resulta interesante detenerse un instante a reflexionar sobre la ejecutividad de los dictámenes

2.5. Sobre la obligatoriedad de los dictámenes

2.5.1. Planteamiento del problema

Cabe recordar que tradicionalmente se ha señalado que una de las atribuciones más importantes de la CGR es la de interpretar las normas administrativas con el objeto de uniformar las actuaciones de los órganos

sometidos a su dependencia técnica. Además se ha sostenido invariablemente en el tiempo que la aplicación de la interpretación contenida en los dictámenes es obligatoria para dichos órganos.

Resulta evidente que en este sentido, puede afirmarse que la potestad interpretativa tiene una función análoga a la concepción original del recurso de casación en el fondo aplicable a los tribunales superiores del país. En efecto, cabe recordar que –a pesar de que en la práctica no ha sucedido así– el recurso de casación en el fondo tiene como objetivo, además de aliviar el agravio específico sufrido por el recurrente, uniformar la jurisprudencia en uno u otro sentido.⁵⁸

De hecho, la LOCCGR al regular la potestad dictaminadora dispone en su Art. 8º:

“...sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en los casos a que se refiere el Art. 1.º”

La doctrina y la propia CGR han resaltado que la fuerza vinculante de los dictámenes emana de una serie de normas interpretadas en su conjunto. De este modo, el antiguo miembro del Tribunal Constitucional, don Mario Verdugo Marinkovic señala:

⁵⁸ MOSQUERA, M. y MATURANA, C. 2010. Los Recursos Procesales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 288 - 289

“Para dar una opinión fundada acerca del efecto que originaría en la actividad que desarrolla la Contraloría General de la República una norma constitucional que otorgara fuerza vinculante a los precedentes emanados del Tribunal Constitucional, es necesario atender previamente a las características que presenta la jurisprudencia administrativa generada por ese órgano contralor.

En efecto, al tenor de lo dispuesto en los Arts. 6o inciso final y 19o de la LOCCGR, la jurisprudencia que la Contraloría ha configurado por décadas, presenta particularidades que la distinguen de la judicial.

Por una parte, se estructura en base a fuentes exclusivas: “...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 el Art. 1º (Art. 6o inciso final)⁵⁹.

Por su parte, el Art. 19 del mismo cuerpo legal expresa: “Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas

⁵⁹ Criterio que pareciera contraponerse a la opinión de los Tribunales Superiores de Justicia, en particular atendido al tenor del fallo de fecha 06 de noviembre de 2012 dictado por la Corte Suprema de Justicia en causa rol 5984-2012, en el cual ésta señala que “al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales (...)”

por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

Como se puede inferir del tenor de las disposiciones transcritas, las interpretaciones y pronunciamientos de la Contraloría vinculan obligatoriamente a los órganos administrativos y su inobservancia acarrea responsabilidad disciplinaria.”⁶⁰

Sin embargo, hay voces en la doctrina nacional que consideran que la fuerza vinculante de los dictámenes no tiene el alcance que en general se le ha otorgado.

En este sentido, cabe citar las palabras del profesor Eduardo Aldunate Lizana quien opina que:

“En efecto, a partir de la concordancia de tres artículos de su ley orgánica, el 1º, el 6º y el 19º, la Contraloría estima que sus dictámenes, no importando la materia sobre la que recaigan, y aun cuando ella no sea de aquellas contempladas en el art. 6º, que determina sus facultades consultivas *ratione materiae*, no solo le permiten emitir un pronunciamiento sobre la legalidad del acto u omisión examinados sino que, por la vía del artículo 19, le permitirían ordenar al respectivo órgano de la administración la producción del acto de reemplazo, o de un acto en general (en el caso de omisiones). Ahora

⁶⁰ VERDUGO, M. 2006. Efectos vinculantes de los precedentes del Tribunal Constitucional en la actividad de la Contraloría General de la República. Año 4 (1). Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. Pp. 223 - 231.

bien, si se examina atentamente el artículo 19, solo establece un vínculo para los órganos asesores (los llamados fiscales en el antiguo *jargon* administrativo, hoy en su mayor parte jefes de división o departamento jurídico y abogados del servicio) y no otorga poder de instrucción a la Contraloría, sobre el respectivo órgano. Aunque pueda parecer increíble, o surrealista, los respectivos funcionarios de Contraloría recurren al procedimiento de presionar a sus contrapartes de la administración activa con la amenaza de sumarios y sanciones para el caso de negarse a cumplir, y cito de mi experiencia personal, “*lo ordenado*” por el respectivo dictamen (...)”⁶¹.

El profesor Aldunate llama a la potestad que nosotros hemos llamado interpretativa, “para – reglamentaria” y a su juicio no tendría el alcance, en cuanto a su obligatoriedad, que hemos descrito.

2.5.2. Postura de la CGR

El primer punto de análisis es reseñar cómo interpreta la propia CGR sus atribuciones en relación a la obligatoriedad de los dictámenes. Son numerosos los dictámenes que describen en forma previa de dónde arranca su obligatoriedad; a modo de ejemplo citaremos el siguiente, por estimar que resume adecuadamente dicha postura:

⁶¹ Aldunate E. Op. Cit. Pp. 26 - 27

“(…), cabe manifestar, en primer término, que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 98, inciso primero, de la Constitución Política de la República y, Art. 1º, inciso primero, de Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional y de Atribuciones de la Contraloría General, a esta Entidad de Control le corresponde vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo.

Enseguida, el Art. 5º de la citada Ley N° 10.336 dispone que “en los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefatura de servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”, los que, conforme con lo dispuesto en el Art. 6º, inciso final, del mencionado texto legal, “serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa” en las materias de competencia de esta Entidad Fiscalizadora, siendo “obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”, como lo señala el inciso final del Art. 9º del texto legal en comentario.

De lo expuesto, se desprende que los informes jurídicos emitidos por este Organismo de Control, que contienen una opinión y un juicio declarativo sobre la correcta aplicación de un cuerpo normativo, son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización, obligación que emana, en último término, tanto de la norma interpretada como de los preceptos legales y constitucionales que sustentan esa opinión jurídica, pues la

Contraloría General de la República es el organismo administrativo al que la Constitución Política y la legislación han encomendado la función de ejercer el control de juridicidad de los actos de la administración y la de emitir pronunciamientos en derecho, entre otras atribuciones. (Aplica Dictámenes N°s. 30.276, de 1986; 14.199, de 1996 y 25.051, de 1997, entre otros)⁶².

Como puede apreciarse, el camino lógico que efectúa la CGR es el siguiente:

- a) La CPR le encarga la supervigilancia de la aplicación del principio de legalidad;
- b) Su ley orgánica constitucional dispone que tiene la atribución de informar en Derecho respecto de una serie de asuntos;
- c) Su ley orgánica constitucional dispone asimismo, que las interpretaciones emanadas por vía de los dictámenes constituyen la *jurisprudencia administrativa*;
- d) El mismo cuerpo normativo, agrega, dispone que la jurisprudencia administrativa es obligatoria para los funcionarios correspondientes, en los casos concretos a que refiera ésta; y,

⁶² Dictamen N° 60.442 de 27 de diciembre de 2005.

e) Finalmente, se señala que los “funcionarios correspondientes” serían aquellos encomendados de aplicar la norma interpretada en el sentido señalado por la CGR.

En el fondo, como puede advertirse, el camino interpretativo de la CGR deviene, en argumentos tanto de orden constitucional como legal. En efecto, como se ha visto, la potestad dictaminadora es uno de los mecanismos que ha entregado el Legislador a la CGR para que cumpla con su mandato constitucional de vigilar la adecuación de los actos de la administración al principio de legalidad.

En seguida, discurre que su LOC señala expresamente que los dictámenes constituyen la jurisprudencia administrativa y que ésta es obligatoria (para alguien). Concluye que la obligatoriedad de los dictámenes está referida a quienes deben aplicarla, que son nada más ni nada menos que los órganos sometidos a su superintendencia técnica.

Consecuentemente se señala que la no aplicación de lo dispuesto por medio de un dictamen acarrearía una especie de “desacato” que genera responsabilidad para el funcionario respectivo la cual podrá ser justiciable por medio de los sumarios administrativos correspondientes.

Finalmente, es necesario destacar lo señalado por la CGR en el Dictamen N° 19.080 de fecha 24 de abril de 2008, a saber:

“De este modo, y conforme al principio de jurídica, es un deber ineludible de los órganos del Estado el respetar el ordenamiento jurídico vigente, y a este Organismo Contralor, en el ejercicio de su función de legalidad y constitucionalidad, corresponde informar en derecho los asuntos que sean sometidos a su conocimiento y que se encuentren dentro de su competencia, en términos tales que por constituir la jurisprudencia administrativa que tienen que observar todos los abogados, fiscales y asesores jurídicos de las distintas entidades sujetas a su control, sus pronunciamientos no sólo resultan obligatorios para los casos concretos a que se refieren, sino que además para todos aquellos que se encuentren dentro del contexto del dictamen. Así por lo demás se ha informado uniformemente por esta Entidad de Control, mediante Dictámenes N°s 19.624, de 2007, 25.051, de 1997, 14.199, de 1996, entre otros.

En este sentido, los Dictámenes N°s 23.114, de 2007 y 4.168, de 2008, son vinculantes, tanto para la Subsecretaría de Investigación y la Policía de Investigaciones de Chile, como para los recurrentes afectados directamente por dichos pronunciamientos, respecto de los cuales, como se señaló en ellos, debe regularizarse la situación tratada en dichos documentos.”

De lo anterior, aparece de manifiesto que la CGR no solo entiende que sus dictámenes son obligatorios para el destinatario del dictamen, sino que además, extiende el alcance del dictamen respectivo a todas aquellas

situaciones análogas que sean subsumibles a la interpretación vertida en dicho informe.

2.5.3. La obligatoriedad de los dictámenes - contrapunto

Planteada la cuestión y vista la argumentación que en general se ha dado en la materia, comenzaremos nuestro análisis en relación a las observaciones que efectuare el profesor Aldunate al respecto.

Un primer elemento que resulta interesante es la profusión de argumentos que invoca la CGR para fundamentar un elemento que sería pacífico en la práctica administrativa, esto es que sus dictámenes son obligatorios para sus destinatarios.

Al respecto cabe preguntarse cuál es la necesidad que ve la CGR de justificar el origen de la obligatoriedad de los dictámenes que evacúa, si resulta del todo pacífico que deben ser obedecidos por los órganos de la administración sujetos a su dependencia técnica.

Creemos que el primer esbozo de respuesta a esta interrogante específica, la enuncia tácitamente el profesor Aldunate y es que en un país de profunda raigambre legalista como Chile, la oscuridad en los textos hace vacilar hasta el más competente de los funcionarios.

Ahora bien, cabe tener presente que esta es una costumbre extendida a lo largo y a lo ancho de las distintas entidades que integran la administración del Estado en Chile. No es infrecuente, por cierto, que una multitud de órganos invoquen una serie de fundamentos normativos para justificar hasta los más nimios asuntos.

Empero, la elucidación de los fundamentos jurídicos que explican el origen de la obligatoriedad de los dictámenes permite al intérprete hacerse una idea algo más acabada sobre la eficacia de una potestad tan importante como la que analizamos. Cabe recordar que la motivación de los actos de la autoridad –conquista irrenunciable de la ilustración– permite al ciudadano enjuiciar la aplicación de las potestades públicas y en definitiva, ejercer aquel control difuso que supone la soberanía popular.

En este sentido, del examen de las normas invocadas por la CGR para justificar que sus dictámenes son obligatorios, nos parece *prima facie*, detectar dos debilidades argumentativas que nos hacen dudar respecto del alcance irrestricto sobre la obligatoriedad que tradicionalmente se le ha dado a los dictámenes, a saber:

- a) Que existe un silogismo que no es del todo evidente y;
- b) Que la LOCCGR no es explícita respecto de las características de la obligatoriedad de los dictámenes.

2.5.4. El defecto hermenéutico literal en la interpretación de la CGR

En el punto 2.5.2 de este apartado puede apreciarse latamente cuál es la línea argumentativa que recorre la CGR para justificar que sus dictámenes son obligatorios. Sin embargo, es posible percatarse que siguiendo el tenor literal de las normas típicamente invocadas no se sigue necesariamente que la conclusión de la CGR es exacta.

En efecto, nos parece que el silogismo que no es del todo evidente viene dado, en primer término, por la falta de precisión respecto de quién se ve obligado por la jurisprudencia administrativa.

Como podrá apreciarse, antes de entrar a discutir sobre qué es en definitiva la jurisprudencia administrativa, es menester descifrar primero con algún grado de precisión quién es el llamado a aplicarla, para finalmente resolver cuál es el alcance de esta obligación.

En este sentido, cabe recordar una vez más que la ley dice expresamente en su Art. 10, inciso 4º que la jurisprudencia administrativa es obligatoria para los funcionarios correspondientes.

En cuanto a la expresión “funcionarios correspondientes” se hace necesario concordar esta expresión con las demás normas aplicables

contenidas en la LOCCGR. En este sentido, la respuesta la brinda el Art. 55 de la ley fundamental de la CGR que señala a la sazón:

“Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o Instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios.

El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.”

Al respecto nos parece que como destaca el profesor Aldunate, del mero tenor literal de la LOCCGR no se desprende que la jurisprudencia administrativa sea obligatoria para el órgano de la administración sujeto a la dependencia técnica de ésta. Al tenor literal de la LOCCGR, se aprecia que la jurisprudencia administrativa es obligatoria para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de aquellas dependencias de la Administración del Estado que no tengan a su cargo defensa judicial.

En otros términos, al mero tenor literal de la LOCCGR, la jurisprudencia administrativa es fuente directa del Derecho para ciertos funcionarios que integran la Administración del Estado. Por cierto, para poder precisar respecto de qué funcionarios sería obligatoria la jurisprudencia administrativa, será

necesario referirnos a la Ley que regula la materia: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Al respecto, el Art. 28 de la LOCBGAE dispone:

“Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los Arts. 22, inciso tercero, y 30.

La ley podrá, excepcionalmente, crear servicios públicos bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República.”

Y en lo fundamental a lo que atañe a esta materia, el Art. 29 de la LOCBGAE distingue:

“Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados.

Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del ministerio correspondiente.

Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia

del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial.”

De este modo, conforme la nomenclatura utilizada por la LOCBGAE, los servicios que no tendrían a su cargo defensa judicial, por carecer de personalidad jurídica propia, son los servicios públicos centralizados.⁶³

Interpretando de este modo la LOCCGR, con las disposiciones aplicables de la LOCBGAE, parece inconcuso que aplicando en forma literalista, de forma exclusiva, los preceptos invocados por la CGR, los dictámenes serían obligatorios solamente para los funcionarios que tengan a su cargo la asesoría letrada en aquellos órganos que carezcan de personalidad jurídica y patrimonio propio; es decir, los abogados (pero no jefes de servicio) que cumplan funciones en órganos centralizados.

2.5.5. Sentido de la obligatoriedad de los dictámenes para los funcionarios delimitados por el sentido literal de la LOCCGR

⁶³ Art. 29 y 36 de la LOCBGAE.

Teniendo presente que el alcance respecto de los destinatarios de los dictámenes de la Contraloría, conforme su tenor literal, es más restringido que el generalmente sustentado por el propio ente de control, cabe abocarse a la cuestión sobre qué compone la jurisprudencia administrativa.

En efecto, la LOCCGR, a pesar de la oscuridad en su redacción nos parece distingue entre los dictámenes propiamente tales y la jurisprudencia administrativa. En este sentido, nos parece útil consignar que la relación entre los dictámenes y la jurisprudencia administrativa no es de género a especie.

Esta distinción, si bien sutil, es auxiliar para descifrar el problema actualmente en cuestión. En efecto, como se ve, en la práctica cuando la CGR evacúa un dictamen lo hace en atención a una consulta particular, y se refiere a esa consulta particular. La jurisprudencia administrativa, en contraste, es el receptáculo de las interpretaciones particulares evacuadas por la CGR, que compone la unidad interpretativa que caracterizáramos como análoga a la finalidad original del recurso de casación en el fondo en materia procesal.

Visto lo anterior, primero analizaremos el alcance de la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa en cuanto tal, y luego nos avocaremos al tema de la supuesta falta de obligatoriedad denunciada por el profesor Aldunate a propósito de los dictámenes propiamente tales.

En específico, y respecto de este primer punto, el Art. 19 de la LOCCGR dispone:

“Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.”

Como resulta evidente, la parte de la norma cuya interpretación debemos precisar en este punto es aquella que dice: “... cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios...”.

Creemos que en este punto se trata de dilucidar dos cuestiones enteramente diferentes. En primer término, en qué supuesto recibe aplicación la mentada norma. En segundo término, qué implica que las interpretaciones sustentadas por la Contraloría deban ser observadas. En el fondo, una vez resuelto qué está haciendo el funcionario correspondiente, nos toca analizar qué es lo que en específico debe hacer con los dictámenes de la CGR.

2.5.6. Contexto en que debe ser aplicada la jurisprudencia administrativa.

Hechas las precisiones del caso, intentaremos dilucidar las cuestiones planteadas utilizando las herramientas legales disponibles.

Al respecto, creemos que una forma de abordar el problema es señalando qué tipo de actividad se encuentra realizando el funcionario que tendrá que observar lo dispuesto por la entidad contralora. A efectos de simplificar el análisis, partiremos de la base que, en general, la aplicación (o no) de la jurisprudencia administrativa emanada de la CGR se verifica en el contexto de la generación de un acto administrativo. Para dar coherencia al sistema, engarzaremos el análisis previo con lo dispuesto en la LPA⁶⁴.

La propia LPA contiene una definición de acto administrativo en su Art. 3º, que dispone:

“Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley, se entenderá por acto administrativo las decisiones **formales** que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen **declaraciones de voluntad**, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.” (Énfasis agregado)

Como resulta de la definición entregada por la ley, el rasgo fundamental de los actos administrativos es que son la encarnación de la voluntad de la

⁶⁴ Cuyo carácter de supletoria respecto de todos los procedimientos administrativos, la vuelve particularmente importante a efectos de comprender exactamente la función de los dictámenes.

Administración. Dicha voluntad, además y por disposición del inciso final de este artículo, goza de una presunción de legalidad que lo hace autoejecutable.

Ahora bien, dado que el principio de legalidad importa la sumisión del actuar del Estado a lo expresamente dispuesto en las leyes que lo regulan, debemos entender que en la generación de dicho acto, deben respetarse todas las normas procedimentales aplicables.

La LPA establece reglas que regulan los procedimientos administrativos, en el entendido que el procedimiento administrativo es la secuencia de actos trámite que desembocan en la emisión de un acto administrativo terminal – declaración de la voluntad del Estado en uno u otro sentido.

A mayor abundamiento, los requisitos establecidos por la formulación democrática del Estado de Derecho prohíben que las decisiones de la Administración sean arbitrarias o infundadas. De allí que la LPA por medio de su Art. 11 señala:

“Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que

los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

De este modo aparece, que salvando el hecho que las decisiones de la Administración no pueden ser arbitrarias (excluyendo las ilegales), resulta que normalmente en la instrucción de un acto administrativo, intervienen una serie de funcionarios.

Normalmente, además, es en el contexto de la elaboración de actos administrativos que pueden afectar derechos de terceros, que interviene la división jurídica de la entidad encargada de evacuar el acto.

De esta forma, el contexto en que recibe aplicación lo dispuesto por la LOCCGR es durante la tramitación de un acto administrativo a ser emitido por un órgano centralizado.

Como hemos visto además, los dictámenes (en teoría al menos) sólo determinan el sentido de una norma por medio de su interpretación. Considerando por otra parte que la jurisprudencia administrativa constituye el corpus de interpretaciones de la CGR respecto de una multiplicidad de asuntos, es dable suponer que su observación implica su invocación por el funcionario competente como expediente (en el sentido que se verá) para la resolución de la cuestión específicamente sometida al conocimiento del órgano administrativo al cual sirve.

En otros términos, en el entendido que un acto administrativo contiene una voluntad (terminal) de la Administración, es en el análisis jurídico de los hechos que constan del procedimiento administrativo, que el funcionario correspondiente debe aplicar la jurisprudencia administrativa de la CGR. Por cierto, aún resta determinar en qué sentido debe aplicarlos; esto es materia del párrafo siguiente.

2.5.7. El sentido de la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa

Resta interpretar qué inteligencia darle a la formula que emplea el Art. 6º de la LOCCGR en el sentido de que la jurisprudencia administrativa debe ser observada por los funcionarios correspondientes.

Como resulta evidente, hay varias posibilidades al respecto:

- a) Que el informe que evacúe el funcionario obligatoriamente se ajuste al criterio sustentado por la CGR;
- b) Que el informe que evacúe el funcionario, facultativamente considere el criterio sustentado por la CGR;
- c) Que en el informe que evacúe el funcionario, al menos argumente utilizando los dictámenes;

d) Que en la elaboración del informe, al menos haga revisión de los criterios de la CGR.

Antes de analizar directamente este punto, es necesario tener en consideración el principio sustentado en el Art. 38 de la LPA a propósito del valor de los informes:

“Valor de los informes. Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

Si el informe debiera ser emitido por un Órgano de la Administración distinto del que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquel se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones.”

Ahora bien, resulta evidente que el valor de la jurisprudencia administrativa no está regulado por este precepto, toda vez que no son evacuados durante la tramitación del acto administrativo en el cual por disposición de la LOCCGR están llamados a ser aplicados.

Sin embargo, *mutatis mutandis* resulta interesante consignar dos principios aportados en la materia por la LPA. En primer término, que el principio general es que la vinculación de la decisión de un Órgano Administrativo a antecedentes de juicio evacuados por otro órgano es extraordinaria. En segundo término, que salvo fundamento legal o constitucional

expreso, puede prescindirse de los informes de órganos que no están llamados a emitir el acto terminal en cuestión, incluso si su intervención consultiva está expresamente prevista en la tramitación del mismo.

Extrapolando estos principios, podría pensarse que el juicio respecto de un asunto determinado, evacuado por un órgano desvinculado a la emisión del acto administrativo terminal mismo bastante poca relevancia podría tener.

Sintetizando el asunto, al parecer la relevancia relativa de la jurisprudencia administrativa de la CGR, a nivel de exégesis legal, sería bastante menor de lo que tradicionalmente se supone.

Entre otras razones, porque la norma que regula la materia en la LOCCGR es bastante clara en señalar que las personas a quienes está dirigida la jurisprudencia administrativa son ciertos funcionarios específicos – asesores jurídicos de órganos centralizados.

Además, la fórmula que emplea esta norma es bastante particular; señala que los informes serán “observados” por los funcionarios que correspondan, en las materias en que la CGR tiene competencia para intervenir. Lo que la ley no dice en forma expresa, es que la jurisprudencia administrativa de la CGR sea vinculante para los funcionarios señalados, y mucho menos para las personas que en definitiva expiden normalmente los actos administrativos en cuestión, típicamente jefes de servicio.

Aplicando entonces lo que venimos diciendo, siguiendo una línea argumentativa meramente formalista como la tradicionalmente enarbolada por la CGR, podría pensarse que su jurisprudencia administrativa no tiene ninguna fuerza vinculante respecto de los órganos sujetos a su dependencia técnica, más allá de la fuerza moral de los informes en Derecho preparados por uno de los organismos más preeminentemente llamados a intervenir en el aseguramiento del principio de legalidad.

2.5.8. La jurisprudencia administrativa y los dictámenes en concreto

Las conclusiones a que se arriba siguiendo una línea meramente formalista respecto de la potestad dictaminadora de la CGR, sin embargo, son insuficientes pues, tal como se verá, dejarían sin aplicación un principio consagrado en la LOCCGR en términos imperativos (será observada).

Como se ha señalado, si bien la jurisprudencia administrativa no es lo mismo que los dictámenes, representan un sistema de interpretaciones que perfilan la aplicación concreta de la serie de disposiciones legales, reglamentarias e incluso constitucionales que integran el derecho público en general.

Cabe agregar, además, que la labor interpretativa de la CGR tiene un riguroso carácter declarativo. Toda vez que la interpretación de la ley no es más

que un acto declarativo cuyo objetivo es fijar el sentido de una norma en concreto el *ius dicere* tradicionalmente reservado para los Tribunales de Justicia, puede comenzar a intuirse el sentido de la “observancia” de la jurisprudencia administrativa.

En efecto, cuando la CGR –conociendo de un caso concreto– fija el sentido que debe dársele a un precepto de su competencia y emite un dictamen, realiza una labor de interpretación auténtica. En otros términos, la interpretación sostenida en un dictamen emitido por la CGR es integral al precepto legal interpretado, y por tanto, su fuerza dimana indirectamente del principio de legalidad.

En consecuencia, dado que la administración del Estado solo puede actuar dentro del marco fijado por la ley y dado que la CGR es el órgano constitucionalmente llamado a fijar el sentido de las leyes que fijan el marco para la actuación de la administración del Estado, puede ir apreciándose cuál es el alcance efectivo de la expresión “será observada” que estamos comentando.

En el fondo, la interpretación emitida por la CGR al absolver una consulta y emitir un dictamen tiene un especie de efecto *erga omnes*, pero restringido a los funcionarios y Órgano de la Administración del Estado sometidos a su dependencia técnica.

De esta forma puede advertirse la razón detrás de nuestra afirmación en cuanto que la jurisprudencia administrativa no es el género del cual los dictámenes serían la especie: la fuerza del dictamen proviene del hecho que resuelve una controversia interpretativa; la fuerza de la jurisprudencia administrativa proviene del hecho que la interpretación sostenida por la CGR se integra al principio legal interpretado.

En consecuencia, toda vez que el precepto de la LOCCGR que estamos interpretando es claro en contener un mandato (a los funcionarios señalados), y dada las características de la jurisprudencia administrativa, solo puede concluirse que su observancia por parte del funcionario que está conociendo del asunto concreto se traduce en que debe aplicar dicha interpretación. De lo contrario estará indirectamente infringiendo el principio de legalidad sobre el cual se erige todo el edificio del Estado de Derecho.

Como puede verse, la jurisprudencia administrativa tiene una fuerza intermedia entre la interpretación legislativa, que es efectivamente oponible *erga omnes* y la jurisprudencia judicial, que tiene el alcance relativo que le otorga el Art. 3º del Código Civil. La jurisprudencia administrativa no solo es obligatoria –como se verá– para los funcionarios que son los destinatarios del dictamen, sino que para todos los funcionarios sometidos a la dependencia técnica de la CGR.

Por lo demás, existen razones adicionales que explican el alcance que tiene la jurisprudencia administrativa. Éstas se desprenden de dos preceptos de orden constitucional, a saber: (i) la igualdad ante la ley; y, (ii) la seguridad jurídica.

En primer término, dado el carácter general de la jurisprudencia administrativa, que es de conocimiento de los ciudadanos (incluso se publican en la página web de la entidad), resulta claro que respecto de los particulares, los dictámenes recepcionados en la jurisprudencia administrativa constituyen un corpus jurídico que formalmente expone los criterios de la entidad de control superior de la administración respecto de una variedad de asuntos.

No debe olvidarse que el Estado es una construcción teórica constitucionalmente contingente, pues solo existe porque se encuentra al servicio de la persona humana. Corolario de lo anterior es que le está vedado actuar de forma ilegítima y arbitraria.

Dado que el propósito de la jurisprudencia administrativa es uniformar la actuación de los funcionarios en su relación entre sí y particularmente frente al ciudadano, es posible advertir como la potestad interpretativa es coadyuvante a concretar el mandato constitucional de igualdad ante la ley.

En términos prácticos, impide discriminaciones arbitrarias por cuanto frente a situaciones análogas, en la generación del acto administrativo el

encargado de prepararlo debe ajustarse a criterios que rigen para todos por igual.

Ahora bien, si por cualquier motivo, el criterio expuesto por la CGR, recogido en la jurisprudencia administrativa, no es respetado, cobra plena relevancia la fórmula legal de la LOCCGR de “hacer valer” los dictámenes en cuanto integrantes de la jurisprudencia administrativa.

En concreto, ante el actuar de un Órgano de la Administración Pública que no se ajusta a los criterios expuestos en la jurisprudencia administrativa de la CGR, el ciudadano tiene la facultad de invocar los dictámenes previos del ente contralor para que, en el contexto de la producción del acto administrativo que corresponda, éste se ajuste a dichos criterios.

En el evento que aquello no acontezca, la forma de hacer justiciable dichos criterios es por medio de la solicitud a la propia CGR de aplicar su jurisprudencia administrativa, mediante la emisión de uno nuevo que ordene directamente al órgano que corresponda su aplicación.

Por otra parte, la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa y su publicidad afianza la seguridad jurídica, toda vez que el ciudadano puede conocer de antemano los criterios que debe obedecer la Administración del Estado en el evento que se requiera de un pronunciamiento cuya solución esté contenida precisamente en el corpus interpretativo de la CGR.

La seguridad jurídica también se ve afianzada frente a los cambios de criterio pues como es sabido, la retroactividad en nuestra legislación es de derecho estricto. De hecho, el Código Civil –si bien es una ley común– enarbola este principio; la única salvedad es para el caso de las leyes interpretativas. La jurisprudencia administrativa no está dotada de esta particularidad.⁶⁵

En consecuencia, frente a un cambio de interpretación de la CGR, el ciudadano puede descansar tranquilo en la seguridad de que la administración del Estado está vedada de establecer cargas fundadas en dicho cambio interpretativo, lo que nuevamente destaca la profunda relevancia de la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa para la construcción del Estado de Derecho.

2.5.9. Fuerza relativa de los dictámenes y la jurisprudencia administrativa

Dilucidado el punto anterior, es posible ahora posible avocarse al estudio de la fuerza relativa de los dictámenes.

Una primera aproximación al asunto lo brinda el Art. 9º de la LOCCGR, que dispone lo siguiente:

⁶⁵ Por lo demás, el Art. 52 de la LPA establece la irretroactividad de los actos administrativos, salvo en cuanto su aplicación pudiera favorecer al ciudadano.

“El Contralor estará facultado para dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le **haya formulado alguna petición**, a fin de solicitar datos e informaciones o de **dar instrucciones relativas al servicio.**” (Énfasis agregado)

Por otra parte, el inciso final del mismo Art. señala:

“Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes **en el caso o casos concretos a que se refieran**”. (Énfasis agregado)

Resulta del análisis concreto de las normas que regulan la materia, que la fuerza relativa de los dictámenes viene dado, por tanto, por dos factores:

- a) El destinatario del informe (dictamen) y;
- b) El alcance del dictamen.

Realizada la distinción entre jurisprudencia administrativa y dictámenes en concreto, es posible advertir que por texto expreso el dictamen –en concreto– está dotado de toda la obligatoriedad respecto del funcionario al cual está dirigido. De este modo se comprende que si recibido el dictamen, el funcionario que corresponda no lo aplica, habrá incurrido en responsabilidades administrativas justiciables mediante los sumarios que correspondan.

2.5.10. El imperio de los dictámenes

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que existen razones más allá de la razón de texto que se evidencia en el apartado anterior y que explican por qué los dictámenes son –para el caso concreto que resuelven– absolutamente obligatorios para los funcionarios que son destinatarios del mismo.

En efecto, se ha señalado en variadas ocasiones a lo largo de esta tesis que los dictámenes son también actos administrativos. Dicha característica explica, entre otras cosas, porqué al ejercicio de la potestad interpretativa le es aplicable las disposiciones relevantes de la LPA y la LOCBGAE.

Ahora bien, como se ha destacado en otra parte, una característica particular de los actos administrativos en nuestra legislación es que gozan de dos prerrogativas que en gran medida dan cuenta de las denominadas potestades exorbitantes del Estado: (i) que gozan de la presunción de legalidad y (ii) que gozan de imperio.

En efecto, se ha señalado que la presunción de legalidad consiste en que:

“El acto se presume legal, mientras no sea invalidado o dejado sin efecto.

Desde que se dicta el acto administrativo, cualquiera que sea su naturaleza, y una vez cumplidos los trámites de procedimiento que le sean aplicables, se presume válido y capaz de producir sus efectos.

Se generan dos efectos:

- 1) En primer término, la administración no necesita probar la legitimidad de sus actos. Es una presunción, simplemente legal, que admite prueba en contrario y quien la alegue debe probarlo. Por otra parte el acto debe cumplirse, incluso forzadamente, si el destinatario o particular se resiste.”⁶⁶

Por otra parte, se ha señalado que la imperatividad:

“Significa que los actos administrativos tienen la capacidad para imponerse a los particulares en forma unilateral y obligatoria.

La doctrina distingue tres conceptos distintos: la ejecutividad, la ejecutoriedad y la ejecución.

- Ejecutividad: es la fuerza obligatoria del acto administrativo, en uso de las prerrogativas del poder público con que se dictó. Es propiamente la imperatividad y constituye un elemento de la esencia del acto administrativo, que tiene como supuesto la presunción de

⁶⁶ POBLETE, J. 2010. Actos y contratos administrativos. 5ª. Ed., Santiago. Legal Publishing. P. 19.

legitimidad del acto. El acto se cumple, independiente de si posee o no vicios.”⁶⁷

Pues bien, toda vez que como hemos señalado, los dictámenes son actos administrativos, y gozan de la presunción de legalidad e imperatividad, ello acarrea que una vez dictados y notificados a sus destinatarios, deben ser obligatoriamente acatados. Dicha obligatoriedad arranca a su vez, de la presunción de legalidad que los acompaña y sus efectos no pueden suspenderse salvo que se dejen sin efectos.

2.5.11. El principio de supremacía constitucional como fundamento de la obligatoriedad de los dictámenes emanados de la CGR

Sin embargo, consideramos que existen otros criterios interpretativos – además del gramatical y lógico– que nos permiten cuestionar la supuesta falta de obligatoriedad de los dictámenes que denuncia el Profesor Aldunate.

Lo cierto es que el Derecho es un complejo orgánico, integrado por múltiples fuentes formales que la más de las veces deben ser interpretadas

⁶⁷ POBLETE, J. Loc. Cit. P. 18.

armónicamente para obtener un resultado que dote de funcionalidad a las disposiciones legales.⁶⁸

Si, siguiendo la argumentación del Profesor Aldunate concluimos que los dictámenes de la CGR no son obligatorios para los órganos de la Administración del Estado sujetos a su dependencia técnica, fundados en un argumento formalista como la falta de consagración expresa de su obligatoriedad en la LOCCGR –lo que tal como se ha visto es inexacto– se incurriría en la conclusión absurda que el Legislador ha previsto la existencia de un organismo con potestad interpretativa, absolutamente inútil e ineficaz.

Sin embargo, debemos recordar que el Art. 98 de la CPR dispone a la sazón:

“Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República **ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración, (...) y desempeñará las demás funciones que le encomiende su Ley orgánica constitucional respectiva**”.

Tradicionalmente se ha sostenido que el único control de legalidad de los actos de la Administración por parte de la CGR se realiza mediante la Toma de Razón. Debido a lo anterior, el Profesor Silva Cimma argumentaba que si bien la potestad dictaminadora no estaba comprendida expresamente en la CPR, debía entenderse que ésta era una potestad de rango constitucional por

⁶⁸ En el entendido que el Legislador no prevé regulaciones ociosas o inútiles.

integración con las “otras funciones” reguladas por su Ley Orgánica Constitucional.

Como puede apreciarse, este tipo de argumentos nos parece tan falaz como los que señalan que no estando expresamente señalado que los dictámenes son obligatorios, es que se debe concluir que no lo son. Siguiendo este tipo de argumentaciones se cae en el absurdo de considerar que incluso las potestades de policía interna del Contralor gozan de rango constitucional (con la implicancia que tal interpretación implicaría respecto de los quórums para cualquier reforma a la LOCCGR).

En efecto, este tipo de interpretaciones no pone el acento en la función primordial de la CGR, que es un órgano de rango constitucional, con autonomía y llamado expresamente a controlar la legalidad de los actos de la Administración.

Recordemos entonces una vez más que según la LOCBGAE, los actos administrativos son la exteriorización de la voluntad de los órganos del Estado. De esta forma, la amplísima concepción de acto administrativo, conjuntamente con la función constitucional encargada a la CGR y el propósito de los dictámenes, nos permite comprender la función de la potestad dictaminadora de una forma muy distinta.

En efecto, de acuerdo con la LOCCGR mediante los dictámenes el Contralor emite una opinión jurídica respecto de un asunto de su competencia

determinado, señalando una interpretación respecto de la legalidad de un asunto en particular. En otros términos, mediante los dictámenes, la CGR sienta un criterio respecto de cómo debe actuarse en un asunto determinado, para que el actuar de la administración sea ajustada a Derecho.

Por otra parte, en virtud del principio de legalidad consagrado en el Art. 6º de la CPR, los órganos del Estado deben someter su actuación a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella. Evidentemente, cuando existe un asunto respecto del cual no hay claridad, y es en razón de lo anterior que interviene la CGR, lo que se busca es que haya certeza jurídica respecto de la forma en que deben aplicarse el Derecho Público.

En consecuencia, cuando la CGR emite un dictamen, lo que está haciendo es ejercer el control de legalidad de los actos de la administración, que en cuanto manifestaciones de la voluntad de un órgano público, deben ajustarse a la Constitución y las Leyes, en forma análoga a la función que realiza en el contexto de la Toma de Razón.

De este modo, tanto la Toma de Razón como la potestad dictaminadora son dos de los mecanismos de que dispone el ente contralor para precisamente asegurar que los órganos de la administración del Estado ajusten su actuar a la Ley, dotando de eficacia al principio de legalidad.

Podría retrucarse señalando que a pesar de lo anterior, la LOCCGR no es inequívoca en dotar de esa particular eficacia a los dictámenes. Lo anterior

es desconocer, sin embargo, que de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional, sus prerrogativas son directamente ejecutables.

En el entendido que la potestad dictaminadora es una de las formas por medio de las cuales se ejerce el control de legalidad (normalmente ex post) de los actos de la administración, naturalmente debemos concluir que los dictámenes, en estricto rigor al igual que lo que acontece con la jurisprudencia administrativa, no solo son obligatorios porque provienen de la Contraloría, sino también porque la Constitución le entregó a alguien (CGR) controlar la legalidad de los actos de la administración, propósito constitucional que logra no solo mediante la Toma de Razón, sino también mediante el ejercicio de la potestad dictaminadora.

Por tanto, considerando que la CPR estableció que un organismo de derecho público –la CGR– será la encargada de examinar y controlar que los actos de la administración se ajusten a derecho, debemos analizar la ley que regula a este órgano para determinar cómo se ejerce dicho control de legalidad.

Es innegable que la redacción de la LOCCGR es oscura y ambigua. Sin embargo, y a pesar de su redacción defectuosa, busca concretar la misión que la CPR le encargara a la entidad contralora. El principio de supremacía constitucional, por tanto, es lo que dota finalmente de fuerza vinculante a los dictámenes, en la medida que son una manifestación del control de legalidad encomendado por la Constitución a la CGR.

2.6. Impugnación de los dictámenes emanados de la CGR

2.6.1. Por vía administrativa

En términos generales, los dictámenes emanados de la CGR son susceptibles de ser impugnados por dos vías reconocidas en la Ley N° 19.880:

- a) **Recurso de reposición:** este deberá ser interpuesto ante el ente de control dentro del plazo de 5 días desde que se dictó el acto impugnado⁶⁹. Rechazado el mismo, no procederán ulteriores recursos. Por el contrario, de aceptarse, podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado. Cabe destacar que el recurso de reposición ha sido denominado de “**Reconsideración**” por la práctica contralora.

- b) **Recurso de revisión:** en cuanto al recurso de revisión, estimamos que si bien la LPA contempla esta verdadera acción procesal en contra de actos administrativos firmes, dada la estructura legal de los dictámenes, no resultaría procedente. En efecto, este cuerpo normativo señala que

⁶⁹ La CGR ha sido flexible respecto de este punto al permitir la presentación de reposiciones con posterioridad a los 5 días que establece la Ley N° 19.880.

las causales por las cuales procede el recurso de revisión son las siguientes:

- i. Cuando el acto administrativo hubiera sido dictado sin el emplazamiento debido;
- ii. Cuando el acto administrativo se haya dictado con manifiesto error de hecho, que haya influido sustancialmente en la decisión del órgano;
- iii. Cuando por sentencia judicial ejecutoriada se haya decretado que éste se ha obtenido por obra del cohecho, prevaricación, violación u otra maquinación fraudulenta y;
- iv. Cuando el Acto se ha dictado basado en documentos o testimonios declarados fraudulentos por sentencia judicial ejecutoriada.

Como puede verse, las causales para que proceda el recurso de revisión son en extremo ajenas a la dinámica procesal del dictamen. En efecto, el dictamen es una opinión en derecho que emite la CGR, por lo que malamente podría –en teoría al menos– concurrir alguna de las

causales de error o dolo en los hechos. En cuanto a la falta de emplazamiento, ciertamente la emisión de un dictamen no requiere del emplazamiento de persona alguna, toda vez que se trata de un informe en Derecho. Finalmente, en cuanto a las causales de delitos funcionarios, es posible pensar que este recurso sería procedente, pero ciertamente mucho más eventual que las otras causales ya señaladas.

2.6.2. Por vía del Recurso de Protección

La impugnación misma de los dictámenes por vía del recurso de protección es un asunto que no ha sido objeto de un amplio debate en nuestra doctrina. En la práctica, sin embargo –y cada vez con mayor frecuencia– se ha utilizado el expediente del recurso de protección para intentar dejar sin efecto (al menos para el reclamante) un dictamen.

El recurso de protección consagrado en el Art. 20 de la Constitución Política de la República ha sido definido como “una acción constitucional que permite a la persona que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales, ocurrir a una Corte de Apelaciones, con el objeto de impetrar la adopción de las providencias

necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar su protección, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los Tribunales de Justicia”⁷⁰.

En este sentido, el fundamento procesal –la causa de pedir– del recurso de protección, en relación a los dictámenes, es que sus efectos amenazarían, perturbarían o privarían a una persona del goce legítimo de sus derechos constitucionalmente reconocidos. Cabe destacar que el Recurso de Protección no sólo ha sido utilizado como una vía de impugnación por parte de los particulares respecto de los actos u omisiones arbitrarias o ilegales del Estado, sino que también ha sido empleado por los mismos entes de la administración del Estado en contra de los dictámenes de la CGR.

Dicho lo anterior, cabe señalar que nuestro análisis se extenderá esencialmente a tres puntos de la problemática asociada a la interacción de la CGR y las Cortes de Apelaciones que conocen de un recurso de protección: 1) Alcances respecto de la “impugnación” del dictamen; 2) Fundamento teórico del recurso de protección en relación a los dictámenes; y, 3) Alcances respecto de la titularidad para la interposición del recurso de protección.

⁷⁰ ZUÑIGA, F. y PERRAMONT, A. 2003. Acciones Constitucionales. Santiago. Lexis Nexis. Pag. 74.

2.6.2.1. “Impugnación”⁷¹ de un dictamen por vía del recurso de protección

El primer punto de nuestro análisis es precisar qué es lo que se busca mediante la interposición de un recurso de protección en contra de un dictamen. Por cierto que la respuesta la brinda lo que en definitiva puede ordenar la Corte de Apelaciones que conozca del recurso, a efectos de recomponer el bloque de legalidad supuestamente infringido por el dictamen cuestionado.

En este sentido, nos parece de capital importancia traer a colación lo resuelto por la I. Corte de Apelaciones, autos rol N° 5776-2012, confirmada por la E. Corte Suprema en los autos rol N° 5894-2012:

“Que el proceder de la Contraloría General de la República, al emitir el Dictamen N° 27.677, de 2010, y ratificarlo mediante el Dictamen N° 6512, de 2012, ha infringido la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, esto es, ha afectado la garantía constitucional de propiedad, al disponer que se deberán restituir los valores correspondientes a aquellas sociedades de inversión que se enmarquen en el nuevo dictamen del señor Contralor General, esto es, desde 1 de julio de 2010, y se dejarán de percibir sumas similares a las ya ingresadas por patentes comerciales correspondientes a sociedades de inversión.

⁷¹ La utilización de comillas para la expresión impugnación obedece esencialmente al hecho que técnicamente, mediante el recurso de protección, no se impugna al dictamen, toda vez que dicha institución procesal no es un recurso, sino una acción constitucional que –de ser acogido- puede causar la ineficacia del dictamen en cuanto orden dirigida a un órgano de la administración del Estado.

Por estos fundamentos, y visto además, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre tramitación y fallo de los recursos de protección, se acoge el recurso interpuesto la Ilustre Municipalidad de Santiago, ya individualizado, en contra de la Contraloría General de la República, sólo en cuanto se decide que **se dejan sin efectos los Dictámenes Nº 27.677, de 2010, y Nº 6512, de 2012.**”

De la sentencia transcrita se desprende con toda nitidez que de acuerdo con las últimas líneas jurisprudenciales, los Tribunales Superiores de Justicia han entendido que por vía de un recurso de protección es posible dejar sin efectos los dictámenes emanados por la CGR, en la medida que afecten alguna garantía constitucional susceptible de ser recurrida de protección.

Resulta interesante, empero, recordar que de acuerdo con algunos lineamientos jurisprudenciales de las cortes, conociendo de los recursos de protección, muchos derechos que no están tutelados de acuerdo con el tenor literal de la CPR, han sido acogidos invocándose el derecho de propiedad sobre ellos en un fenómeno conocido como “constitucionalización del derecho privado”.

Sin embargo, la característica que estimamos más interesante de destacar a propósito de este fallo viene dado por sus alcances.

En efecto, como se ha visto a lo largo de esta tesis, los dictámenes son actos administrativos que contienen interpretaciones y eventualmente órdenes. Siguiendo el lineamiento jurisprudencial recogido en la sentencia transcrita, dejándose sin efectos los dictámenes recurridos, se restablecería el imperio del derecho al eliminarse la amenaza –en este caso concreto, al derecho de propiedad– del recurrente. Esto sería coherente con el efecto relativo de las sentencias.

Sin embargo, es necesario recordar que la jurisprudencia administrativa, la cual es vinculante para los órganos sujetos a la competencia técnica de la CGR, se construye en base a las interpretaciones contenidas en los sucesivos dictámenes dictados en ese sentido.

De esta forma, nos parece que este tipo de sentencias judiciales tienen un claro efecto reflejo en la jurisprudencia administrativa; en efecto, desaparecidos los dictámenes sobre los cuales se erige, desaparece consecuentemente una determinada jurisprudencia administrativa. En consecuencia, la medida adoptada por la Corte, indirectamente al menos, posee un efecto expansivo que nos parece conflictivo con lo dispuesto en la LOCCGR a propósito de las fuentes de la jurisprudencia administrativa.

Esto último es conflictivo por lo sostenido por la propia Corte Suprema en el fallo que confirmó la sentencia cuya parte resolutive ya hemos transcrito⁷², en la cual el máximo tribunal interpreta, a nuestro juicio acertadamente, que estas “declaraciones de juicio”, las cuales en realidad son lo que la LOCCGR denomina jurisprudencia administrativa, sólo podrían ser impugnadas por el recurso de protección en la medida que el órgano llamado a aplicarla, la aplique en un acto administrativo que afectare una garantía constitucional.

Sin embargo, lo que la Corte no advierte es que dejado sin efecto una serie de dictámenes se deja sin efecto un criterio interpretativo contenido en una jurisprudencia administrativa que es generada, de acuerdo con una ley orgánica constitucional, en forma exclusiva por la CGR. En síntesis, como puede apreciarse, negativamente al menos, las Cortes superiores han entrado a modificar la jurisprudencia administrativa, lo que nos parece a lo menos contradictorio con la separación de poderes y funciones subyacente en la CPR.

Por cierto que este fenómeno no ocurriría si la medida adoptada por la Corte fuera análoga al recurso de inaplicabilidad. No destruyéndose el dictamen

⁷² “Que con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de “decisiones”, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de “dictámenes o declaraciones de juicio”, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares. **Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza**”. (Énfasis agregado).

en nada se afectaría la jurisprudencia administrativa; sin embargo, dadas las condicionantes del recurso de protección, ello simplemente no es posible, según se verá.

2.6.2.2. Doctrina de la impugnación de los dictámenes por vía del recurso de protección.

Precisado los alcances que tienen los fallos de las cortes que se han pronunciado acogiendo recursos de protección enderezados en contra de los dictámenes de la CGR, examinaremos a continuación los fundamentos teóricos que permiten incoar dicha impugnación.

Al efecto, cabe recordar que para que un recurso de protección sea susceptible de ser acogido, es necesaria la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos:

- a) Que exista un acto u omisión;
- b) Que dicho acto u omisión sea ilegal o arbitrario;
- c) Que a consecuencia de dicho acto u omisión, ilegal o arbitrario, resulte una privación, amenaza o perturbación de una garantía constitucional.

En el caso de la impugnación de los dictámenes por vía del recurso de protección, es claro al menos que al menos se ha cumplido el primero de los actos.

Por otra parte, ciertamente un dictamen puede implicar un gravamen que implique una privación, amenaza o perturbación de una garantía constitucional (especialmente considerando el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado).

Sin embargo, es el componente de antijuridicidad asociado a dicha privación, amenaza o perturbación de esa garantía constitucional la que resulta más problemática. En efecto, para pueda configurarse el supuesto de hecho que exige el recurso de protección, es necesario que:

- a) El dictamen sea arbitrario; y,
- b) El dictamen sea ilegal.

En la primera hipótesis, el recurrente estaría obligado a demostrar que el dictamen carece de fundamentación racional que fue –en definitiva– dictado por un mero capricho. Podría agregarse en este caso la posibilidad de sostener, empero, que un dictamen manifiestamente injusto también podría ser considerado arbitrario.

En la segunda hipótesis, el recurrente está obligado a demostrar que el dictamen adolece de algún vicio de ilegalidad⁷³. Ello presupone que el dictamen haya sido emitido contra derecho, lo que realmente no es tan sencillo de configurar.

De hecho, en la sentencia que comentamos, el fundamento esgrimido por la Corte para acoger el recurso de protección no es tanto que se afecten garantías constitucionales, sino el hecho que de las normas interpretadas por los dictámenes que fueran anulados son consideradas leyes tributarias, y por tanto, su interpretación estaría encargada en forma exclusiva y excluyente al Director del Servicio de Impuestos Internos.

En consecuencia, razona la Corte, se trata de un asunto respecto del cual la CGR es incompetente de conocer. Habiéndose dictado el dictamen en infracción de ley, se haría acreedor del vicio de ilegalidad que sirve de sustento para acoger el recurso.

Como puede apreciarse, esta es la razón esencial de porqué la Corte no podía ordenar otra medida más que la anulación del dictamen impugnado (con la consiguiente afectación de la jurisprudencia administrativa que ello implica): acoger el recurso de protección presupone una actuación ilegal, y en este caso, el vicio de ilegalidad es el de haberse dictado por un órgano incompetente. Una

⁷³ Y que en término de lo prescrito por el Art. 7 de la CPR, adolecería de un vicio de nulidad de derecho público.

solución diversa sería imposible e incoherente con el bloque de legalidad que están obligados a defender los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, esta situación introduce un elemento de inestabilidad que a lo menos es inquietante. En efecto, debemos recordar que la CGR es un órgano autónomo con funciones constitucionales particulares, el cual posee una competencia particular para interpretar, en términos generales, los preceptos de derecho público.

Como puede apreciarse, sin embargo, es necesario un vicio de ilegalidad muy evidente para que pronunciamientos jurisdiccionales como el que comentamos sean tolerables y no impliquen desdibujar los límites constitucionalmente fijados entre distintos poderes del Estado.

Esta situación es particularmente compleja tratándose de los recursos de protección interpuestos por los propios órganos de la administración en contra de los dictámenes de la CGR, materia del párrafo siguiente.

2.6.2.3. Legitimidad activa de los órganos sujetos a la dependencia técnica de la CGR para recurrir de protección en contra de los dictámenes que los rigen.

Al respecto, cabe considerar la sentencia de fecha 26 de junio de 2012, en la cual la Apelaciones de Santiago falló un recurso de protección interpuesto

en contra de la CGR por haber emitido los dictámenes N° 6.512 de fecha 01 de febrero de 2012 y N° 27.677 de fecha 25 de mayo de 2010. En esta oportunidad, y al igual que en el caso que comentáramos en los párrafos anteriores, se dejaron sin efecto esos dictámenes fundado en que la CGR habría actuado fuera de la esfera de su competencia, conculcando ciertas garantías constitucionales.

Sin tener la intención de examinar en detalle el mencionado fallo, es interesante tener presente que éste es producto de un recurso de protección interpuesto por la Municipalidad de Las Condes en contra de la CGR. Las Cortes han sostenido en forma invariable que son competentes para conocer de este tipo de recursos, fundados en el argumento consignado en el considerando quinto de la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2012, recaída en los autos rol 5984-2012, que transcribimos a continuación:

“(...) todo sujeto tiene derecho a recurrir al órgano jurisdiccional para oponer sus pretensiones, estos es, a ejercer su derecho a tutela judicial efectiva, la que jamás podría verse restringida si se sostiene ha sido vulnerado un derecho fundamental, más aún cuando se lo asegura explícitamente por el texto constitucional, como es aquel que ha motivado la presente acción.

Por lo demás esta Corte Suprema ya ha reconocido la facultad que tienen las municipalidades para recurrir en contra de dictámenes al sostener que “siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público

autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. De este modo, dicho argumento carece de sustento y no puede ser considerado” (Rol Ingreso N° 2791-2012).”

El mencionado fenómeno no ha estado sin embargo exento de polémica. En ese sentido, el voto disidente contenido en esta sentencia señala a la sazón:

“Que de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades “estas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas”.

2°. Que en el marco del desarrollo e implementación de los objetivos que fueran trazados por la ley a las Municipalidades éstas desarrollan actividad financiera, la que queda bajo la fiscalización de la Contraloría General de la República, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República y 52 de la Ley N° 18.695.

3°. Que la facultad de la Contraloría General de la República para emitir dictámenes emana del artículo 98 de la Constitución Política de la República y

de los artículos 5°, 6° y 9° de la Ley N° 10.336 y ello es así pues la citada norma constitucional encomienda a la Contraloría, como órgano autónomo que es, entre otras materias, la de ejercer el control de legalidad de los actos administrativos, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, para lo cual informa por medio de dictámenes que a la luz de los artículo citados configura jurisprudencia administrativa y por ende obligatoria para las entidades sujeta a su fiscalización.

4°. Que como consecuencia de la particular vinculación y dependencia existente entre las Municipalidades para con la Contraloría General de la República es que las primeras carecen de legitimidad activa para recurrir por la presente vía si su objeto es el impugnar una determinada interpretación que se materialice en un dictamen, cuando éste tiene carácter general, ello no sólo porque está realizada por el órgano llamado a hacerlo, sino porque, una vez hecha ella es obligatoria para las Municipalidades. Entenderlo de otra manera –hace que- el recurso de protección se convierta en una vía para que una Municipalidad se alce en contra de su legítimo órgano de control, en materias que escapan a una legítima discrepancia, introduciéndose un elemento de inestabilidad en el sistema de administración comunal. Por lo demás, existen otras vías idóneas para resolver este tipo de conflictos.” (Subrayado agregado)

Como puede apreciarse, en el seno del propio máximo tribunal de justicia del país existen dudas surgidas, en definitiva, de una antinomia aparente entre el Art. 20 y el Art. 98 de la CPR.

Ahora bien, tal como se ha visto, acoger recursos de protección implica debilitar la función de control que ejerce la CGR por medio de la jurisprudencia administrativa respecto de los órganos sujetos a su dependencia técnica. En definitiva, se entra a cuestionar su función de entidad superior de control de la legalidad respecto de la administración pública. La argumentación de la CGR siempre ha discurrido por este lado al contestar los oficios dirigidos por la Corte que conoce del recurso de protección.

Cabe señalar, no obstante, que este tipo de controversias –al menos desde un punto de vista práctico– solo podría imaginarse entre órganos que integran la administración del Estado que gocen de personalidad jurídica y la CGR. En efecto, cuesta imaginar al Consejo de Defensa del Estado promoviendo un recurso de protección en contra de la CGR, aunque desde un enfoque estrictamente teórico no nos parece imposible.

Por otra parte, la conclusión a la que arriban los ministros disidentes del máximo tribunal es que la interpretación contenida en un dictamen de carácter general no es susceptible de ser impugnado por las entidades sometidas al control de la CGR (como por ejemplo las municipalidades), lo que a juicio de los sentenciadores introduce un elemento de inestabilidad en la administración

comunal, fenómeno que hemos descrito enfáticamente a lo largo de esta tesis al mencionar las carencias del contencioso– administrativo en Chile. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que, curiosamente, el voto disidente citado da lugar para sostener que las interpretaciones que no sean generales, vale decir aquellas contenidas en dictámenes decisorios de la CGR, son recurribles.

Quizás, desde un punto de vista metajurídico, la disputa se manifiesta nítidamente en el considerando noveno de la sentencia de la Corte Suprema que comentamos:

“Que, en todo caso, la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan.

Siendo la materia a que se refiere el presente recurso de protección un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como es el caso de la jurisprudencia. **Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden**

institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece -interpretando la ley- que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, **este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos de la “jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica.”** (Énfasis agregado)

Sin perjuicio que no entraremos a comentar la corrección técnica del aserto sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia judicial, nos parece que este considerando condensa el asunto en el sentido de explicitar que existe una controversia abierta entre dos poderes del Estado a propósito de quién es competente para conocer y resolver ciertas materias.

Nos queda por señalar que en nuestra opinión el mecanismo institucional para resolver este problema ciertamente lo entrega la contienda de competencia. Cabe destacar, sin embargo, que la CGR solo ha promovido contiendas de competencia a propósito de la Toma de Razón y la injerencia de los tribunales en este asunto; en contraste, una contienda de competencia a

propósito de este asunto jamás ha sido promovida por motivos que al intérprete no le corresponde especular.

2.6.3. Nulidad de Derecho Público de los Dictámenes de la CGR

En cuanto a este mecanismo de impugnación, cabe destacar que al menos en teoría, los dictámenes, en cuanto actos administrativos, son perfectamente susceptibles de ser atacados por vía del ejercicio de la acción general del contencioso-administrativo supletoria que conoce nuestra legislación.

Al respecto, cabe destacar nos parece conveniente traer a colación algunas consideraciones iniciales sostenidas por el profesor Pedro Pierry Arrau:

“Antes de revisar la situación actual y para comprender adecuadamente el tema de la acción de nulidad de derecho público, es conveniente explicar que desde el punto de vista doctrinario y de derecho comparado, es necesario distinguir entre las acciones encaminadas únicamente a obtener la nulidad de un acto administrativo y aquellas destinadas a obtener la declaración de un derecho a favor de un particular. Las primeras y que corresponden a lo que se denomina en el derecho francés *recours pour excès de pouvoir*, son aquellas que pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés. Sus plazos son muy breves y tienen la particularidad de hacer desaparecer el acto

administrativo con efectos generales *erga omnes*. La brevedad de los plazos se comprende por la absoluta necesidad de establecer la certeza de los actos administrativos. En Chile, un ejemplo de este tipo de acciones es el denominado recurso de ilegalidad en derecho municipal. El otro tipo de acciones son las declarativas de derechos, denominadas “de plena jurisdicción”, por cuanto el juez al pronunciar un derecho de un particular puede hacer todo lo que corresponda para ello, incluso anular el acto para declarar el derecho. Está sujeto a plazo de prescripción de carácter general, de años. Su característica principal es que todo pronunciamiento que implique la anulación de actos administrativos es de efectos relativos y sólo para el juicio concreto. Esta acción de plena jurisdicción corresponde al contencioso de los derechos en general y de los cuales su aspecto más importante es el contencioso de la responsabilidad.

En Chile, generalmente se ha confundido la denominada acción de nulidad de derecho público sin hacer la distinción anterior. En realidad son inexistentes o muy pocos los casos en que se solicita la nulidad con efectos generales por alguien que no tenga un derecho comprometido, que es lo que propiamente debiera denominarse acción de nulidad de derecho público. Siempre lo que se solicita es la declaración de un derecho, por lo que estrictamente hablando, lo que se ejerce son acciones de plena jurisdicción. En todos los juicios en que sonoramente se comienza señalando que se ejerce la “acción de nulidad de derecho público”, en realidad siempre se termina

solicitando la declaración de un derecho a favor del demandante, especialmente la condena por responsabilidad del Estado”⁷⁴.

Como destaca el profesor Pierry, la acción de nulidad de derecho público es la acción contencioso-administrativa general que conoce nuestra legislación, toda vez que por medio de ella es la vía procesal por medio de la cual pueden introducirse las más diversas pretensiones en contra del Estado.

Por cierto que en cuanto a su fundamento normativo, se ha señalado consistentemente por la doctrina y la jurisprudencia que la causa de pedir en este tipo de juicios es la infracción de alguno de los requisitos de validez del acto cuya anulación se busca.

En el caso concreto de los dictámenes, toda vez que este tipo de acciones puede dirigirse en contra de cualquier acto administrativo, ciertamente puede concluirse que es uno de los mecanismos de impugnación que conoce nuestra legislación para tales efectos.

Por cierto que, en la práctica y tal como se verá más adelante, no es el mecanismo más expedito para lograr dejar sin efecto un dictamen, habida cuenta la jurisprudencia que actualmente sostienen las Cortes conociendo de los recursos de protección. Lo anterior, especialmente considerando que, como se ve, la acción u omisión ilegal o arbitraria que exige el recurso de protección

⁷⁴ PIERRY, P. 2005. Nulidad de derecho público. En: FERRADA, J. (Coord.). La Justicia Administrativa. Santiago. Lexis Nexis, Pp. 170-171.

muy probablemente sería la misma causa de pedir en un hipotético contencioso anulatorio enderezado contra un dictamen.

Ahora bien, en cuanto a la anulación de dictámenes solicitada por órganos que integran la administración del Estado, la acción de nulidad de derecho público podría ser un mecanismo más idóneo que la interposición del recurso de protección, al menos por dos motivos:

- a) Porque la estructura del recurso de protección gira en torno a la lesión de derechos subjetivos, concepto iusprivatista algo alejado de los finalidad contingente y pública del Estado;
- b) Porque el contencioso de nulidad de derecho público puede ejercerse en defensa pura del sistema, sin buscar otro efecto como es el caso del recurso de protección, en que generalmente se busca restablecer un derecho subjetivo lesionado.

Finalmente quisiéramos acotar que en todo caso, la anulación de los dictámenes por esta vía también produciría el efecto de debilitamiento de la jurisprudencia administrativa que describiéramos en la sección anterior.

2.7. Ejecutividad de los dictámenes emanados de la Contraloría General de la República.

2.7.1. Problemática

El ejercicio de la potestad fiscalizadora ex post de la CGR, a través de los dictámenes, nos lleva a un problema práctico que representa la mayor dificultad en la actualidad para quienes solicitan la intervención del ente de control: cómo hacer efectivos y ejecutar los dictámenes emanados de la CGR.

Lo anterior se explica porque en la práctica la CGR tiende a pronunciarse en abstracto, resolviendo materias de derecho que son de su competencia. En dichos pronunciamientos, la “orden de ejecución” es una mención usualmente implícita, por lo que en variadas oportunidades resulta difícil exigir el cumplimiento de los mismos.

Es necesario reiterar que la práctica de pronunciarse en abstracto obedece a la necesidad de generar una jurisprudencia administrativa que sea reconocida y acatada por todos los entes de la Administración del Estado sometidos a la dependencia técnica de la CGR, situación que podría dificultarse si sólo se fallare en concreto.

Así, si bien los dictámenes de la CGR son siempre obligatorios para los entes de la Administración del Estado, la técnica con que se realizan determina:

- a) La factibilidad de que sean realmente acatados por todos los entes sometidos a su vigilancia, lo que aumenta el componente de abstracción empleado; o,
- b) Que el dictamen imparta una orden directa e inequívoca respecto de un solicitud en particular, bajo el riesgo que la interpretación allí contenida no sea comprendida como de general aplicación por los demás entes que integran la Administración del Estado y que dependan de la competencia técnica de la CGR, y que, en definitiva, causen el desuso de la jurisprudencia administrativa así establecida.

2.7.2. Posible solución normativa

Como ya se ha expuesto anteriormente, los actos administrativos, emanados de una autoridad integrante de la Administración Pública, tal como

son los dictámenes de la CGR⁷⁵, causan ejecutoriedad inmediata conforme al Art. 51 de la LPA, ejecutoriedad que dimana de la presunción de legalidad de la cual gozan asimismo.

Por cierto que como se apura de agregar el inciso 2º del Art. 51 de la LPA, esa ejecutividad queda supeditada a la intimación legal del mandato (de haberlo) allí contenido. De esta forma debe entenderse que un dictamen de la CGR deberá ser acatado por todos entes sometidos a su vigilancia desde el momento en que dicho acto sea notificado a su destinatario.

2.7.3. Posibles medidas de apremio para hacer exigible la ejecución de un dictamen

Es un hecho tan lamentable como cierto el que las resoluciones, tanto de los tribunales como de los entes de la Administración del Estado muchas veces no se cumplen *per se*, conforme al mandato legal que la ley y la Constitución ha impuesto sobre los órganos públicos. Conforme a lo anterior, es necesario preguntarse y resolver como dotar de eficacia real a los dictámenes de la CGR y asegurar en consecuencia su ejecución por parte de los entes para los cuales son obligatorios.

⁷⁵ Entendiendo que la Contraloría General de la República forma parte de los entes de la Administración del Estado conforme el inciso segundo del Art. 1 de la Ley N° 18.575 que fija las Bases Generales de la Administración del Estado.

Para abordar este punto es necesario recordar que los dictámenes de la CGR son obligatorios para los entes sometidos a su vigilancia, no a los particulares respecto de los cuales la CGR no tiene facultades de control o dirección alguna. Consecuentemente, resultaría inoficioso e impracticable pensar en cómo hacer valer los dictámenes emanado del ente de control en los particulares que puedan verse afectados por estos.

Conforme a lo anterior, los entes de la Administración del Estado obligados a acatar lo dispuesto por la CGR deben ser compelidos de forma eficaz y oportuna, de ser necesario, en caso de estar remisos para la aplicación de un dictamen particular. Por cierto que los entes de la Administración del Estado no son sino entidades legales que actúan mediante la intermediación de los funcionarios que integran sus plantas (sin perjuicio de que puedan también estar a contrata), los cuales, en definitiva, realizan los actos del órgano. Consecuentemente, la responsabilidad de cumplir los mandamientos legales y las instrucciones que les sean vinculantes, no recaen sólo en las entidades jurídicas que conforman el espectro público, sino que especialmente respecto de aquellos funcionarios que encarnan el movimiento de dichas entidades.

En términos sucintos, toda vez que las corporaciones son entidades compuestas de seres humanos, son esos seres humanos los principalmente responsables de que el órgano ajuste su actuar a Derecho.

Por lo tanto, corresponde determinar si el no acatar un dictamen de la CGR importa un incumplimiento de los deberes funcionarios que el estatuto administrativo impone a los funcionarios públicos. En ese sentido, el Art. 61 letra a) de la Ley 18.834 señala:

“Art. 61.- Serán obligaciones de cada funcionario:

- a) Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación;”

Conforme a lo anterior, se desprende que un desempeño regular de un cargo funcionario dentro de la administración pública, implica el estricto apego al principio de legalidad consagrado en los Arts. 6º y 7º de la Constitución Política de la República.

Así, la falta de acatamiento de un dictamen que le es oponible, por parte de un funcionario público sujeto a la dependencia técnica de la CGR implica desempeñar de forma irregular el cargo del cual está investido, y por tanto, gatillará la correspondiente responsabilidad administrativa, la cual es sancionada en el Art. 119 de la Ley 18.834, que señala:

“Art. 119.- El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias.

Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo.”

Por cierto que dicho sumario podría ser ordenado por el Contralor, en virtud de las potestades que al efecto le confiere el Art. 68 de la LOCCGR, el cual dispone:

“**Art. 68.** El Contralor o cualquier otro funcionario de la Contraloría, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de oficina o de servicios y a los demás funcionarios, y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria.”

En efecto, el mencionado sumario deberá materializarse en conformidad a las disposiciones contenidas en el Art. 68 y siguientes de la LOCCGR así como en cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 236 de 1998, que fija el Reglamento de Sumarios Instruidos por la Contraloría General de la República.

Por lo anterior, es posible concluir que emitido un dictamen, este deberá ser acatado por todos los entes de la Administración del Estado y los funcionarios llamados a aplicarlos, bajo el apercibimiento de iniciarse en su

contra un sumario administrativo por no ejercer sus funciones de forma regular, vale decir con apego al ordenamiento legal vigente.

Es necesario señalar adicionalmente, que si la jurisprudencia administrativa de la CGR no fuere directamente aplicable a una situación en concreto, especialmente si su aplicación concreta fuera dudosa o cuestionada por el órgano, fundado en esa aparente oscuridad, será necesario solicitar a la CGR un nuevo pronunciamiento particular sobre el caso de interés del solicitante, para que la interpretación contenida en la jurisprudencia administrativa en cuestión reciba aplicación –de ser efectivo lo indicado por el reclamante– a efectos de que el nuevo pronunciamiento goce de aquella obligatoriedad indubitada respecto de la autoridad a la cual se pretende emplazar, y así sea ésta por tanto responsable desde el punto de vista administrativo por el desacato de la orden impartida desde el ente de control.

**CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA POTESTAD
DICTAMINADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y
SU INTERACCIÓN CON LOS RECURSOS PROCESALES QUE PROCEDEN
EN CONTRA DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.**

Antes de efectuar el análisis correspondiente a este capítulo, es necesario prevenir que el mismo ha sido estructurado como una guía de ayuda en cómo interactúan los recursos jurisdiccionales y administrativos que el régimen jurídico chileno ha creado para impugnar de forma directa o indirecta los actos de la Administración del Estado, y la potestad dictaminadora de la CGR.

En ese sentido, el análisis que se ha elaborado a continuación no debe entenderse como un estudio sobre las distintas vías jurisdiccionales mencionadas, sino que sólo como una reflexión académica de la interacción operativa que los mismos tienen en el marco de un eventual conflicto entre el Estado y los particulares.

3.1. Problemática

Del análisis previamente realizado, es posible colegir, al menos preliminarmente, que Contraloría General de la República actúa de facto como una instancia dentro del proceso contencioso –administrativo⁷⁶. Tal rol ha sido asumido no por mandato legal expreso, sino que por la conjunción de diversos factores entre los cuales se cuentan sus amplias facultades asociadas al control de legalidad *ex post* que puede ejercer respecto de los actos de la Administración del Estado y por la evidente falta de una instancia jurisdiccional capaz de resolver lo contencioso– administrativo en Chile de forma oportuna.

En ese sentido, y entendiendo que la CGR ha debido asumir de facto las labores de un ente jurisdiccional, como serían los aún teóricos tribunales contencioso– administrativos, se hace necesario un análisis general de la interacción que la potestad dictaminadora de la CGR tiene respecto de los diversos recursos que proceden en contra de los actos de la Administración del Estado. Lo anterior, bajo el supuesto de que a través de la potestad dictaminadora, la CGR se ha pronunciado sobre el fondo de asuntos controvertidos entre particulares y los entes de la Administración Pública, instruyendo de forma ejecutiva su cumplimiento inmediato y en definitiva asignando derechos a las partes.

Además, la relevancia relativa del ejercicio *ex post* de legalidad de los actos de los órganos de la administración, por medio del ejercicio de la potestad

⁷⁶ El cual, como ya se ha dicho, corresponde a una instancia de solución de controversias, no necesariamente formalizada ni con un procedimiento especial determinado.

dictaminadora, se ha acendrado en el tiempo por la gran cantidad de asuntos que se encuentran exentos del trámite de Toma de Razón. El debilitamiento del control *a priori* de los actos administrativos podría ser una explicación de la tendencia actual de la CGR de dictaminar con mayor frecuencia y acerca de más asuntos. Corolario de lo anterior, es que la expansión de la labor contralora por vía del ejercicio de su potestad dictaminadora ha incrementado su esfera de influencia, con el consiguiente efecto de a veces dificultar la exacta comprensión de cómo interactúan los distintos mecanismos de solución de controversias de naturaleza contenciosa –administrativas en nuestro ordenamiento jurídico.

Conforme a lo anterior, hemos distinguido los siguientes aspectos de relación a ser considerados en la interacción de la potestad dictaminadora de la CGR y los recursos procesales viables respecto de los actos de la Administración del Estado:

- a) Resolución del fondo del asunto controvertido;
- b) Interacción a nivel de efectos del acto administrativo impugnado; y,
- c) Predominancia de un medio de impugnación por sobre otro.

Sin perjuicio del correspondiente análisis a la relación procesal que existe entre la potestad dictaminadora y el ejercicio de los recursos procesales,

es necesario considerar una vez más la inhabilidad legal que pesa sobre el ente de control para pronunciarse sobre asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia o que sean de naturaleza litigiosa en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del Art. 6 de la LOCCGR.

En efecto, como hemos podido observar, la CGR en general ha entendido en el pasado que si proceden recursos procesales en contra de un acto administrativo, debe inhibirse de pronunciarse sobre dicho acto administrativo⁷⁷. En consecuencia, podría resultar contradictorio analizar la relación que existe entre el ejercicio de la potestad dictaminadora y los recursos procesales viables respecto de un acto administrativo.

No obstante lo anterior, cabe destacar que el criterio del ente de control ha cambiado, inhibiéndose en la actualidad sólo cuando un asunto de carácter litigioso ha sido sometido de forma efectiva al conocimiento de un tribunal de justicia o cuando ha reconocido que de suyo un asunto sólo podría ser resuelto por los tribunales de justicia⁷⁸. En ese sentido, resulta iluminador traer a colación el criterio expuesto en el Dictamen N° 48.606 de fecha 09 de agosto de 2012, el cual señala que:

“Es evidente que los tribunales de justicia emitirán su sentencia respecto de la materia referida, en la medida que estos sean requeridos para conocer de

⁷⁷ Dictamen N° 27.910 de fecha 04 de agosto de 1998

⁷⁸ Tal como por ejemplo sería la cuantía de una indemnización.

casos concretos relativos al pago de patente de sociedades que desarrollen actividades de inversión, lo que no implica, por cierto que la vía jurisdiccional sea la única mediante la cual sea posible obtener un pronunciamiento acerca del tema.

Lo anterior considerando que los tribunales de justicia pueden conocer de este y otros asuntos sobre la materia, lo que no quiere decir, bajo ninguna circunstancia, que la Contraloría General de la República esté excluida del conocimiento y resolución de los mismos, dentro de sus facultades, atendido que se trata de un asunto que no tiene en si el carácter de litigioso.” (Énfasis agregado)

A más ahondar, y considerando el rol adoptado por la CGR como instancia de solución de controversias entre los entes de la Administración del Estado y los particulares, es especialmente relevante buscar cómo lograr una congruencia armónica entre el uso de los recursos procesales y la potestad dictaminadora de la CGR.

3.2. Recursos consagrados en la Ley N° 19.880

3.2.1. Recurso de Reposición

Conforme al Art. 59 de la Ley N° 19.880, el recurso de reposición procede en contra de todo acto administrativo, para ser conocido por la misma autoridad que lo ha dictado. Su interposición debe realizarse dentro del plazo de cinco días desde que el requirente ha tomado conocimiento del acto⁷⁹.

Académicamente, este recurso ha sido comúnmente definido como el acto jurídico procesal de impugnación que emana exclusivamente de la parte agraviada, y tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que dictó la resolución que la modifique o la deje sin efecto.

En concreto, el recurso de reposición representa una instancia de reconsideración para el órgano que emitió el acto administrativo, para que con o sin nuevos antecedentes, enmiende el acto previamente emitido.

Respecto de su relación con la potestad dictaminadora de la CGR, cabe destacar que al ser un recurso administrativo, no inhibe a la CGR de conocer en paralelo del fondo del asunto, en conformidad a la jurisprudencia vigente actualmente sustentada por el ente de control⁸⁰. En efecto, la reposición administrativa representa una instancia interesante no sólo para permitir que se enmiende el acto impugnado, sino que para ser ejercido en conjunto con la solicitud de dictamen por parte de un particular.

⁷⁹ Como ya lo hemos mencionado, la CGR ha sido flexible respecto de este punto, al admitir solicitudes de reconsideración, ampliación, complementación o aclaración fuera del plazo de 5 días.

⁸⁰ Dictamen N° 28.822 de fecha 16 de mayo de 2012.

3.2.2. El recurso jerárquico

Sin embargo, en el Art. 15 de la LPA se contempla, además del recurso de reposición el denominado recurso jerárquico.

El recurso jerárquico no se distingue del de reposición en cuanto a su propósito ni a su fundamento, cual es reparar el agravio supuestamente experimentado por un particular, derivado de la dictación de un acto administrativo en concreto.

La diferencia sustancial viene dada por quien es competente de conocer del recurso jerárquico. En efecto, tal como nos explica la propia LPA, la persona competente para conocer de dicho recurso es el superior jerárquico del funcionario que hubiere dictado la resolución respectiva. Por cierto que en este supuesto, recibe plena aplicación la regulación a propósito de la delegación administrativa. En efecto, la delegación de funciones por parte del funcionario originalmente competente para emitir el acto administrativo en cuestión no altera esta regla. En consecuencia, si, por ejemplo, el funcionario competente es el director regional de un servicio determinado, no obstante la delegación de funciones que efectúe, el recurso jerárquico se interpondría para ante el director nacional.

Una segunda característica que aporta la LPA a propósito del recurso jerárquico, es que solo es procedente en el caso de órganos centralizados que integran la administración del Estado. Lo anterior es absolutamente congruente con la característica particular de este tipo de órganos, cual es que no gozan de personalidad jurídica propia. En efecto, en el caso que el acto fuera dictado por el jefe del servicio, entonces el recurso jerárquico sería susceptible de ser interpuesto para ante el ministro del ramo respectivo.

Por cierto, el recurso jerárquico puede interponerse en forma conjunta con el recurso de reposición, o en forma directa. En este último caso, deberá interponerse dentro de los mismos cinco días contemplados para la interposición del recurso de reposición.

3.2.3. Interacción entre los recursos contemplados en la LPA y la potestad dictaminadora de la CGR.

La interacción funcional entre el recurso de reposición, el recurso jerárquico y la potestad dictaminadora de la CGR tiene eminentes características de orden práctico. En efecto, el recurso de reposición puede ser utilizado como una instancia para poner en conocimiento del ente administrativo que emitió la resolución recurrida, que se ha solicitado el pronunciamiento de la CGR respecto del asunto en cuestión. Dicha comunicación a través del acto de

reposición puede conllevar a una eventual suspensión de la resolución final del recurso de reposición, a la espera de lo que en su oportunidad y conforme a derecho determine la CGR en virtud de su potestad interpretativa.

Paralelamente, no puede dejar de considerarse que la solicitud de un dictamen al ente de control no interrumpe los plazos procesales aplicables para la interposición y fallo de un recurso administrativo, ni suspende los efectos de dicho acto administrativo. De este modo, se hace necesario que en definitiva, y de estimarse así necesario, se accione a través de ambas vías, para permitir a la CGR pronunciarse en derecho respecto del fondo del asunto.

Esta interacción resulta igualmente extensible al recurso jerárquico. Ahora bien, y por cierto, de conformidad con lo dispuesto en el Art 59 de la LPA, la vía administrativa de impugnación por vía de los recursos de reposición y jerárquico puede estructurarse de varias formas:

a) En el caso de órganos centralizados:

- i. Reposición en forma individual;
- ii. Reposición con el recurso jerárquico en subsidio;
- iii. Recurso jerárquico en forma directa.

b) En el caso de órganos descentralizados: solamente el recurso de reposición.

La distinción que comentamos resulta de bastante relevancia, en términos prácticos, toda vez que para el caso de los órganos centralizados no se contempla la posibilidad del recurso jerárquico. Ello obedece al hecho que para el caso que la resolución cuya impugnación se busca sea emitida por el jefe del servicio en cuestión no existiría superior jerárquico competente para conocer del mismo.

Finalmente, cabe destacar que desde un punto de vista práctico, para el órgano ante el cual se interpuso el recurso de reconsideración (y el jerárquico por extensión) puede resultar conveniente esperar el pronunciamiento de la CGR, toda vez que el dictamen podría ordenar una cosa distinta a la resuelta. Por este motivo, es factible solicitar a través de la reposición que el ente público suspenda la resolución definitiva del recurso antes mencionado hasta el momento en que sea emitido el dictamen por el ente de control que falle el fondo del asunto. Por cierto que como se ha destacado, la interposición de una solicitud ante la CGR no suspende los efectos del acto impugnado por la reposición, de modo que para que opere dicha suspensión será necesario presentar una nueva solicitud formal ante el ente administrativo. Cabe recordar finalmente que de conformidad con las disposiciones de la LPA, el recurso de reposición debe ser resuelto en un plazo no superior a 30 días. Desde un punto de vista fundado en la economía procesal la solución propuesta resulta absolutamente coherente.

3.3. Recursos consagrados en la Ley N° 18.695 (Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades)

3.3.1. Reclamo de Ilegalidad

La existencia de las municipalidades como entes autónomos e independientes de la Administración Central del Estado, con autoridades políticas elegidas democráticamente en un proceso que no guarda relación con la conformación por elección popular de los cargos en el Poder Legislativo ni en el Poder Ejecutivo, representa un frente de oportunidad para el desarrollo descentralizado del país, pero también un eventual foco de conflicto ante la falta de una autoridad común que permita uniformar el actuar de las autoridades comunales. En ese entendido, se hace necesario un control permanente respecto de los actos de las autoridades municipales, rol que es llevado a cabo por la División de Municipalidades de la CGR y los Gobiernos Regionales, cuando su intervención fuera solicitada.

En ese sentido, el Art. 16 letra e) de la Ley N° 19.175 dispone que será una función general del Gobierno Regional:

“e) Asesorar a las municipalidades, cuando éstas lo soliciten, especialmente en la formulación de sus planes y programas de desarrollo;”

Igualmente, es en virtud de este rol de supervigilancia que la ley otorga al Gobierno Regional respecto de las municipalidades, que el Art. 19 letra d) de la Ley 19.175 dispone que corresponderá al Gobierno Regional:

“d) Distribuir entre las municipalidades de la región los recursos para el financiamiento de beneficios y programas sociales administrados por éstas, en virtud de las atribuciones que les otorgue la ley;”

Conforme a lo anterior, y siguiendo el mandato tutelar que le entregado a la CGR sobre las municipalidades, es importante considerar lo dispuesto en el Art. 51 de la Ley N° 18.695, el cual dispone:

“Art. 51.- Las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su Ley orgánica constitucional, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización interna que correspondan al alcalde, al concejo y a las unidades municipales dentro del ámbito de su competencia.”

Conforme lo anterior, es importante considerar que el control ejercido por la CGR respecto de las municipalidades ha sido un componente importante para efectos de unificar y mantener el apego de los actos municipales a la legalidad vigente.

A más ahondar, el mismo cuerpo normativo regula de forma clara y contundente la forma en que la CGR podrá ejercer el control de legalidad de los actos municipales. Lo anterior, en conformidad al Art. 52 de la Ley N° 18.695:

“Art. 52.- En el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, la Contraloría General de la República **podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control.**” (Énfasis agregado)

La citada norma legal, contenida en la Ley Orgánica de Municipalidades, habilita claramente a la CGR para ejercer un control de legalidad respecto de los actos emanados de la autoridad municipal. A más ahondar, es muy importante precisar que conforme al Art. 53 del mismo conjunto normativo, los actos municipales están exentos, por regla general, del control de legalidad ejercido ex ante por la CGR a través de la Toma de Razón. Por tanto, al señalar la Ley Orgánica de Municipalidades que la CGR podrá emitir dictámenes jurídicos en el ejercicio de sus funciones de control de legalidad, no hace sino decir que la CGR podrá fiscalizar la legalidad de los actos municipalidades, fiscalización que se materializará a través de su potestad dictaminadora.

Producto de lo anterior, la CGR ha cumplido con su mandato legal y ha fiscalizado de forma activa a las municipalidades, convirtiéndose en una suerte de etapa dentro del proceso contencioso– administrativo que ha permitido a los ciudadanos solicitar se someta a la fiscalización del ente contralor un determinado acto municipal. Por cierto que lo buscado en esta instancia es que

en caso de estimarse que dicho acto no se ajusta a derecho, la CGR ordene a la municipalidad apearse al criterio especificado, lo que tiene utilidad habida cuenta las características de auto ejecutabilidad e inimpugnabilidad de los dictámenes.

De este tratamiento dan cuenta numerosos dictámenes con incidencia a nivel de municipalidades, ya citados, y también otros como el N° 44.837 de fecha 15 de julio de 2011, N° 27.677 de fecha 25 de mayo de 2011 y 18.205 de fecha 21 de abril de 2008. En efecto, todos los dictámenes mencionados no constituyen sino el ejercicio efectivo del control de legalidad que la CGR debe ejercer ex post respecto de los actos municipales, lo cual la ha convertido de forma cierta y constante en un resolutor de conflictos entre los privados y las autoridades comunales.

No obstante el control que por mandato legal la Contraloría General de la República ejerce sobre los actos de las administraciones municipales, la el Art. 151 de la Ley N° 18.695, consagra adicionalmente el recurso conocido como Reclamo de Ilegalidad, regulado de la siguiente forma:

“Art. 151.- Los reclamos que se interpongan en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad se sujetarán a las reglas siguientes:

- a) Cualquier particular podrá reclamar ante el alcalde contra sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, que estime

ilegales, cuando éstas afecten el interés general de la comuna. Este reclamo deberá entablarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de publicación del acto impugnado, tratándose de resoluciones, o desde el requerimiento de las omisiones;

- b) El mismo reclamo podrán entablar ante el alcalde los particulares agraviados por toda resolución u omisión de funcionarios, que estimen ilegales, dentro del plazo señalado en la letra anterior, contado desde la notificación administrativa de la resolución reclamada o desde el requerimiento, en el caso de las omisiones;
- c) Se considerará rechazado el reclamo si el alcalde no se pronunciare dentro del término de quince días, contado desde la fecha de su recepción en la municipalidad;
- d) Rechazado el reclamo en la forma señalada en la letra anterior o por resolución fundada del alcalde, el afectado podrá reclamar, dentro del plazo de quince días, ante la corte de apelaciones respectiva.

El plazo señalado en el inciso anterior se contará, según corresponda, desde el vencimiento del término indicado en la letra c) precedente, hecho que deberá certificar el secretario municipal, o desde la notificación que éste hará de

la resolución del alcalde que rechace el reclamo, personalmente o por cédula dejada en el domicilio del reclamante.

El reclamante señalará en su escrito, con precisión, el acto u omisión objeto del reclamo, la norma legal que se supone infringida, la forma como se ha producido la infracción y, finalmente, cuando procediere, las razones por las cuales el acto u omisión le perjudican;

- a) La corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente;
- b) La corte dará traslado al alcalde por el término de diez días. Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario, el que se regirá por las reglas de los incidentes que contempla el Código de Procedimiento Civil;
- c) Vencido el término de prueba, se remitirán los autos al fiscal judicial para su informe y a continuación se ordenará traer los autos en relación. La vista de esta causa gozará de preferencia;
- d) La corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que

corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubieren solicitado, y el envío de los antecedentes al Ministerio Público, cuando estimare que la infracción pudiere ser constitutiva de delito, e

- e) Cuando se hubiere dado lugar al reclamo, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que procedieren y ante el Ministerio Público, la investigación criminal que correspondiere. En ambos casos, no podrá discutirse la ilegalidad ya declarada.”

Del análisis de la norma citada, se desprende que los actos del acalde o de sus funcionarios son impugnables ante el primero, quien no pronunciándose o rechazando dicho reclamo hará procedente que el mencionado recurso se eleve al conocimiento de la Corte de Apelaciones respectiva. En concreto, la vía de impugnación planteada implica la judicialización eventual de un conflicto, situación ante la cual, y una vez concretada, la CGR ha entendido que no se encuentra habilitada para pronunciarse sobre el fondo del asunto⁸¹.

⁸¹ Dictamen N° 79.655 de fecha 30 de diciembre de 2010.

No obstante lo anterior, cabe plantearse una forma de interacción armónica entre el reclamo de ilegalidad y la potestad dictaminadora de la CGR, atendiendo que ambas vías permiten el control efectivo de la legalidad de los actos administrativos. Esto solo es posible comprendiendo que el reclamo de ilegalidad, tal como se ve, tiene dos “fases” de tramitación.

En primer término, el reclamo de ilegalidad se interpone para ante el alcalde del municipio que dictó el acto cuya impugnación es buscada. Es solo ante la resolución denegatoria del jefe de la corporación municipal, o verificado su silencio que el conocimiento del asunto puede elevarse para ante la Corte de Apelaciones respectiva. Consiguiente con lo anterior, se ha entendido que la primera fase del reclamo de ilegalidad tiene una naturaleza administrativa, pues el alcalde no es un tribunal.⁸²

De lo anterior, cabe concluir que el acto municipal puede ser impugnado en forma paralela, tanto por la vía del reclamo de ilegalidad, mientras sea de conocimiento del alcalde, como por la solicitud de dictamen. Con todo, dicha vía sólo es plausible en el entendido que el dictamen solicitado a la CGR sea dictado antes de que se resuelva el reclamo de ilegalidad mientras está en

⁸² Esta dualidad se ha identificado también en el juicio ejecutivo sustanciado por la Tesorería General de la República. En efecto, se habla de un expediente administrativo y un expediente judicial. El primero se sustancia ante el Tesorero comunal que corresponda, en tanto que el segundo ante el Juzgado de Letras que corresponda. Esta dualidad, sin embargo, se opone a las nociones de unidad en el ejercicio de la jurisdicción y para aquellos quienes sostenemos que es la función la que caracteriza al órgano y no al revés. En definitiva, toda vez que el reclamo de ilegalidad es un asunto contencioso y el encargado de conocerlo es el alcalde, podría sostenerse que ejerce potestades jurisdiccionales (en cuyo caso sería un tribunal especial que no integra al Poder Judicial), mientras que la Corte de Apelaciones sería la segunda instancia. Por cierto que en la práctica se ha interpretado que antes de que intervenga la Corte de Apelaciones, el asunto reclamo es administrativo.

conocimiento del alcalde, pues elevado ante la Corte de Apelaciones la CGR entenderá que el asunto es contencioso, y deberá inhibirse de emitir el dictamen.

En consecuencia, es posible colegir que desde que se dicta el acto impugnado, el particular tiene 30 días para hacer valer el reclamo de ilegalidad ante el alcalde y 15 días para reclamar para ante la Corte. Por lo anterior, el particular podría asumir conservadoramente que existen 45 días hábiles para requerir la intervención de la CGR, asumiendo que el reclamo de ilegalidad sea resuelto en un sólo día por el alcalde. Acto seguido, dicho plazo de 45⁸³ días hábiles constituyen el margen de tiempo con que contará el ente de control para resolver la consulta formulada por el privado.

Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente forense, cabe resaltar una vez más que por regla generalísima⁸⁴, solicitada la intervención de la CGR por vía de una solicitud de dictamen, aplicará la jurisprudencia administrativa – de haberla para el caso concreto, lo que confiere un grado de estabilidad infinitamente superior a la jurisprudencia judicial, que solo es obligatoria para el caso concreto y que en general es muy variable.

⁸³ Se ha estimado en 45 días el plazo en el cual la CGR podría pronunciarse, ya que son los días hábiles con que cuenta el particular para efectuar las actuaciones procesales necesarias para dar curso al procedimiento de reclamo. Lo anterior, implica una exclusión obvia de los 15 días con que cuenta el alcalde para resolver el reclamo interpuesto y que no han sido considerados por no ser disponibles por el requirente.

⁸⁴ Salvo un cambio de criterio, lo que normalmente requiere un pronunciamiento explícito en ese sentido. De hecho, cuando la CGR cambia de criterio “desactiva” los dictámenes con la doctrina obsoleta, para remarcar esto último.

En concreto, y tal como se ha destacado, la jurisprudencia administrativa de la CGR otorga un nivel de certeza y previsibilidad mucho mayor, pues es oponible no sólo ante el órgano respecto del cual se dictó el dictamen respectivo, sino que a todos los órganos que están sujetos a la dependencia técnica respecto de la CGR. Dicho lo anterior, para el ciudadano común, la posibilidad de acudir de forma gratuita a una entidad como la CGR, que resolverá un caso aplicando criterios vinculantes ya conocidos, representa una oportunidad en muchos sentidos más atractiva que elevar el conocimiento de una disputa a las Corte de Apelaciones, no obligadas a mantener un precedente ni a una uniformidad de criterio, y que en definitiva podrán fallar un conflicto con criterios distintos dependiendo de la conformación de la sala que conozca el reclamo de ilegalidad.

Lo anterior permite concluir que existiendo una disputa con una autoridad municipal, donde los antecedentes de hecho y derecho ya han sido sometidos al conocimiento de la CGR en casos equiparables, el criterio con el que la misma fallará puede ser conocido con anticipación y en consecuencia, someterse a las decisiones del ente de control puede constituir en términos generales, una opción de certeza jurídica que tanto se anhela en tribunales.

3.4. Recursos consagrados en la Constitución Política de la República

3.4.1. Recurso de Protección

La importancia del recurso de protección ha sido resaltado no sólo por su amplitud y fuerza, sino que por constituir, en opinión de algunos, un “mal sucedáneo” del contencioso– administrativo⁸⁵. Así también, se ha señalado que existe un “verdadero desbordamiento del ámbito del recurso de protección, fenómeno que el profesor Zúñiga ha denominado la “elefantiasis” de este recurso, en términos que se constituye –con peligro de sustituir las vías procesales ordinarias– en una vía inidónea para consolidar derechos, con lo cual – en la práctica – se ha venido a perder la naturaleza cautelar de esta acción. Supuesta la existencia del contencioso administrativo, el profesor Pierry ha sostenido que el recurso de protección – de carácter excepcional y de extensión limitada – no cubre todo el contencioso administrativo, sino que partiendo de la premisa que este recurso procede, según la Constitución, para restablecer el imperio del derecho, estima entonces que el recurso de protección procederá contra la actividad administrativa cuando ella no pueda desvincularse a la presunción de legitimidad que emana de los actos administrativos, en término de ser del todo necesario restablecer el imperio del derecho, por constituir lo que se ha denominado vías de hecho”⁸⁶.

⁸⁵ PIERRY, P. 1981. Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la dictación de la Ley. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile. (29 - 30), p. 209 y ss.

⁸⁶ ZUÑIGA, F. y PERRAMONT, A. Op. Cit. P. 76.

Conforme a lo anterior, es importante considerar la finalidad que tendría el Recurso de Protección, en el entendimiento dado por los tribunales de justicia a través del Auto Acordado de la Corte Suprema de fecha 24 de junio de 1992, el cual señala en su N° 1⁸⁷:

“El recurso o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos.”

De este modo, y dentro del proceso contencioso administrativo en que interviene la CGR, el recurso de protección no se presenta como una alternativa especialmente atractiva para impugnar los actos de la administración (los cuales pueden ser resuelto a través del órgano contralor), sino que más como una instancia para impugnar los dictámenes de dicho órgano y llevar el conocimiento de la materia en disputa de vuelta a los tribunales de justicia, como originalmente se habría planteado.

⁸⁷ Modificado por autos acordados de fecha 04 de mayo de 1998 y 25 de mayo de 2007.

Por lo demás, debemos recordar una vez más que conociendo la Corte de un recurso de protección respecto de un acto administrativo, la CGR se abstendrá de pronunciarse aplicando su jurisprudencia constante y uniforme, según se ha visto a lo largo de esta tesis.

3.4.2. Nulidad de Derecho Público

En virtud de los Arts. 6° y 7° de la Constitución Política de la República, se ha establecido en Chile la acción de nulidad de derecho público, que es una acción ordinaria que se tramita según las reglas del juicio ordinario civil de mayor cuantía, conocido por los tribunales ordinarios de justicia. El fundamento normativo de la nulidad de derecho público se desprende de las disposiciones constitucionales citadas, que pasamos a transcribir:

“Art. 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Art. 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la Ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

Conforme a lo anterior, la causa de pedir en el caso de la nulidad de derecho público “están representadas por alguno de los elementos o condiciones de validez que le dan existencia y lo constituyen; esto es, agente público irregular, incompetencia de él, ausencia de las formalidades legales, motivos o causa ilícitos u objeto ilegal”⁸⁸.

A pesar de ser una acción directamente contemplada en la CPR, la nulidad de derecho público no tiene señalada una tramitación especial, y por tanto se rige por las reglas del juicio de hacienda contempladas en el Código de Procedimiento Civil. Cabe destacar que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 751 del CPC, de no deducirse apelación en contra de la sentencia definitiva que sea desfavorable al Fisco, el expediente se elevará en consulta. Por lo

⁸⁸ BOLONA, G. 2005 El acto administrativo. Santiago. Lexis Nexis. P. 270.

anterior, y dado que dicho procedimiento es de lato conocimiento, se ha constituido en una práctica recurrente el impugnar la legalidad de los actos de la administración del Estado vía el recurso de protección o la solicitud de dictámenes a la CGR, por cuanto representan procedimiento expeditos y considerablemente menos gravosos que aquel asociado a un procedimiento ordinario de mayor cuantía.

Finalmente, es necesario señalar que podría considerarse esta vía como una alternativa ulterior a la resolución de una solicitud de dictamen de la CGR, por cuanto el plazo de prescripción para impetrar la nulidad es mucho mayor, lo que excedería con creces los plazos establecidos para otros recursos, lo que permitiría ejercerla como una especie de “segunda instancia” de impugnación del acto administrativo.

CONCLUSIÓN

En virtud del análisis desarrollado sobre los puntos materia de este trabajo, cabe desglosar aquellos aspectos que, conforme a lo por nosotros concluido, merecen mayor atención.

Alcances del contencioso – administrativo

Cuando típicamente se menciona al contencioso – administrativo en Chile, se habla de un sistema formal de solución de conflictos entre la Administración del Estado y los particulares, en virtud del cual estos últimos pueden perseguir la anulación de un acto administrativo o responsabilidad patrimonial del Estado por vía judicial.

Esta concepción formal del contencioso – administrativo sin embargo no se ajusta a la realidad de lo que es el sistema actual de solución de controversias entre la Administración del Estado y los particulares. Más aún, no representa, salvo en contados casos como por ejemplo es el uso del recurso de protección, las vías de solución de controversia existentes entre los propios órganos de la Administración del Estado.

Por lo anterior, no podemos sino entender el contencioso – administrativo de una forma extensa, la cual abarca:

- a) Solución de controversias dentro del seno de la Administración del Estado y los particulares, sin terceros mediadores. (Como por ejemplo es la instancia de Solicitud de Revisión de la Actuación Fiscalizadora ante el Servicio de Impuestos Internos);
- b) Solución de controversias entre la Administración del Estado y los particulares, con la intervención de un tercero parte de ésta (Que se obtiene típicamente a través del requerimiento de dictamen a la CGR); y,
- c) Solución de controversias entre la Administración del Estado y los particulares, con la intervención de un tercero independiente (Materializado típicamente en los recursos de protección o el ejercicio de la acción de nulidad de derecho público, en el cual se cuestiona la validez de un acto administrativo ante un Tribunal de Justicia)

Conforme a lo anterior, el complejo sistema de solución de controversias contencioso-administrativas y el enquistamiento de una visión formalista del mismo, es inadecuado y aleja al mismo de ser objeto de reformas reales que permitan enfrentar derechamente la modernización de una de las aristas más relevantes de la actividad Estatal: cómo hacerlo responsable de sus actos y reforzar el Estado de Derecho.

Terceros independientes como mediadores y/o resolutores en el contencioso administrativo

Parte importante de este trabajo se ha abocado al estudio de la CGR como entidad resolutora de los conflictos contencioso – administrativo, en el sentido amplio dado a este concepto.

Conforme a lo anterior, no deja de ser relevante el que el Legislador haya creado una entidad empoderada para resolver conflictos entre la Administración del Estado y los particulares, dentro de la misma estructura de la Administración del Estado.

En ese sentido, la CGR, entidad encargada de velar por la contabilidad de la nación, efectúa un control de legalidad ex ante y ex post de los actos de la Administración. El ejercicio de estas potestades podría incluso causar la impresión que la CGR incurriría en la paradoja de llegar incluso a erosionar las mismas arcas fiscales cuyo cuidado le fuera originalmente encomendado por la misión Kemmerer.

No obstante lo anterior, el Legislador chileno concibió a la CGR como un ente técnico a nivel legal y contable, capaz de ejercer la supervisión de los Órganos de la Administración del Estado, y por tanto, perfectamente

estructurada para abordar de manera independiente y objetiva los conflictos entre particulares y la Administración del Estado, no comprometiendo de dicha forma su tarea primordial, vale decir, velar por la contabilidad de la nación, sino que por el contrario, asegurándose de que dicha contabilidad sea llevada y estructurada con apego a la normativa vigente.

Sin embargo, tanto por coyunturas históricas como la presencia de defectos legislativos empujaron a la CGR a cumplir el rol que comentamos como resolutor de controversias entre particulares y organismos de la Administración del Estado técnicamente dependientes de ésta.

En ese sentido, independiente de cómo se hubiere comprendido el rol original de la CGR, lo cierto es que éste órgano se ha constituido en un pilar fundamental, producto de su carácter técnico, gratuito, y desformalizado, de la estructura del contencioso administrativo en Chile. Las características del procedimiento por medio del cual se ejerce la potestad dictaminadora ha permitido al ciudadano muchas veces hacer valer sus derechos en contra de las actuaciones del Estado que estima apartadas de la legalidad vigente, obteniendo sea de paso la uniformación y adecuación al Derecho Público del Estado, construcción teórica del mundo moderno esencialmente al servicio de la persona humana.

Litigación ante la CGR

Litigar ante la CGR es un concepto que si bien de suyo pareciera problemático para quienes adhieren a un análisis formalista del derecho administrativo, no implica sino llevar al conocimiento del ente de control un acto administrativo, para que ésta, ejerciendo su mandato constitucional de velar por la legalidad del actuar estatal, dirima cuál interpretación es la ajustada a Derecho.

No obstante lo anterior, confiar a un tercero independiente la resolución de un conflicto al existir dos o más pretensiones contrapuesta no es sino una expresión propia de la litigación, cuyo valor se ha incrementado de forma sostenida ante la consistencia desplegada por la jurisprudencia administrativa de la CGR.

En ese sentido, malamente se podría desconocer que litigar ante la CGR garantiza al requirente el acceso a un resolutor altamente especializado, gratuito en cuanto a la prescindencia de intervinientes en el proceso y con una jurisprudencia uniforme, garante de seguridad jurídica para el interviniente.

Por lo anterior, la posibilidad de litigar ante la CGR se ha convertido en un método de solución de contiendas ideal para el ciudadano común, quien no puede asumir los costos de litigación asociados a un procedimiento ante los tribunales de justicia, ni puede soportar el costo definitivo de la incertidumbre

propia del actuar judicial (producto de la independencia que goza cada tribunal), en un conflicto ante entidades que no deben asumir costos de litigación y cuyos actos gozan de presunción de legalidad y autoejecutividad. Aún más, cabe señalar que solicitado un pronunciamiento a la CGR, es dicha entidad la que se preocupa de dar curso e indagar en el proceso, recopilando a su iniciativa toda la información que le permita construir el criterio requeridos por los interesados.

En ese sentido, la CGR bien puede ser catalogada como una instancia democrática de acceso a la justicia, y en parte encarnación del anhelo inherente de todo ciudadano a ser escuchado y ser correspondido con un trato digno, justo y estrictamente apegado a la legalidad vigente.

Por lo anterior, es un imperativo en la litigación pública actual, no sólo el buscar una solución directa con los entes de la Administración del Estado, sino que atender a la posibilidad de ajustar el actuar de dichos órganos, mediante una instrucción directa de la entidad cuyo fin es velar por la legalidad de los órganos de la Administración del Estado.

Consecuentemente, es un acto necesario analizar la interacción de los recursos procesales en contra de los actos administrativos, susceptibles de ser conocidos por los Tribunales de Justicia, y el ejercicio del control de legalidad ex post que tiene el debe de ejercer la CGR, buscando siempre cautelar la integración armoniosa del Poder Judicial con el ejercicio de las potestades de control entregadas a la CGR, y generando de suyo un espacio de litigación

funcional, integrado y garantista del acceso al mismo por parte tanto de los particulares como de los mismos entes de la Administración del Estado.

Impugnación de los dictámenes de la CGR

De forma insistente hemos intentado comprender la obligatoriedad de los dictámenes de la CGR. En ese sentido, es un hecho indiscutido que la CGR al interpretar en abstracto una ley sienta la jurisprudencia administrativa que deben seguir abogados, fiscales y consejeros jurídicos de los diversos Órganos de la Administración del Estado sometidos a su vigilancia.

Igualmente, es un hecho indubitado que los dictámenes emanados del ente de control pueden constituir órdenes con presunción de legalidad, autoejecutivas y vinculantes para la Administración del Estado. Consecuentemente, cabe cuestionarse en qué medida estos pronunciamientos, verdaderas órdenes llamadas a ajustar el actuar pública a la legalidad vigente, son susceptibles de impugnación, tanto por el particular como por los entes sometidos al control y vigilancia de la CGR.

Así, del análisis de la normativa aplicable, jurisprudencia administrativa y jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia, pareciera existir el acuerdo en que la impugnabilidad de un dictamen está dado por el hecho de si asigna o

no derechos a las partes al resolver una situación en concreto, o si por el contrario interpreta de forma abstracto el sentido y alcance de una norma.

En el primer supuesto, vale decir, que la CGR resuelva en concreto, los Tribunales de Justicia han sido enfáticos en señalar que dichos pronunciamientos son recurribles, al menos por la vía del recurso de protección.

En cierta forma, esta conclusión reviste cierta tensión al sistema dibujado en la carta fundamental que nos rige en la actualidad. Bien podría pensarse que un poder del Estado se inmiscuiría en la esfera de otro. Lo anterior no es resucita la añeja y estática división de los poderes heredada de la revolución Francesa, sino poner el acento en que –eventualmente- estamos frente a una contienda de competencia que aún está pendiente.

Por cierto que todo sistema democrático tiene decisiones que no son susceptibles de revisión por entidad alguna. Tal es el caso del Tribunal Constitucional en aquellas materias dadas a su competencia o de la propia Corte Suprema. En este orden de ideas, pareciera ser que en cuanto el control de la legalidad de los actos de la Administración fue encargada por el Legislador al conocimiento de CGR, bien podría sostenerse que los órganos sometidos a su competencia no estarían legitimados para recurrir en contra de sus dictámenes; la CGR sería la institución de cierre en materia administrativa.

Racionalización del Estado: eficacia y eficiencia.

Los tiempos han cambiado. Hoy en día, la ciudadanía impone exigencias hasta hace poco tiempo impensadas a sus instituciones. Las tensiones superficiales y corrientes subterráneas que informan el espíritu de los tiempos hacen aconsejable entrar a revisar las soluciones normativas que tradicionalmente se han entregado a los problemas reales de la ciudadanía.

La modernización del Estado, anhelo principal de nuestro país y requisito esencial para alcanzar el anhelado salto hacia el desarrollo exige adecuar nuestras instituciones a los tiempos actuales. La velocidad del cambio, el ingreso impetuoso de nuevas generaciones, más educadas y más conscientes de sus derechos, la integración del país al circuito internacional de mercados globalizados, y en general, la creación de múltiples necesidades, hacen aconsejables, asimismo, reexaminar el estado actual de las cosas.

A lo largo de este trabajo se ha intentado dar cuenta de un fenómeno que aqueja al sistema completo de soluciones de tipo contencioso-administrativo: la falta de un sistema supletorio que efectivamente permita orientar la actividad de los múltiples órganos que en definitiva zanján este tipo de problemas.

Las disquisiciones a propósito de la obligatoriedad de los dictámenes, la falta de precisión en cuanto los límites fijados por nuestro ordenamiento jurídico,

la incursiones de un poder del Estado en la órbita de otros, la falta de claridad en cuanto a la interacción de los distintos mecanismos de solución de controversias dan cuenta, en síntesis, de la falta de un corpus que establezca reglas claras para que el ciudadano, el inversionista y los funcionarios sepan exactamente cómo hacer valer sus derechos y hacer efectivo aquel anhelo revolucionario del Estado de Derecho.

Lo anterior no es irrelevante. Las necesidades crecientemente complejas de la sociedad de la información se han traducido en innumerables fuentes de conflictos de la naturaleza que aborda este trabajo. Hoy en día, es difícil no interactuar con órganos administrativos que emiten actos que pueden resultar lesivos para el ciudadano. Desde la más humilde repartición municipal, hasta el más sofisticado *policy maker*, todas las personas, en una u otra forma, interactúan con mayor frecuencia con un Estado que debe intervenir en cada vez más áreas.

Esencial nos parece, para asimismo dar contenido real a las declaraciones de igualdad ante la ley y seguridad jurídica que se racionalicen los medios del Estado. En otros términos, simplificar los procedimientos para solucionar los asuntos contencioso – administrativos; retirar los conceptos desde los círculos netamente académicos y revitalizar una serie de discusiones de primerísima relevancia en la actualidad.

Este trabajo, además de intentar brindar una comprensión sistemática de algunos rasgos del contencioso – administrativo nacional, enfocado especialmente en el actuar de la CGR, también ha buscado denunciar como la multiplicidad (creciente) de procedimientos altamente complejizados, sin un sustrato común sobre el cual edificar dichas especializaciones ha debilitado el sistema en general y permitido la creación de contiendas entre poderes del Estado que, en definitiva, no están para satisfacer intereses particulares de los mismos, sino que existen –contingentemente- para satisfacer las necesidades del pueblo, detentador de la soberanía y la legitimidad del sistema.

Dado lo anterior, y a modo de conclusión final, este trabajo intenta abrir los fuegos de un debate largamente postergado, sobre el tipo de sistema que debiera regirnos y sobre cómo hacer de la actividad del Estado más racional, más justa y más ecuánime y así propender al desarrollo de nuestro país.

Bibliografía

1. ALDUNATE, E. 2005. La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, V. XXVI.
2. BOLOÑA, G. 2005 El acto administrativo. Santiago. Lexis Nexis.
3. BORDALÍ, A. 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. Revista Chilena de Derecho, V. 33 (1).
4. CÁRDENAS, D. 2004. El consejo de estado como tribunal contencioso – administrativo bajo la vigencia de la constitución de 1833. Valdivia. Universidad Austral de Chile.
5. EYZAGUIRRE, J. 1964. Historia de Chile. Santiago. Zig-Zag.
6. FERRADA, J. 2012. El sistema de justicia administrativa en el derecho chileno: ¿control de legalidad al acto administrativo o tutela de derechos y/o intereses legítimos? - Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, V. XXV (1).
7. FERRADA, J. [200-]. Los tribunales que ejercen la jurisdicción administrativa en el derecho chileno. Litigación Pública – Colección de Estudios de Derecho Público. Universidad de los Andes.

8. FLORES, R. 2010. Tratado de derecho constitucional, T. I. Montevideo. La Ley Uruguay.
9. GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. 2004. Curso de derecho administrativo I. 12º ed. Madrid. Civitas.
10. HUNEEUS, J. 1891. La constitución ante el congreso. T. II. 2ª ed. Santiago. Cervantes.
11. IRIBARREN, J. 1936. Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases revisados por el profesor. Santiago. Nascimento.
12. LARA, J. [200-]. Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile. Litigación Pública. Colección de Estudios de Derecho Público. Universidad de Los Andes.
13. MOSQUERA, M. y MATURANA, C. 2010. Los Recursos Procesales. Santiago. Jurídica de Chile.
14. PANTOJA, R. 2001. La jurisdicción Contencioso – Administrativa – Decisiones legislativas al año 2001. En: LA JURISDICCIÓN Contencioso – Administrativa: Decisiones legislativas al año 2001. Santiago. LOM. Universidad de Chile.
15. PIERRY, P. 2005. Nulidad de derecho público. En: FERRADA, J. (Coord.). La Justicia Administrativa. Santiago. Lexis Nexis.
16. PIERRY, P. 1981. Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial

- hasta la dictación de la Ley. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile. (29 -30).
17. POBLETE, J. 2010. Actos y contratos administrativos. 5ª. Ed., Santiago. Legal Publishing.
18. PRAT, J. 1982. Derecho administrativo, T. V, (3). Montevideo. Acalí.
19. ROJAS, J. 1934. Tribunales Contencioso – Administrativos. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
20. RUIZ-TAGLE, P. 2003. Una Contraloría General de la República que sirva a todos los chilenos. Estudios de Derecho Administrativos. Revista de Derecho Público, V. 70.
21. SILVA, E. 1945. La Contraloría General de la República. Santiago. Nacimiento.
22. SILVA, E. 1959. Los tribunales administrativos y la contraloría. El Mercurio. Santiago. Chile. 19 de noviembre.
23. SILVA, E. 1945. La Contraloría General de la República. Colección de Estudios de Derecho Administrativo. Santiago. Nacimiento.
24. SOTO, E. 1977. Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia. Revista de Derecho Público, Vol. I. (21, 22).

25. VARAS, G. 1940. Derecho Administrativo. Santiago. Nascimento.
26. VERDUGO, M. 2006. Efectos vinculantes de los precedentes del Tribunal Constitucional en la actividad de la Contraloría General de la República. Año 4 (1). Estudios Constitucionales, Universidad de Talca.
27. VERGARA, A. [200-]. Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto. Litigación Pública – Colección de Estudios de Derecho Público. Universidad de los Andes.
28. ZUÑIGA, F. y PERRAMONT, A. 2003. Acciones Constitucionales. Santiago. Lexis Nexis.